



Fabio Luiz de Oliveira Bezerra

RESPONSABILIDADE DO GOVERNANTE, *IMPEACHMENT* E MODELO BRASILEIRO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA:

CONTRIBUTO PARA UMA TEORIA DE ARTICULAÇÃO ENTRE RESPONSABILIDADE POLÍTICA E
RESPONSABILIDADE JURÍDICA

Tese de Doutoramento em Direito, na área de especialização de Direito Público,
orientada pela Professora Doutora Maria Benedita Malaquias Pires Urbano e apresentada à
Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra.

Setembro/2016



UNIVERSIDADE DE COIMBRA



UNIVERSIDADE DE COIMBRA
FACULDADE DE DIREITO

FABIO LUIZ DE OLIVEIRA BEZERRA

**RESPONSABILIDADE DO GOVERNANTE, *IMPEACHMENT* E
MODELO BRASILEIRO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA:
CONTRIBUTO PARA UMA TEORIA DE ARTICULAÇÃO ENTRE RESPONSABILIDADE
POLÍTICA E RESPONSABILIDADE JURÍDICA**

Tese de Doutoramento em Direito, na área de especialização de Direito Público, orientada pela Professora Doutora Maria Benedita Malaquias Pires Urbano e apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, para obtenção do grau de Doutor.

Setembro/2016
Coimbra

À minha amada esposa Luciana,
e aos nossos maravilhosos filhos
Rafael e Mariana.

“Somos uma família feliz.
Com um forte abraço,
Um beijo lhe direi:
Meu carinho é todo seu.”
(personagem Barney)

AGRADECIMENTOS

À Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, por proporcionar todas as condições materiais e humanas para o pleno desenvolvimento da investigação científica. A todos os professores que lecionaram as disciplinas ou seminários do curso de Doutoramento, em especial os Doutores Gomes Canotilho, Jónatas Machado, João Carlos Loureiro, Maria Benedita Urbano, Alexandra Aragão e José Casalta Nabais, pelos conhecimentos transmitidos. A todos os servidores da magnífica Biblioteca da FDUC, pela atenção sempre dispensada e pelos competentes serviços, fazendo-se um registro especial a Ana Geraldês.

À Professora Doutora Maria Benedita Urbano, que me acompanhou academicamente desde o primeiro seminário, pela constante, sábia e instigante orientação, sem a qual não teria concluído a presente Tese.

Ao Tribunal Regional Federal da 5ª Região, pelo suporte e incentivo para realização do Doutoramento.

À minha esposa Luciana e aos nossos filhos Rafael e Mariana, pelo apoio incondicional a este projeto.

RESUMO

O trabalho examina a responsabilidade do governante na perspectiva das conexões entre as diversas modalidades de responsabilidade. Configura o princípio da responsabilidade como princípio estruturante do Estado de Direito Democrático e apresenta suas dimensões contemporâneas. A responsabilidade abrange o dever de prestação de contas, mas não se esgota nele. A responsabilidade tem uma dimensão ética que transcende a relação jurídica clássica entre superior e subordinado. A responsabilidade, que antes se exauria no reconhecimento da culpa ou no cumprimento do dever, assume uma dimensão mais alargada do futuro, que a prestação de contas sempre teve. A responsabilidade aplica-se a qualquer relação jurídica entre agentes públicos, ao passo que a prestação de contas pressupõe uma relação de confiança entre os dois polos, uma relação entre principal e agente. A prestação de contas é um objeto da relação de responsabilidade. O trabalho constata que os paradigmas da boa governação e da *responsiveness* impõem uma releitura dos princípios constitutivos do Estado de Direito Democrático: a separação dos poderes é compreendida como responsabilidade pelo exercício de competências; a representação, como processo *responsiveness* e a democracia, como imputação de responsabilidade dos governantes e governados. Com estes fundamentos, revisita as diversas modalidades de responsabilidade política e jurídica do governante. A classificação da responsabilidade em política e jurídica é feita pelo critério da natureza da função em que está inserido o sistema de responsabilidade, que, em última instância, corresponde à natureza do juízo de valor exercido na função: na responsabilidade política, decide-se por meio de juízo de valor político, segundo os princípios e parâmetros políticos; na responsabilidade jurídica, julga-se por meio de juízo de valor jurídico. Desse modo, as responsabilidades políticas são a responsabilidade política institucional no parlamentarismo (moção de censura), a responsabilidade política institucional no presidencialismo (*recall*), o *impeachment* no regime presidencialista, a responsabilidade eleitoral nas reeleições, a responsabilidade financeira pela execução geral do orçamento, a responsabilidade política difusa, a responsabilidade política institucional livre, a autorresponsabilidade política e os mecanismos brandos (sem destituição) de responsabilidade política institucional. No regime presidencialista de governo, o *impeachment*, que pode levar à destituição do cargo, não tem natureza penal, está localizado entre a responsabilidade política institucional do parlamentarismo e a responsabilidade jurídica: cuida-se de uma responsabilidade política processualizada e tipificada do governo perante o parlamento. O juízo de valor exercido no *impeachment* é um juízo político (oportunidade e conveniência) sobre o mérito dos fatos, os quais estão tipificados; assim, o critério de julgamento é o de oportunidade tipificada. Além das modalidades clássicas da responsabilidade jurídica (civil, penal, administrativo e disciplinar), o trabalho aborda também o modelo brasileiro de improbidade administrativa, que, embora seja inteiramente judicial, apresenta sanções de natureza mista, político-jurídica (destituição de cargo, inclusive eletivo) e sanções com efeitos diretos na seara política (suspensão dos direitos políticos), configurando-se como Direito de Intervenção (Hassmer). O trabalho defende a regência dos seguintes princípios gerais de conexão dos sistemas de responsabilidade dos governantes: princípio da diversidade, princípio da independência na instauração e processamento, princípio do compartilhamento de provas, princípio da interdependência das decisões e princípio da redundância.

Palavras-chave: Responsabilidade dos governantes. Princípio da responsabilidade. Responsabilidade política. *Impeachment*. Improbidade administrativa. Interação entre sistemas de responsabilidade.

ABSTRACT

The thesis examines the responsibility of government members in order to establish its connections with the different modalities of responsibility. It defends that the principle of responsibility is a structuring principle of Constitutional Democracy and presents its contemporary dimensions. The principle of responsibility comprehends accountability and liability, going beyond both concepts. Responsibility has an ethical dimension that transcends a jural relation (legal relationship) established between superior and subordinate officials. Responsibility, habitually was an enclosed concept, narrowed by the mere acknowledgment of guilt or the performance of a duty, undertakes a temporal dimension, which accountability always had. Responsibility applies to any jural relation between public officials, whereas accountability requires a relationship of trust between the two parties, a principal and agent relation. Accountability is the subject of the jural relation of responsibility. The findings of this research indicate that the paradigm of good governance and the paradigm of responsiveness determines a reinterpretation of the structuring principle of Constitutional Democracy as follows: the separation of powers is understood as a responsibility for the exercise of powers; representation, as the responsiveness process; and democracy, as an imputation of responsibility of the rulers and the ruled. On these grounds, the study revisits the various forms of political and legal responsibility. The criterion used for the classification of responsibility (political or legal) is the basis of state function in which the responsibility system has been developed; in essence, it corresponds to the nature of the value judgment passed on the state function: political responsibility is decided by judgment of political value, in accordance with political parameters; legal responsibility is settled by judgment of legal value. The political responsibilities are institutional political responsibility in parliamentary system (motion of censure), institutional political responsibility in presidential system (recall), impeachment in the presidential system, electoral responsibility in re-elections, financial responsibility for the overall implementation of the budget, diffuse political responsibility, free institutional political responsibility, self-political responsibility and soft mechanisms of institutional political responsibility. In the presidential system, the impeachment, which can lead to removal from office, this institute is not of criminal nature (legal responsibility), it is a kind of political responsibility of government towards parliament characterized by having rigorous procedure and typified facts in law. The value judgment passed by the parliament in impeachment has a political nature (opportunity and convenience), but, how the facts are typified by law, the criterion for passing judgment is called “typified opportunity”. In addition to classical forms of legal responsibility (civil, criminal, administrative and disciplinary responsibility), this research also addresses the Brazilian model of “improbidade administrativa” (administrative immorality), which, even though it is submitted to a judicial process, has sanctions of various natures, it has sanctions of political-legal nature (job dismissal, including elective ones) and sanctions with direct effects on the individuals political activity (suspension of political rights), this is viewed as a right of intervention (Hassemer). The thesis asserts the following general principles that connect all governmental responsibility’s systems: diversity principle, independence in procedural development principle, sharing evidence principle, interdependence of decisions principle and redundancy principle.

Keywords: Responsibility of governments. Principle of responsibility. Political responsibility. Impeachment. Brazilian model of administrative immorality. Interaction between responsibility systems.

ABREVIATURAS E SIGLAS

ADI	–	Ação Direta da Inconstitucionalidade
AgReg	–	Agravo Regimental
AREsp	–	Agravo em Recurso Especial
CC	–	Código Civil
CEDH	–	Convenção Europeia dos Direitos do Homem
CF	–	Constituição da República Federativa do Brasil
CP	–	Código Penal
CPC	–	Código de Processo Civil
CPI	–	Comissão Parlamentar de Inquérito
CPP	–	Código de Processo Penal
CRP	–	Constituição da República Portuguesa
DDHC	–	Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão
DJe	–	Diário de Justiça
DJe	–	Diário de Justiça eletrônico
EUA	–	Estados Unidos da América
HC	–	<i>Habeas Corpus</i>
LC	–	Lei Complementar
LIA	–	Lei de Improbidade Administrativa (Lei 8.429/1992)
LOLF	–	Lei Orgânica das Leis de Finanças
MC	–	Medida Cautelar
MS	–	Mandado de Segurança
NPM	–	<i>New Performance Management</i>
OCDE	–	Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico
QO	–	Questão de Ordem
Rcl	–	Reclamação
RE	–	Recurso Extraordinário perante o STF
REsp	–	Recurso Especial perante o STJ
STJ	–	Superior Tribunal de Justiça (Brasil)
TCU	–	Tribunal de Contas da União
TRF4	–	Tribunal Regional Federal da 4ª Região

LISTA DE FIGURAS

Figura 1. Responsabilidade na antiguidade.....	298
Figura 2. Responsabilidade no feudalismo	299
Figura 3. Responsabilidade no Estado moderno representativo	300
Figura 4. Responsabilidade no Estado moderno representativo com Auditoria independente.....	301
Figura 5. Responsabilidade no Estado Liberal.....	301
Figura 6. Gradação da primazia funcional dos sistemas de responsabilidade	477
Figura 7. Síntese dos sistemas de responsabilidade política.....	539

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	21
TÍTULO I - RESPONSABILIDADE COMO PRINCÍPIO ESTRUTURANTE DO ESTADO DE DIREITO DEMOCRÁTICO	31
1 RESPONSABILIDADE COMO CONCEITO NÃO JURÍDICO	33
1.1 RESPONSABILIDADE COMO CONCEITO FUNDAMENTAL DA ÉTICA	33
1.1.1 <i>Ética tradicional</i>	34
1.1.2 <i>A compreensão cristã da responsabilidade</i>	37
1.1.3 <i>Ética filosófica</i>	38
1.1.4 <i>Responsabilidade como autorresponsabilidade</i>	39
1.1.5 <i>A responsabilidade escatológica (Hegel, Marx e Picht)</i>	40
1.1.6 <i>Ética utópica e o princípio da esperança de Ernst Bloch</i>	43
1.1.7 <i>A ética da responsabilidade no político (Max Weber)</i>	45
1.1.8 <i>Ética da responsabilidade de Hans Jonas: ecológica e política</i>	46
1.2 RESPONSABILIDADE COMO CONCEITO PRESSUPOSTO DO DIREITO	55
1.3 RESPONSABILIDADE COMO CONCEITO HEURÍSTICO DO DIREITO	66
1.3.1 <i>Responsabilidade como nome para regra</i>	68
1.3.2 <i>Responsabilidade como nome para capacidade efetiva</i>	69
2 RESPONSABILIDADE COMO CONCEITO JURÍDICO.....	71
2.1 RESPONSABILIDADE PARA ALÉM DE DEVER	71
2.2 RESPONSABILIDADE COMO TAREFA EM ÁREA DE COMPETÊNCIA.....	74
2.3 RESPONSABILIDADE ENQUANTO SUBSTÂNCIA DO ESTADO JURÍDICO	76
2.4 ESTRUTURA NORMATIVA DA RESPONSABILIDADE.....	77
2.5 RESPONSABILIDADE COMO CONCEITO DE DIREITO PÚBLICO	79
3 RESPONSABILIDADE E SEPARAÇÃO DOS PODERES	81
3.1 ANTIGUIDADE E IDADE MÉDIA	81
3.2 MODERNIDADE	87
3.2.1 <i>Bodin: alguns limites ao príncipe soberano, gênese da autonomia da função judicial e duplicação de funções de controle</i>	87
3.2.2 <i>Locke: bipartição dos poderes com supremacia do legislativo sobre o executivo, irresponsabilidade do Rei e ideia de recíproca prestação de contas</i>	91
3.2.3 <i>Bolingbroke: independência na tomada da decisão com dependência pela sujeição ao controle</i>	95
3.2.4 <i>Montesquieu: equilíbrio dos poderes mediante separação subjetiva e controles recíprocos</i>	98
3.2.5 <i>Federalistas: interpenetração parcial de poderes relativamente autônomos e balanceados, incluindo um poder judiciário independente</i>	104
3.2.6 <i>Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão</i>	109
3.2.7 <i>Kant: teoria da coordenação e subordinação dos poderes</i>	109
3.2.8 <i>Guizot: a separação como pilar do sistema representativo</i>	112
3.3 ÉPOCA CONTEMPORÂNEA	113
3.3.1 <i>Loewenstein: nova divisão de funções e controle mútuo dos poderes</i>	113

3.3.2	<i>Ackerman: legitimidade dos tribunais para aperfeiçoamento da separação dos poderes e instância de integridade</i>	117
-------	--	-----

4 RESPONSABILIDADE, FUNÇÕES DO ESTADO, POLÍTICA E ADMINISTRAÇÃO 119

4.1	FUNÇÕES DO ESTADO	119
4.1.1	<i>Jellinek: três funções e as atividades extraordinárias do Estado</i>	120
4.1.2	<i>O critério material de Duguit</i>	121
4.1.3	<i>Kelsen: a função de observância do Direito</i>	123
4.1.4	<i>Caetano: função política enquanto função não jurídica</i>	125
4.2	FUNÇÃO POLÍTICA	126
4.2.1	<i>Origem, evolução e concepção</i>	126
4.2.2	<i>Conteúdo material da função política e distinção com as demais funções</i>	129
4.3	AS TEORIAS DOS ATOS DE GOVERNO	137
4.3.1	<i>A teoria dos “actes de gouvernement” na França</i>	139
4.3.2	<i>Jurisprudência da discricionariedade na Alemanha e o contributo de Scheuner</i>	141
4.3.3	<i>Falso ato de governo</i>	145
4.3.4	<i>Cláusula geral de competência dos tribunais, proteção judicial ampla e a teoria da constituição dirigente: fim do ato político?</i>	146
4.4	O REFLEXO DA DISTINÇÃO ENTRE FUNÇÃO POLÍTICA E FUNÇÃO ADMINISTRATIVA NA RESPONSABILIDADE DO MINISTRO E DE SEUS DIRIGENTES-SUBORDINADOS	147
4.4.1	<i>Politização da burocracia e parlamentarismo limitado</i>	151
4.5	RESPONSABILIDADE COMO TAREFAS PÚBLICAS	152

5 RESPONSABILIDADE E REPRESENTAÇÃO 155

5.1	ANTIGAS REPÚBLICAS: DECISÃO DA MAIORIA E REPRESENTAÇÃO EM FUNÇÕES PÚBLICAS	156
5.2	PRINCÍPIO DA MAIORIA X PRINCÍPIO DA UNANIMIDADE	157
5.2.1	<i>Do princípio da maioria para decidir</i>	157
5.2.2	<i>Maioria para eleger (representação)</i>	162
5.3	REPRESENTAÇÃO	163
5.3.1	<i>Soberania popular x soberania nacional</i>	163
5.3.2	<i>Origens do sistema representativo</i>	165
5.3.3	<i>Doutrinas políticas da representação</i>	166
5.4	REPRESENTATIVIDADE E REPRESENTAÇÃO NÃO ELETIVA (REPRESENTAÇÃO ARGUMENTATIVA)	172
5.5	REPRESENTAÇÃO COMO MEDIAÇÃO E RESPONSABILIDADE	174

6 RESPONSABILIDADE, CONTROLE E ACCOUNTABILITY 177

6.1	PODER E CONTROLE	177
6.2	SENTIDOS DO TERMO CONTROLE	179
6.3	TEORIA DO CONTROLE SOCIAL	181
6.4	CONTROLE E POLIARQUIA	183
6.5	CONTROLE JURÍDICO-POLÍTICO	188
6.6	MODALIDADES DE CONTROLE	193
6.6.1	<i>Karl Loewenstein</i>	193
6.6.2	<i>Gérard Bergeron</i>	197
6.7	CONTROLE PARLAMENTAR E DEMOCRACIA COMO GOVERNO RESPONSÁVEL: BÄUMLIN	202
6.8	CRISE DO CONTROLE	205
6.9	CONTROLE E RESPONSABILIDADE: ULRICH SCHEUNER	210
6.10	ACCOUNTABILITY	214
6.10.1	<i>Responsabilidade ministerial e accountability política</i>	217

6.10.2	<i>Dimensões ou graus de accountability</i>	219
6.10.3	<i>Accountability horizontal e accountability vertical</i>	222
6.10.4	<i>Elementos da relação de accountability</i>	225

7 PRINCÍPIO DA RESPONSABILIDADE: PRINCÍPIO ESTRUTURANTE DO ESTADO DE DIREITO DEMOCRÁTICO E SUAS DIMENSÕES..... 229

7.1	RESPONSABILIDADE COMO ELEMENTO COMUM E CENTRAL DOS PRINCÍPIOS CONSTITUTIVOS DO ESTADO DE DIREITO DEMOCRÁTICO	231
7.2	RELEITURA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUTIVOS DO ESTADO DE DIREITO A PARTIR DO PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA E DOS PARADIGMAS DA COOPERAÇÃO E DA COMPLEMENTARIDADE: REFORÇO DA RESPONSABILIDADE DO INDIVÍDUO E DO ESTADO	235
7.2.1	<i>Separação dos poderes como princípio geral da constituição jurídica do poder social</i> 236	
7.2.2	<i>Representação como responsabilidade concreta dos representantes eleitos, sem mandato imperativo</i>	237
7.2.3	<i>Direitos fundamentais como garantia-chave da autonomia e da responsabilidade pessoal, com base no princípio da dignidade da pessoa humana</i>	241
7.2.4	<i>Deveres fundamentais como reconhecimento constitucional da responsabilidade social dos cidadãos</i>	242
7.2.5	<i>Democracia do engajamento dos cidadãos</i>	242
7.3	DO PRINCÍPIO DA BOA ADMINISTRAÇÃO AO NOVO PARADIGMA DA BOA GOVERNANÇA	243
7.3.1	<i>Crises da administração pública</i>	243
7.3.2	<i>Princípios da boa administração</i>	248
7.3.3	<i>Princípios éticos na função pública e normas de boa conduta</i>	252
7.3.4	<i>Boa governança</i>	256
7.4	RESPONSIVENESS	262
7.4.1	<i>Miller e Stokes</i>	263
7.4.2	<i>Hanna Pitkin</i>	264
7.4.3	<i>Dominico Fisichella</i>	267
7.4.4	<i>Susan Stokes</i>	270
7.4.5	<i>Ponderações: um resgate de Robert Dahl</i>	272
7.5	RELEITURA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUTIVOS DO ESTADO DE DIREITO DEMOCRÁTICO A PARTIR DO PARADIGMA DA RESPONSIVENESS E DA BOA GOVERNANÇA: REFORÇO DA RESPONSABILIDADE DO GOVERNANTE	276
7.5.1	<i>Separação de poderes como responsabilidade pelo exercício de competências</i>	276
7.5.2	<i>Representação como processo (responsiveness)</i>	278
7.5.3	<i>Democracia como imputação de responsabilidades</i>	280
7.5.4	<i>As dimensões do princípio da responsabilidade</i>	282

TÍTULO II – SISTEMAS DE RESPONSABILIDADE DOS GOVERNANTES, CONEXÕES E PRINCÍPIOS 285

8 SISTEMAS DE RESPONSABILIDADE 287

8.1	DO PRINCÍPIO DA RESPONSABILIDADE AOS SISTEMAS DE RESPONSABILIDADE	287
8.1.1	<i>Responsabilidade do Estado: política e jurídica</i>	288
8.2	RESPONSABILIDADE DA PESSOA DO GOVERNANTE: EVOLUÇÃO	290
8.3	RESPONSABILIDADE DO GOVERNANTE NA ANTIGUIDADE	291
8.3.1	<i>Atenas</i>	292
8.3.2	<i>Roma</i>	297
8.4	DO ABSOLUTISMO AO ESTADO MODERNO: FASE DA IRRESPONSABILIDADE	298
8.5	RESPONSABILIDADE POLÍTICA DO GOVERNANTE	302
8.5.1	<i>Origens da responsabilidade política</i>	303
8.5.2	<i>Dimensões clássicas da responsabilidade política</i>	305
8.5.3	<i>Novas dimensões da responsabilidade política: difusa e institucional livre</i>	310
8.5.4	<i>Responsabilidade eleitoral</i>	312

8.5.5	<i>Responsabilidade política individual dos ministros</i>	314
8.5.6	<i>Responsabilidade política nos regimes presidencialistas</i>	315
8.6	IMPEACHMENT NOS REGIMES PRESIDENCIALISTA E SEMIPRESIDENCIALISTA	317
8.6.1	<i>A implantação tardia da responsabilidade política na França e um modelo diferenciado de impeachment</i>	317
8.6.2	<i>Impeachment nos EUA</i>	320
8.6.3	<i>Impeachment brasileiro</i>	324
8.6.4	<i>Oportunidade tipificada como critério de julgamento</i>	335
8.7	RESPONSABILIDADE JURÍDICA DO GOVERNANTE	339
8.7.1	<i>Responsabilidade civil</i>	340
8.7.2	<i>Responsabilidade criminal</i>	341
8.7.3	<i>Responsabilidade disciplinar</i>	344
8.7.4	<i>Responsabilidade administrativa</i>	345
8.8	RESPONSABILIDADE FINANCEIRA DO GOVERNANTE	346
8.8.1	<i>Responsabilidade pelo orçamento e responsabilidade financeira estrito senso</i>	346
8.8.2	<i>Responsabilidade pela gestão</i>	350

9 DELIMITAÇÃO ENTRE RESPONSABILIDADE PENAL E RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA..... 355

9.1	DIREITO PENAL DE POLÍCIA	356
9.2	DIREITO PENAL ADMINISTRATIVO	360
9.2.1	<i>O critério ontológico de James Goldschmidt</i>	361
9.2.2	<i>O critério valorativo (normativo) de Erik Wolf</i>	366
9.3	DIREITO PENAL DE ORDEM: DIREITO PENAL ESPECIAL	368
9.4	DIREITO PENAL DA ADMINISTRAÇÃO ECONÔMICA	369
9.5	O RENASCIMENTO DO DIREITO PENAL ADMINISTRATIVO COM EBERHARD SCHMIDT	370
9.6	O DIREITO PENAL ADMINISTRATIVO EM PORTUGAL E A DISTINÇÃO QUANTITATIVA DE BELEZA DOS SANTOS	373
9.7	DIREITO DE ORDENAÇÃO SOCIAL	376
9.8	DIREITO PENAL SECUNDÁRIO DE FIGUEIREDO DIAS	379
9.9	DIREITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR	385
9.10	A REPERCUSSÃO NO DIREITO BRASILEIRO	390
9.11	DIREITO PENAL DE DUAS VELOCIDADES	395
9.12	DIREITO DE INTERVENÇÃO DE HASSEMER	399

10 RESPONSABILIDADE POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: MODELO BRASILEIRO..... 403

10.1	PRINCÍPIO DA MORALIDADE ADMINISTRATIVA	405
10.2	EVOLUÇÃO LEGISLATIVA DA TUTELA DA PROIBIDADE ADMINISTRATIVA	411
10.3	A IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA NA CF/1988 E NA LEI 8.429/1992	416
10.3.1	<i>Espécies de improbidade administrativa</i>	418
10.3.2	<i>Sanções cabíveis</i>	419
10.3.3	<i>Sujeito passivo</i>	421
10.3.4	<i>Sujeito ativo</i>	422
10.3.5	<i>Elemento volitivo</i>	423
10.3.6	<i>Natureza jurídica da ação de improbidade administrativa</i>	426
10.4	CONCOMITÂNCIA DE INSTÂNCIAS	428
10.5	AGENTES POLÍTICOS E A DUPLICIDADE DE REGIMES DE RESPONSABILIDADE	429
10.6	IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA COMO DIREITO DE INTERVENÇÃO (JUDICIALIZADO)	436

11 ARTICULAÇÃO ENTRE SISTEMAS DE RESPONSABILIDADE	441
11.1 TIPOS DE CONEXÃO.....	441
11.2 PRINCÍPIOS LIMITADORES DA RESPONSABILIDADE DO GOVERNANTE	443
11.2.1 <i>Ato de governo</i>	443
11.2.2 <i>Ne bis in idem</i>	443
11.2.3 <i>Le politique tient le criminel en l'état</i>	454
11.3 CRISE DA RESPONSABILIDADE POLÍTICA E EXPANSÃO DA RESPONSABILIDADE CRIMINAL... 456	
11.4 EXPANSÃO DA RESPONSABILIDADE CRIMINAL SOBRE OUTRAS MODALIDADES JURÍDICAS .. 458	
11.5 A RELATIVA EFICÁCIA DO SISTEMA PENAL.....	461
11.5.1 <i>Estrutura pública</i>	461
11.5.2 <i>Acesso amplo às provas</i>	463
11.5.3 <i>Aplicação judicial</i>	464
11.6 PRINCÍPIOS GERAIS DE CONEXÃO ENTRE SISTEMAS DE RESPONSABILIDADE.....	464
11.6.1 <i>Diversidade dos sistemas de responsabilidade</i>	466
11.6.2 <i>Independência quanto à instauração</i>	480
11.6.3 <i>Compartilhamento de provas</i>	494
11.6.4 <i>Interdependência quanto às decisões</i>	504
11.6.5 <i>Redundância</i>	526
CONCLUSÃO	533
BIBLIOGRAFIA.....	553

INTRODUÇÃO

O objeto do presente estudo é a responsabilidade do governante e suas mais diversas modalidades, notadamente as vertentes da responsabilidade política e as da responsabilidade jurídica. O enfoque está na conexão entre os diversos sistemas de responsabilidade do governante. Será analisada cada uma das modalidades de responsabilidade não como uma finalidade em si, mas com intuito de identificar os princípios gerais que comandam a articulação entre elas.

A responsabilidade política e a responsabilidade jurídica apresentam modalidades variadas. A modalidade clássica da responsabilidade política, originada no século XVIII, é a responsabilidade política institucional (formal), em regime de base parlamentarista, onde a perda de confiança perante o parlamento (por meio de moção de censura) leva à destituição do governante. Mais recentemente, por volta do quarto final do século XX, tem-se reconhecido duas outras modalidades, responsabilidade política institucional livre e a responsabilidade política difusa, que, contudo, não possuem sanções coercitivas, não implicam a destituição do cargo. Elas pretendem, ao fim e ao cabo, que o governante, por força da pressão exercida de maneira não institucionalizada em termos político-jurídicos, assuma voluntariamente a responsabilidade política, o que acaba se aproximando de uma responsabilidade moral, mas que têm sido cada vez mais demandadas. Quanto à responsabilidade jurídica, há muito é bastante difundida a divisão em responsabilidade civil, responsabilidade criminal, responsabilidade disciplinar e responsabilidade administrativa.

O fato é que todas estas modalidades estão em constante interação, e, por várias razões, esta interação tem originado problemas que dificultam uma responsabilização efetiva do governante. Um deles é a utilização de mecanismos próprios de um sistema de responsabilidade em outro, como, por exemplo, o critério de julgamento. Um governante, diante de um turbilhão de acusações de fatos que são em si politicamente censuráveis e moralmente adversos, recusa-se a demitir-se, por considerar que tais fatos estão apenas em investigação criminal, não há nenhum processo, nenhuma decisão judicial admitiu a acusação. As entidades que apuram a responsabilidade política institucional, por sua vez, deixam de tomar uma providência concreta, sob a alegação de que não há ainda decisão judicial reconhecendo a ocorrência de crime ou de outro ilícito. Como na responsabilidade política o juízo de mérito é político, inteiramente

distinto do juízo feito na responsabilidade jurídica, é questionável justificar a espera de um provimento judicial para se fazer valer a responsabilidade política. Muitas vezes, nos discursos elisivos da responsabilidade, os próprios sistemas de responsabilidade são colocados em xeque, como tem ocorrido com a responsabilidade criminal, em razão de uma sempre alegada criminalização da política.

Outro problema que tem surgido é o crescimento vertiginoso da responsabilidade jurídica, especialmente a criminal, invadindo áreas próprias de outros sistemas de responsabilidade. A pouca efetividade da responsabilidade moral e da responsabilidade política tem contribuído para este cenário, pois os atores políticos, notadamente os da oposição ao governo, forçam a utilização das ações judiciais para tentar obter o afastamento do governante, a partir da própria decisão judicial, ou mesmo pela renúncia do governante em face da pressão exercida pelo processo criminal, reverberada pelos mecanismos difusos de responsabilidade política. A expansão da responsabilidade criminal ocorre também em relação a outras modalidades de responsabilidade jurídica, como a responsabilidade civil e responsabilidade administrativa. Não se trata apenas de aumento da criminalização de condutas antes previstas apenas como ilícito civil ou ilícito administrativo. Nota-se também uma certa superioridade normativa do sistema de responsabilidade penal, cujas decisões, em determinadas situações, têm efeito vinculante sobre os demais sistemas de responsabilidade jurídica. E algumas vezes, esta superioridade normativa leva a um engessamento das outras modalidades de responsabilidade.

Ao lado destas duas modalidades (responsabilidade política e responsabilidade jurídica), há outros sistemas de responsabilidade do governante (*impeachment* no regime presidencialista, responsabilidade financeira e o modelo brasileiro de improbidade administrativa), que introduzem mais complexidade na interação entre todos os sistemas de responsabilidade, a começar pela dificuldade no enquadramento nestes dois grupos. De fato, o *impeachment* no regime presidencialista não tem natureza criminal, como ocorre com o *impeachment* no regime de base parlamentarista. Já a responsabilidade financeira pode se configurar tanto como uma responsabilidade política quanto como uma responsabilidade jurídica. O modelo brasileiro de improbidade administrativa, por seu turno, embora seja inteiramente judicial, tem sanções de natureza mista, político-jurídica (destituição de cargo, inclusive eletivo), ou mesmo sanções com efeitos diretos na seara política (suspensão dos direitos políticos).

É necessário separar o trigo do jóio. É preciso saber quais interações entre os sistemas de responsabilidade são pertinentes e adequadas e quais não são. A articulação entre os sistemas de responsabilidade não pode ser tão travada a ponto de inviabilizar a responsabilização efetiva do governante, e, por outro lado, não pode ser tão aberta que inviabilize o ato de governar. A ausência de preceitos ou mesmo princípios específicos sobre as conexões entre o sistema de responsabilidade contribui para o agigantamento do problema. A legislação é, na maioria das vezes, compartimentada, não resolvendo expressamente a questão da interface entre as responsabilidades.

Como o prisma da presente investigação são as conexões entre as diversas modalidades de responsabilidade, que também ocorrem de maneira dinâmica, a denominação de *sistema* de responsabilidade afigura-se mais adequada. Afinal, sistema de responsabilidade pressupõe não apenas regime ou modalidade (sanções, procedimentos, finalidade etc.) como também diálogo produtor com outros sistemas de responsabilidade, elemento que se mostra imprescindível para uma melhor compreensão do fenômeno.

Precisa-se revisitar a classificação da responsabilidade em política ou jurídica. É amplamente reconhecido na doutrina que a responsabilidade política não é exclusivamente política. A responsabilidade política, especialmente a institucional formal, tem elementos também jurídicos, como o procedimento, que está regulado na Constituição e nos atos normativos do parlamento. Por outro lado, há sistemas de responsabilidade jurídica que apresentam sanções com natureza mista (jurídico-política) e outras que surtem efeitos na esfera política. O critério comumente utilizado é o da preponderância dos caracteres. Assim, a responsabilidade institucional formal é política, sendo jurídicos os diversos sistemas de responsabilidade jurídica. Mas este critério não tem solucionado satisfatoriamente a problemática das conexões. Adota-se, então, o critério da natureza da função em que está inserido o sistema de responsabilidade (se no seio de função de natureza política, responsabilidade política; se no seio de função de natureza jurídica, responsabilidade jurídica). Em última instância, corresponde à natureza do juízo de valor exercido na função: na responsabilidade política, decide-se por meio de juízo de valor político; na responsabilidade jurídica, julga-se por meio de juízo de valor jurídico.

A todos são bastante familiares as dimensões específicas do princípio da responsabilidade, como responsabilidade criminal, responsabilidade disciplinar,

responsabilidade civil da Administração Pública e responsabilidade política dos governos. Muitos e diversificados são os estudos de cada dimensão específica da responsabilidade. Raras, contudo, são as análises acerca da conexão entre os sistemas de responsabilidade, e, quando as há, o objeto do estudo fica centrado praticamente em dois sistemas específicos, como entre responsabilidade política e responsabilidade criminal, ou entre responsabilidade civil e responsabilidade criminal, ou entre responsabilidade administrativa e responsabilidade criminal. A doutrina tem tangenciado o tema da conexão, evitando uma abordagem específica. Ora se invoca o postulado da unidade do Direito, pelo qual a divisão em segmentos autônomos é realizada por motivos de ordem prática, e, assim, cada doutrina específica acaba transferindo as questões de conexão para a outra doutrina fronteira; ora não se consegue visualizar uma ontologia adequada das conexões, haja vista que, na área de transição entre os segmentos autônomos do Direito, prevalecem razões de política legislativa, que muitas vezes sequer são adequadamente justificadas.

O foco do trabalho é a conexão entre sistemas de responsabilidade do governante, que se destinam à apuração e sancionamento das condutas da pessoa que exerce parcela do poder do Estado. Por isso, não se dará atenção profunda à responsabilidade do Estado, bem como ao relacionamento da responsabilidade do Estado com a responsabilidade do governante, que, normalmente, é abordado na temática da ação regressiva do Estado. Pela mesma razão, a responsabilidade das empresas (pessoas coletivas ou pessoas jurídicas) por atos praticados contra o Estado, como o modelo brasileiro de anticorrupção empresarial (Lei 12.846/2013), não será examinada. Os sistemas de responsabilidade referentes às fases anteriores à assunção do cargo como governante, que compreendem os meios de impugnação do processo eleitoral, onde se questiona a legitimidade de várias etapas do certame, podendo ocasionar a invalidade da eleição do candidato e a perda do mandato, também não fazem parte substancialmente da investigação. Como as condutas não são praticadas no exercício do cargo de governante, somente interessa à presente pesquisa os efeitos jurídicos destes mecanismos de impugnação do processo eleitoral sobre o exercício do cargo.

Governante não é apenas o Primeiro-Ministro no sistema parlamentarista ou somente o chefe do executivo nacional no presidencialismo. Governantes são todas as pessoas titulares de cargos políticos, eleitos ou não, que influenciam a direção política do Estado. Assim, incluem-se, no sistema parlamentarista, todos os ministros do

governo; no sistema presidencialista, os secretários ou ministros auxiliares do Presidente da República e os governadores dos estados-membros de uma Federação, junto com os seus auxiliares diretos (secretários); nos sistemas mistos parlamentares-presidenciais, como no semipresidencialismo francês, tanto o Presidente da República quanto os membros do governo. Os parlamentares, no exercício da atividade legislativa, exercem, sem dúvida, poder de direção política, e, por este aspecto, são também governantes. Adota-se assim um sentido próximo ao *sentido amplo* de governante de que trata Benedita Urbano.¹

O estudo tem por base primordialmente os ordenamentos jurídicos português e brasileiro. Como são dois regimes diferentes de governo, um de base parlamentarista, outro presidencialista, a investigação fica enriquecida com a análise de institutos jurídicos específicos de cada um destes modelos, e que foi fundamental para um melhor entendimento das conexões em sentido amplo dos sistemas de responsabilidade. Os trabalhos doutrinários realizados no Brasil, em regra, não levam em conta o modelo parlamentarista, simplesmente porque não é o modelo vigente no Brasil, embora este já tenha sido adotado em dois períodos.² A doutrina portuguesa, por seu turno, apresenta poucas considerações teóricas sobre os institutos do regime presidencialista, já que não corresponde a seu sistema de governo. Em razão disso, tem-se uma dificuldade de nivelamento entre as doutrinas brasileira e portuguesa acerca de alguns conceitos, como, por exemplo, o de responsabilidade política. No Brasil, como não há uma responsabilidade política do governo perante o parlamento (moção de censura), a responsabilidade política é compreendida em um sentido mais amplo, difuso, incluindo

¹ Segundo Maria Benedita URBANO (Apontamentos esparsos sobre a responsabilidade ..., 2012, pp. 597-598), o *sentido restrito* de governante inclui apenas os ministros do governo no sistema parlamentarista e o Presidente da República no sistema presidencialista; o *sentido amplo* agrega os parlamentares, mesmo na atuação legislativa própria; e o *sentido amplíssimo* compreende ainda os cidadãos, quando estes participam diretamente do processo político, como no plebiscito, referendo, iniciativa popular vinculativa, revogação popular vinculativa. Incluem-se como governante, na presente dissertação de Doutorado, os auxiliares imediatos do Presidente da República no sistema presidencialista, não obstante não haja um colegiado de ministros, porque eles influenciam a tomada de decisão política pelo chefe do Executivo e também porque exercem muitas funções delegadas pelo chefe do Executivo. No Brasil, os ministros de Estado, apesar de poderem ser demitidos (exonerados) a qualquer momento pelo Presidente da República, também se submetem ao processo de *impeachment*, como prevê expressamente a Constituição Federal (artigos 50 e 52) e a Lei 1.079/1950 (artigo 13). Convém anotar também que os mecanismos de responsabilização do parlamentar pelo exercício da função *legislativa* são reduzidos, quase inexistentes, limitados, em regra, à apuração nas eleições populares. Há mecanismo de responsabilização do parlamentar por falta disciplinar (apurada por seus pares), que pode ou não estar relacionada à atividade *legislativa*, e por ato ilícito no exercício de funções *executivas* no âmbito da Casa Legislativa (apurada pelo Judiciário), este sem relação com atividade legislativa.

² O primeiro período parlamentarista no Brasil foi no Império, entre 1847 a 1889. O segundo período ocorreu de 1961 a 1963. A Emenda Constitucional nº 4/1961 instituiu o sistema parlamentarista de governo, após renúncia do Presidente eleito Jânio Quadros, em 25 de agosto de 1961.

até responsabilidade eleitoral (perante os eleitores). Em Portugal, como ocorre nos países europeus de base parlamentarista, a responsabilidade política é tida como institucional formal, uma responsabilidade do governo perante o parlamento, não reconhecendo como responsabilidade política o que no Brasil chega a ser assim classificado.

A investigação não se restringe, no entanto, aos sistemas jurídicos portugueses e brasileiro. Sempre que necessário para compreender as origens dos institutos político-jurídicos, ou para analisar institutos estrangeiros semelhantes, seja para rejeitar, seja para incorporar algumas noções essenciais, a doutrina, a legislação e a jurisprudência estrangeiras são examinadas. Por exemplo, não se pode falar de responsabilidade política sem conhecer suas origens na Inglaterra; somente com os aportes norte-americanos é que o *impeachment* teve uma vertente institucional política, até então inexistente; é na Itália que as novas modalidades de responsabilidade política foram formatadas; na Alemanha extraem-se os principais fundamentos éticos e filosóficos do princípio da responsabilidade; na França encontram-se estudos valiosos sobre a conexão entre responsabilidade política e responsabilidade penal, notadamente a partir do caso do sangue contaminado; na Espanha há teses de imprescindível leitura acerca da delimitação entre direito penal e direito administrativo.

A abordagem da pesquisa é essencialmente jurídico-dogmática, com preponderância da análise descritivo-interpretativa de documentos doutrinários, normativos (Constituições, leis, tratados) e jurisprudenciais. Agrega-se ao primeiro um enfoque histórico-político para resgate dos fundamentos e origens de cada sistema de responsabilidade do governante, que varia de intensidade conforme o fenômeno a ser analisado. Na responsabilidade política, o componente político é bastante forte. Na responsabilidade jurídica, o enfoque político é praticamente esvaziado. Em matéria de intersecção entre as áreas política e jurídica, como na *accountability*, na *responsiveness* e na própria conexão entre os sistemas de responsabilidade, a reflexão teórica absorveu naturalmente os dois componentes. Não apenas nas conexões com o sistema de responsabilidade política, mas também nas conexões entre sistemas de responsabilidade jurídica será, na medida do possível, analisado o fenômeno jurídico como um todo, inserido que é na ordem sócio-política do país.

Em razão da pluralidade dos aspectos do presente estudo, o trabalho acaba por adentrar em diversos ramos do Direito (direito constitucional, direito penal, direito

administrativo) bem como em algumas searas da ciência e sociologia políticas (representação, representatividade). A abordagem transdisciplinar que daí resulta, especialmente a que ocorre com ciências não jurídicas, é contida nos limites de um estudo jurídico, fazendo-se extrair da temática transversal apenas questões suscetíveis de uma abordagem juspublicista.

O pano de fundo para um olhar diferente sobre as modalidades de responsabilidade do governante, na busca de princípios gerais sobre a conexão entre elas, é a compreensão do princípio da responsabilidade como princípio estruturante do Estado de Direito Democrático, onde se procura estabelecer as dimensões do princípio da responsabilidade na presente quadra histórica iluminada pela *responsiveness* e pela boa governança (Eis a primeira parte do trabalho: *Título I – Responsabilidade como princípio estruturante do Estado de Direito Democrático*).

Muito tem-se falado e escrito sobre responsabilidade desde a Segunda Guerra Mundial. Contudo, a multiplicidade das funções da palavra, indicando vários conceitos de responsabilidade, prejudica sua identidade conceitual, de modo que tais conceitos precisam ser desdobrados para reconstrução de um conceito englobante. A noção de responsabilidade surge com os primórdios da civilização, inicialmente conectada com a ética e depois com o direito privado, para, só mais adiante, adentrar no direito público. Por isso, a análise da responsabilidade começa com abordagem de categorias não jurídicas da responsabilidade (Capítulo 1), incluindo conceito ético (seção 1.1), conceito pressuposto do Direito (seção 1.2) e conceito heurístico do Direito (seção 1.3).

No campo da ética (seção 1.1), aborda-se a compreensão cristã da responsabilidade, as diferenças com a ética tradicional de natureza antropocêntrica, adentrando-se na ética filosófica, com sua interiorização da referência da responsabilidade, chegando-se à teoria da autorresponsabilidade. Imprescindível o exame das correntes éticas que estudam a relação com o futuro: a ética escatológica, a ética utópica e especialmente a ética da responsabilidade, tanto sob o ângulo apenas político (Max Weber), quanto sob o ângulo ecológico e político (Hans Jonas). É esta última, a teoria de Hans Jonas, o marco da reviravolta conceitual do princípio da responsabilidade, que surgiu como contraponto direto ao princípio da esperança (Ernst Bloch), que pressupunha a inesgotabilidade do ambiente e da técnica humana. Torna-se imperiosa uma revisitação à obra de Hans Jonas, não apenas para reafirmar o novo imperativo ético e as características da responsabilidade (totalidade, continuidade, foco

no futuro, inexistência de reciprocidade), já bem sedimentados na doutrina, mas especialmente para realçar a vertente da responsabilidade política em Hans Jonas, que tem sido diminuída frente a vertente ecológica. Nesta linha, será crucial identificar os novos deveres associados à ética da responsabilidade na vertente política, que se localiza no meio termo entre a ética dos princípios da moral e a ética prática (teoria política).

Na seção 1.2, investiga-se a relação entre responsabilidade e liberdade. Para se examinar a funcionalidade e legitimidade da responsabilidade, é crucial cotejar os debates neurobiológicos acerca da autodeterminação da pessoa. Em seu livro sobre princípio da responsabilidade, Hans Jonas³ constatou a necessidade de estudar os problemas psicofísicos, a potência da subjetividade e os fatores determinísticos, mas não os desenvolveu, admitindo expressamente esta lacuna em sua tese. O estado atual da arte da neurociência é incomparavelmente superior àquela época, e tem efetivamente desafiado as teorias éticas contemporâneas. Alguns estudos indicam que, na tomada de decisão, a pessoa utiliza a emoção nos círculos próximos de suas relações, enquanto usa a razão nos círculos distantes. Resta saber se é melhor incorporar na teoria ético-jurídica a constatação empírica (abordagem positiva) ou incrementar a teoria para evitar o comportamento que seria natural segundo as pesquisas, mas reputado inadequado (abordagem normativa). Outros estudos apontam que o arbítrio não é completamente livre. Indaga-se acerca dos reflexos desta constatação empírica na ciência do Direito, se realmente comprovam que o homem não é livre, e, portanto, não pode ser responsável, ou se as normas necessitam de adequação, ou ainda se a liberdade não é um estado binário (sim ou não), mas uma linha contínua (mais ou menos liberdade).

A seção 1.3 trata da responsabilidade como conceito heurístico do Direito. Cuida-se de categoria não dogmática, essencial para análise da finalidade da responsabilidade, sendo apresentadas duas dimensões: responsabilidade como nome para regra e responsabilidade como nome para capacidade efetiva.

No capítulo 2, a responsabilidade é vislumbrada como conceito jurídico. A responsabilidade, nesta seara, por conta das dimensões éticas que incorporou ao longo do tempo, que tratam da ambivalência entre dever e liberdade, notadamente a ética da responsabilidade, sugere de logo uma conotação que vai além de um dever jurídico (seção 2.1), aproximando-se de dimensões de *deverosidade* na realização de tarefas

³ Hans JONAS (O princípio responsabilidade [1979], 2006, p. 23).

(seção 2.2), tarefas estas que são atribuídas em áreas de competências não apenas a indivíduos como também a entidades estatais e agentes públicos. Começa-se então a se desenvolver no âmbito do direito público o conceito de responsabilidade, que até o século XIX, estava circunscrito ao direito privado e a ciências não jurídicas. Como categoria jurídica constitucional, a responsabilidade se estabeleceu a partir da metade da década de 1960, primeiro como um princípio jurídico não escrito de direito público, depois, por volta de 1970, emancipou-se dos conceitos de direito privado e, na sequência, foi ganhando *status* progressivamente no âmbito do direito público, até ser alçado a princípio constitucional do Estado de Direito Democrático.

Pretende-se neste trabalho comprovar que o princípio da responsabilidade não é apenas um princípio constitucional mas um princípio constitucional estruturante do Estado de Direito Democrático (capítulo 7). Para proceder a este intento, imperioso resgatar os fundamentos mais remotos da responsabilidade na seara pública, que repousam mais diretamente no princípio da separação dos poderes (capítulo 3), na distribuição das funções estatais (capítulo 4), na representação (capítulo 5) e no controle (capítulo 6). Após esta revisão de literatura, verifica-se a responsabilidade como elemento comum dos princípios constitutivos do Estado moderno de Direito (seção 7.1), faz-se a releitura destes princípios com base no princípio da dignidade da pessoa humana e nos paradigmas da complementaridade e cooperação (seção 7.2), tal como idealizado por Saladin.⁴ E com base em novos paradigmas constatados, boa governação (seção 7.3) e *responsiveness* (seção 7.4), realiza-se uma nova leitura dos princípios constitucionais (seção 7.5), identificando-se ao final as dimensões contemporâneas do princípio da responsabilidade.

Firmadas estas premissas do princípio da responsabilidade, parte-se para o exame dos diversos sistemas de responsabilidade do governante, seja do sistema parlamentarista, seja do sistema presidencialista, para, observando-se a problemática das articulações entre eles, identificar os princípios gerais que possam conduzir estas articulações a um nível mais funcional e mais condizente com os princípios do Estado de Direito Democrático, especialmente o princípio da responsabilidade (Eis a segunda parte do trabalho: *Título II – Sistema de responsabilidade, conexões e princípios*).

A atenção é voltada para os sistemas de responsabilidade (capítulo 8), incluindo as espécies de responsabilidade política (institucional formal, difusa, institucional livre)

⁴ Peter SALADIN (Verantwortung als Staatsprinzip, 1984, pp. 167-216).

e as de responsabilidade jurídica (civil, criminal, disciplinar). Verificam-se também as duas modalidades de responsabilidade financeira (pelo execução geral do orçamento e financeira estrito senso) e o *impeachment* no regime presidencialista.

Para compreender a problemática atual das conexões entre sistemas de responsabilidade jurídica, imprescindível resgatar as discussões desde o século passado acerca da delimitação entre responsabilidade penal e responsabilidade administrativa (capítulo 9). Em seguida, apresenta-se o modelo brasileiro de improbidade administrativa, um sistema peculiar de responsabilidade dos governantes e dos agentes público em geral, que está implantado desde a década de 1990, avaliando-se a sua contribuição para uma melhor articulação entre os sistemas de responsabilidade (capítulo 10).

Por fim, demonstra-se que, nas conexões entre os sistemas de responsabilidade, incidem os seguintes princípios: princípio da diversidade, princípio da independência na instauração, princípio do compartilhamento das provas, princípio da interdependência das decisões e princípio da redundância (capítulo 11).⁵

⁵ Antes de dar início ao desenvolvimento do texto, mister consignar alguns esclarecimentos sobre a formação das fontes: a) utilizou-se o sistema de referência bibliográfica do *Word*, estilo *APA Sixth Edition*, razão pela qual, (a1) na bibliografia final, não há traço substitutivo do nome do autor a partir da segunda obra; (a2) nas notas de rodapé, o nome do artigo ou livro fica necessariamente entre parêntesis e sem realce itálico; b) optou-se pelas referências em notas de rodapé, para facilitar a identificação da fonte utilizada; c) as referências bibliográficas nas notas de rodapé foram referidas na ordem direta do nome, sem inversão, porque a nota de rodapé serviu também para algumas citações diretas complementares; d) ao lado do texto de obras de referência, colocou-se o ano da primeira publicação, para melhor contextualização.

**TÍTULO I - RESPONSABILIDADE COMO PRINCÍPIO
ESTRUTURANTE DO ESTADO DE DIREITO DEMOCRÁTICO**

1 RESPONSABILIDADE COMO CONCEITO NÃO JURÍDICO

A tentativa de uma definição do conceito, conteúdo e alcance da responsabilidade no Direito e na Teoria do Estado encontra duas dificuldades básicas:⁶ a) o conceito, em linguagem jurídica, é, como no vernáculo, cercado por uma grinalda de termos relacionados (dever, tarefa, obrigação); b) a responsabilidade não poderá se embasar nos conceitos já consolidados de outros campos de conhecimento (não jurídico), pois, como disse Picht, embora estejamos conscientes de que somos responsáveis, não sabemos que responsabilidade é esta, já que tudo o que se sabia de Antropologia e Ética é um tanto provisório.⁷

Como lembra Picht,⁸ nunca se falou tanto em responsabilidade como após as duas guerras mundiais, mas nunca se tentou dizer o que é a responsabilidade. Nos textos empíricos, constata-se a “onipresença” do termo responsabilidade, mas que, a rigor, contemplam “vários conceitos de responsabilidades”, os quais, ante a multiplicidade das funções da palavra, borram os contornos da responsabilidade como conceito, eliminando a sua própria identidade, razão pela qual urge desdobrar cada um dos conceitos de responsabilidade à procura de uma definição abrangente, de um conceito englobante.⁹

1.1 Responsabilidade como conceito fundamental da ética

A noção de responsabilidade enquanto categoria político-jurídica é antiga, surgindo com os primórdios da civilização, inicialmente vinculada aos conceitos de ética e de direito privado.

A responsabilidade, muitas vezes identificada, no campo ético, como um dever ou obrigação, é, como destaca Saladin,¹⁰ uma “ponte normativa” entre uma pessoa e outra, e também entre “indivíduo” e “sociedade”, sendo, pois, uma “categoria fundamental da ética”. Mas o desenvolvimento da responsabilidade no campo da ética não foi uniforme,

⁶ Peter SALADIN (Verantwortung als Staatsprinzip, 1984, p. 15).

⁷ Georg PICHT (Wahrheit, Vernunft, Verantwortung, 1969, p. 322).

⁸ Georg PICHT (Wahrheit, Vernunft, Verantwortung, 1969, p. 318).

⁹ Jan KLEMENT (Verantwortung, 2006, p. 3).

¹⁰ Peter SALADIN (Verantwortung als Staatsprinzip, 1984, p. 19).

podendo ser compreendido em diferentes fases, que, contudo, não podem ser vistas apenas numa ordem cronológica, às vezes, sucedendo, às vezes, acumulando.

1.1.1 Ética tradicional

A ética, desde a antiguidade até meados do século XX, que pode ser denominada de ética tradicional, englobando a ética antiga e a ética moderna, era antropocêntrica.¹¹ Voltava suas preocupações para com as ações nas interações humanas, dentro dos limites do ser humano. A significação ética, assim, dizia respeito ao relacionamento direto de homem com homem. A ética tradicional pressupunha que as ações do homem não alteravam a natureza, o ambiente, as coisas extra-humanas. Na Antiguidade, por exemplo, pensava-se que a terra não sofria dano com a ação humana, pensava-se que ela era ilimitada.¹² Assim, na ética tradicional, a natureza não era da responsabilidade do homem, pois a natureza cuidava de si mesma.

A ação humana e seus efeitos, segundo a ética tradicional, eram limitados no tempo. Preocupava-se apenas com as ações passadas e com os efeitos pretéritos destas ações. A ética, ressalta Hans Jonas,¹³ considerava a ação humana do momento ou, no máximo, considerava um “pequeno lapso de tempo”, para previsão, para determinação do fim e para possibilidade de atribuição de responsabilidades. As teorias clássicas sobre ética nada falam sobre o aspecto temporal da responsabilidade do governante.¹⁴ A ética, neste contexto, tinha a ver apenas com o aqui e o agora.

A ação humana, como objeto da ética tradicional, era também limitada no espaço. Toda “moralidade” considerada pela ética tradicional, conforme apregoa Hans Jonas,¹⁵ ficava dentro de uma “esfera espacial pequena”, era visualizada nas relações entre vizinhos, entre pessoas conhecidas, entre amigos ou inimigos, entre superior hierárquico e funcionário subalterno.

A ética tradicional ancorava-se na reciprocidade entre direitos e deveres. O dever de uma pessoa era a imagem refletida do dever de outra pessoa, que, da mesma forma, era imagem e semelhança do dever do primeiro, de modo que, uma vez estabelecidos os direitos do segundo, ficava também estabelecido o dever do primeiro em respeitá-los.¹⁶

¹¹ Hans JONAS (O princípio responsabilidade [1979], 2006, p. 35).

¹² Hans JONAS (O princípio responsabilidade [1979], 2006, pp. 31-33).

¹³ Hans JONAS (O princípio responsabilidade [1979], 2006, p. 30).

¹⁴ Hans JONAS (O princípio responsabilidade [1979], 2006, p. 45).

¹⁵ Hans JONAS (O princípio responsabilidade [1979], 2006, p. 36).

¹⁶ Hans JONAS (O princípio responsabilidade [1979], 2006, p. 89).

A técnica e o saber a ela associado, nesta visão de ética tradicional, não alteravam as condições do homem. Da Antiguidade até o século XVII, a ciência não modificava as condições do homem, porque, como afirma Fritjof Capra,¹⁷ objetivava “a vida em harmonia com ela”, seja para atender a “glória de Deus”, no mundo ocidental, seja para atender “a ordem natural”, no mundo oriental. Nesta época, a natureza era vista como organismo (concepção orgânica da natureza); a Terra, como “mãe nutriente”.¹⁸ No século XVII, esta atitude de “integração” foi suplantada pela “autoafirmação”, imperando o ideal baconiano (saber é poder) no sentido de colocar o saber a serviço da dominação da natureza em prol da humanidade.¹⁹ A concepção orgânica da natureza foi substituída pela “metáfora do mundo como máquina”.²⁰ A técnica tinha aplicação apenas no domínio não-humano, constata Hans Jonas.²¹ A ação tecnológica era individual, não cumulativa, não gerando muitos efeitos concretos para a coletividade e para o futuro.²²

Importante assinalar, com apoio em Esteves Pardo, que a comunicação entre os

¹⁷ Fritjof CAPRA (O ponto de mutação ..., 2006, p. 51).

¹⁸ Fritjof CAPRA (O ponto de mutação ..., 2006, p. 52).

¹⁹ Fritjof CAPRA (O ponto de mutação ..., 2006, p. 51).

²⁰ Fritjof CAPRA (O ponto de mutação ..., 2006, p. 52). Complementa referido autor afirmando que “essa mudança, que viria a ser de suprema importância para o desenvolvimento subsequente da civilização ocidental, foi iniciada e complementada por duas figuras gigantes do século XVII: Descartes e Newton”. À filosofia cartesiana o autor (p. 53) atribui a causa para a crença na certeza do conhecimento científico. A mudança radical na imagem da natureza (passando de organismo para máquina) provocou alteração na atitude das pessoas em relação o ambiente natural. Enquanto a “visão de mundo orgânico da Idade Média implicava um sistema de valores que conduzia ao comportamento ecológico”, a concepção cartesiana do universo, como sistema mecânico, “forneceu uma sanção ‘científica’ para a manipulação e a exploração da natureza que se tornaram típicas da cultura ocidental” (p. 56). Isaac Newton, por seu turno, deu “realidade ao sonho cartesiano e completou a revolução científica”, ao criar um “método completamente novo – hoje conhecido como cálculo diferencial – para descrever o movimento de corpos sólidos, um método que foi muito além das técnicas matemáticas de Galileu e Descartes” (p. 58). Importante asseverar que, antes de Isaac Newton, havia duas tendências opostas a orientar a ciência seiscentista: a de Bacon, com o método empírico, indutivo; e a de Descartes, com o método racional, dedutivo. O autor recorda então que, neste contexto, “Newton, em seus *Principia*, introduziu a combinação apropriada de ambos os métodos, sublinhando que tanto os experimentos sem interpretação sistemática quanto a dedução a partir de princípios básicos sem evidência experimental não conduziram a uma teoria confiável. Ultrapassando Bacon em sua experimentação sistemática e Descartes em sua análise matemática, Newton unificou as duas tendências e desenvolveu metodologia em que a ciência natural passou a basear-se desde então” (p. 59). Os séculos seguintes, XVII, XVIII e XIX, especialmente os dois últimos, serviram-se da mecânica newtoniana com bastante êxito (p. 60). Como apontou o autor, “os pensadores do século XVIII levaram esse programa ainda mais longe, aplicando os princípios da mecânica newtoniana às ciências da natureza e da sociedade humana” (p. 63). Um dos expoentes foi o filósofo John Locke, cujas principais obras datam do final do século XVII, tendo, na linha da física newtoniana, desenvolvido “uma concepção atomística da sociedade, descrevendo-a em termos de seu componente básico, o ser humano. (...) Quando Locke aplicou sua teoria da natureza humana aos fenômenos sociais, foi guiado pela crença de que existem leis da natureza que governam a sociedade humana, leis semelhantes às que governam o universo físico.” (p. 64)

²¹ Hans JONAS (O princípio responsabilidade [1979], 2006, p. 57).

²² Hans JONAS (O princípio responsabilidade [1979], 2006, pp. 23, 40).

conhecimentos das ciências naturais e das ciências sociais, inclusive as normativas (ética, direito), principalmente nos séculos XVII e XVIII, “não podia ser mais íntima, pois concorriam as mesmas pessoas”, é dizer, os influentes filósofos e juristas eram ao mesmo tempo destacados geômetras e matemáticos.²³

Nenhuma corrente de ética tradicional pressupunha, no dizer de Hans Jonas,²⁴ a “capacidade do homem da atualidade em interferir na natureza e nas próprias condições do homem, através de diversas manipulações”.

A responsabilidade conecta pessoas ou instâncias por meio de proposições normativas, envolvendo uma pessoa (*Du - Você*) e uma resposta (*Antwort*) enviada por outra pessoa.²⁵ Como destaca Picht, no conceito de responsabilidade, verifica-se uma dupla referência: “é responsável por uma coisa ou por outra pessoa, e é responsável em face de uma instância que emitiu uma ordem que fundamentou a responsabilidade”.²⁶ Ou seja, uma pessoa é responsável “para” (ou melhor, por) uma coisa ou outras pessoas, e é responsável “perante” uma instância. É neste contexto que Manfred Riedel assenta que responsabilidade é um “conceito de comunicação”,²⁷ ou, como prefere Saladin, norma de segundo grau: “a responsabilidade é regra, mais precisamente, um conjunto de regras, mais precisamente, uma regra normalizada por um conjunto de regras, ou seja, uma norma de segundo grau”.²⁸

A referida instância a quem se responde, resume Christian Müller, pode ser, na área teológica, Deus; na ética filosófica, a crença razoável na filosofia da subjetividade e, na área jurídico-mundana, um tribunal.²⁹ Esta sequência corresponde basicamente à evolução da noção de uma ética da responsabilidade, que se examinará nas seções seguintes.

²³ ESTEVES PARDO (Técnica, riesgo y derecho, 1999, p. 13). Diz ainda o autor (p. 16-17) que, no século XIX, o cientista deixa de ser apenas um profissional de outra área que faz ciência por paixão, para se converter em um profissional que trabalha em uma universidade ou centros de investigação. Disso resultou um enorme avanço do conhecimento científico e, por consequência, uma especialização do saber. Assim, já não era possível, nem para as mentes mais capazes, manter o domínio sobre dois âmbitos de conhecimento (ciências naturais e ciências sociais). Embora o conhecimento das ciências naturais já não determinasse tanto os resultados das demais ciências, ainda persistiu no século XIX, uma marcante influência sobre as ciências sociais quanto ao método da ciência natural (positivismo); no caso particular da ciência jurídica, o conceito positivista da ciência foi adotado pelos teóricos do direito mais destacados do último terço do século XIX.

²⁴ Hans JONAS (O princípio de responsabilidade [1979], 2006, p. 23).

²⁵ Peter SALADIN (Verantwortung als Staatsprinzip, 1984, p. 31).

²⁶ Georg PICHT (Wahrheit, Vernunft, Verantwortung, 1969, p. 320).

²⁷ Manfred RIEDEL (Freiheit und Verantwortung, 1979, p. 221).

²⁸ Peter SALADIN (Verantwortung als Staatsprinzip, 1984, p. 31).

²⁹ Christian MÜLLER (Verantwortungsethik, 1992, pp. 104-105).

1.1.2 A compreensão cristã da responsabilidade

A ética da responsabilidade, como se terá oportunidade de detalhar, caracteriza-se, tão bem realça Saladin,³⁰ pela preocupação com a interferência das ações humanas no ambiente e pelo “pensamento e ação essencialmente prospectivos”, procurando vincular normativamente as ações em razão dos “resultados” ou consequências das ações; em poucas palavras, é uma ética material, um “conceito pleno de responsabilidade”.

Estas noções de responsabilidade podem ser identificadas na ética cristã.³¹ O ser humano, de acordo com o Velho e Novo Testamento, é responsável perante Deus, não apenas por uma ou outra ação, mas pela totalidade das ações praticadas na sua vida mundana. A ética cristã coloca todo o comportamento humano sob o lema descrito na 2ª Carta aos Coríntios (5:10), “porque todos devemos comparecer ante o tribunal de Cristo, para que cada um receba segundo o que tiver feito por meio do corpo, ou bem ou mal”. A vida humana, então, conclui Picht,³² deve ser “uma total preparação para esta responsabilidade final”. A responsabilidade perante Deus (e antes, perante as pessoas) consiste no compromisso com a palavra e vida de Jesus Cristo; ou seja, é uma responsabilidade pela causa de Jesus Cristo.³³ Por isso, a responsabilidade tem uma característica prospectiva, no dizer de Picht,³⁴ “pressiona para frente”, pois os atos e pensamentos durante a existência humana serão colocados à prova por ocasião da salvação da alma. Assim, a noção de responsabilidade é mais precisamente “um conceito moral de origem cristã”.³⁵

Ao contrário da ética cristã, não se concebia, na ética romana, que uma pessoa fosse responsabilizada por seu pensamento, ou, por seu comportamento moral, perante um juiz; o que de certa forma explica o surgimento tardio da palavra *Verantwortung* na linguagem ético-jurídica alemã, a qual tem o mesmo significado dos termos jurídicos romanos *respondere*, *responsio* e *responsum*.³⁶

Esta ética cristã condicionou substancialmente o pensamento filosófico, como será examinado na próxima seção.

³⁰ Peter SALADIN (*Verantwortung als Staatsprinzip*, 1984, pp. 19-20).

³¹ Peter SALADIN (*Verantwortung als Staatsprinzip*, 1984, p. 22).

³² Georg PICHT (*Wahrheit, Vernunft, Verantwortung*, 1969, p. 319).

³³ Peter SALADIN (*Verantwortung als Staatsprinzip*, 1984, p. 22).

³⁴ Georg PICHT (*Wahrheit, Vernunft, Verantwortung*, 1969, p. 321).

³⁵ Georg PICHT (*Wahrheit, Vernunft, Verantwortung*, 1969, p. 319).

³⁶ Georg PICHT (*Wahrheit, Vernunft, Verantwortung*, 1969, p. 319). O autor também menciona o mesmo motivo para o surgimento tardio da responsabilidade na França e na Inglaterra.

1.1.3 Ética filosófica

A ética filosófica foi bastante influenciada pela ética cristã, cristalizada em um secular movimento intelectual e espiritual pela prática religiosa da igreja católica. A teologia cristã apregoa que a compreensão da existência do ser humano estaria relacionada com a salvação da alma. Para tanto, torna-se necessário um autoexame de consciência sobre as condutas praticadas, abrindo a alma, e só assim pode-se atingir uma plenitude de vida ética cristã; este exercício espiritual de meditação sobre a salvação da alma é uma herança secular do cristianismo.³⁷ A consciência sobre a condição humana de que trata a ética cristã tem duplo sentido, como autocompreensão e como compreensão do mundo.³⁸ Por conta destes atributos, entende-se que a ética cristã é uma ética individual.³⁹

A filosofia moderna, onde se faz a reflexão do ego pensante sobre seu próprio pensamento, nada mais é que, bem ressalta Picht, “a forma secularizada da preocupação cristã da alma para a sua salvação e para a verdade, que abriu na dialética da consciência (*Gewissen*) e da conscientização (*Bewußtsein*)”.⁴⁰ Esta dialética da consciência e conscientização constitui o conceito moderno da responsabilidade no âmbito da filosofia, e, embora tenha a mesma origem, houve uma tentativa de sair da tradição predeterminada da ética cristã. A subjetividade do sujeito é o caminho possível para a verdade do pensamento.⁴¹ Vigora, assim, nas letras de Christian Müller, a “crença razoável da filosofia da subjetividade”.⁴²

Esta filosofia da subjetividade está relacionada com a interiorização da referência da responsabilidade. A ética dos tempos modernos alterou o caráter referencial de responsabilidade de uma forma peculiar.⁴³ Pelo pensamento dedutivo de Descartes, pode-se chegar a uma verdade referindo-se a si mesmo e aos próprios princípios. A responsabilidade passa a ser entendida principalmente como “uma responsabilidade perante a própria consciência, ou uma responsabilidade para si, ou autorresponsabilidade”, arremata Picht.⁴⁴

³⁷ Georg PICHT (*Wahrheit, Vernunft, Verantwortung*, 1969, p. 321).

³⁸ Georg PICHT (*Wahrheit, Vernunft, Verantwortung*, 1969, p. 321).

³⁹ Georg PICHT (*Wahrheit, Vernunft, Verantwortung*, 1969, p. 321).

⁴⁰ Georg PICHT (*Wahrheit, Vernunft, Verantwortung*, 1969, p. 322).

⁴¹ Georg PICHT (*Wahrheit, Vernunft, Verantwortung*, 1969, p. 322).

⁴² Christian MÜLLER (*Verantwortungsethik*, 1992, p. 105).

⁴³ Georg PICHT (*Wahrheit, Vernunft, Verantwortung*, 1969, p. 320).

⁴⁴ Georg PICHT (*Wahrheit, Vernunft, Verantwortung*, 1969, p. 320).

1.1.4 Responsabilidade como autorresponsabilidade

As teorias de autorresponsabilidade são desdobramentos da filosofia da subjetividade. Todo pensamento ético tradicional, menciona Hans Jonas,⁴⁵ diz respeito ao relacionamento direto de pessoa humana com outra, “inclusive o de cada homem consigo mesmo”, de que resulta que a autorresponsabilidade é também antropocêntrica.

As teorias de autorresponsabilidade têm uma tendência de esbater a diferença “hierárquica” existente entre a pessoa que é responsável e a instância encarregada de aferir a responsabilidade, pois, evidentemente, estas posições se identificam na responsabilidade para consigo mesmo.⁴⁶

O autorresponsável é responsável por si e para si por suas próprias normas, ou seja, com autonomia.⁴⁷ Toda a responsabilidade para com as pessoas e coisas, anota com maestria Picht, é justificada pela “razão moral para si mesmo”, ou mais precisamente, pela liberdade, que é entendida como uma condição da possibilidade da individualidade (*Selbstseins*) das pessoas.⁴⁸ A responsabilidade humana é, então, “a responsabilidade do homem de si mesmo e para si mesmo”, onde se aplica a “razão autônoma”.⁴⁹ A fórmula clássica para este conceito de responsabilidade associada à razão autônoma é o célebre imperativo categórico de Kant.⁵⁰ Trata-se, assim, de “um exemplo extremo da ética da convicção”, como tão bem pontuou Hans Jonas.⁵¹

O “eu mesmo” ou *Self* como uma instância tomadora da responsabilidade faz um exame da consciência, como razão inteligível (*intelligibles Vernunftwesen*) no sentido de Kant, ou como “*Grund-Ich*” no sentido de Wilhelm Weischedel.⁵²

Weischedel é o maior expoente da autorresponsabilidade, tendo publicado sua teoria em 1933 no livro *Das Wesen der Verantwortung*. Este ensaio científico move inteiramente dentro do quadro de uma analítica existencial, como a de Martin Heidegger (*Sein und Zeit*, Tübingen, 1927),⁵³ do qual Weischedel foi aluno. Weischedel compreende que o prefixo “*Ver*” de *Verantwortung* significa o caminho para o interior

⁴⁵ Hans JONAS (O princípio responsabilidade [1979], 2006, p. 35).

⁴⁶ Christian MÜLLER (Verantwortungsethik, 1992, p. 105).

⁴⁷ Christian MÜLLER (Verantwortungsethik, 1992, p. 105).

⁴⁸ Georg PICHT (Wahrheit, Vernunft, Verantwortung, 1969, p. 321).

⁴⁹ Georg PICHT (Wahrheit, Vernunft, Verantwortung, 1969, p. 321).

⁵⁰ Georg PICHT (Wahrheit, Vernunft, Verantwortung, 1969, p. 321).

⁵¹ Hans JONAS (O princípio responsabilidade [1979], 2006, p. 51).

⁵² Christian MÜLLER (Verantwortungsethik, 1992, p. 105).

⁵³ Christian MÜLLER (Verantwortungsethik, 1992, p. 109).

do homem, razão pela qual ele tem que responder (*Antwort*) para este interior.⁵⁴

Na terceira edição de sua obra, de 1972, Weischedel distancia-se das consequências de uma autorresponsabilidade pura, afirmando ele próprio que “o auto da autorresponsabilidade não é, como poderia ter aparecido nas primeiras edições, puramente como tal, sem referência a outros modelos de responsabilidade diante do homem”.⁵⁵

A teoria da autorresponsabilidade não se voltava para o futuro, não se consubstanciava numa ética de responsabilidade. As correntes éticas que estudam a relação com o futuro são a ética escatológica, a ética utópica e a ética da responsabilidade,⁵⁶ esta última podendo ser vista sob o ângulo ecológico e político (Hans Jonas) e sob o ângulo apenas político (Max Weber).

1.1.5 A responsabilidade escatológica (Hegel, Marx e Picht)

A filosofia do século XIX preocupou-se fundamentalmente com o problema do devir.⁵⁷ O pensamento científico nesta quadra histórica estava associado à ideia de evolução (mudança, crescimento e desenvolvimento), que havia suplantado a imagem de máquina newtoniana, a qual foi utilizada por Locke na sua concepção atomística da sociedade (onde o homem era o componente básico).⁵⁸ Conforme recorda Fritjof Capra,⁵⁹ a noção de evolução adveio do campo da geologia, onde, a partir de estudos de fósseis, os cientistas chegaram à conclusão de que “o estado atual da Terra era o resultado de um desenvolvimento contínuo causado pela ação de forças naturais durante imensos períodos de tempo”. Os conceitos evolucionistas foram fundamentais para a teoria do sistema solar de Immanuel Kant e Pierre Laplace, bem como para a filosofia política de Friedrich Hegel e Friedrich Engels.⁶⁰

Hegel defendeu o processo histórico como escatologia, é dizer com a tinta de Hans Jonas, que desenvolveu “uma teoria da história, especulativa e abrangente, que crê conhecer um conjunto de leis gerais que regula seu objeto ao longo do tempo e do qual

⁵⁴ Wilhelm WEISCHEDER (Das Wesen der Verantwortung [1933], 1972, p. 17).

⁵⁵ Wilhelm WEISCHEDER (Das Wesen der Verantwortung [1933], 1972, p. 7).

⁵⁶ Hans JONAS (O princípio responsabilidade [1979], 2006, p. 48).

⁵⁷ Fritjof CAPRA (O ponto de mutação ..., 2006, p. 66).

⁵⁸ Fritjof CAPRA (O ponto de mutação ..., 2006, p. 65).

⁵⁹ Fritjof CAPRA (O ponto de mutação ..., 2006, p. 65).

⁶⁰ Fritjof CAPRA (O ponto de mutação ..., 2006, p. 66).

deduziria os traços principais de um futuro predestinado”.⁶¹ O tempo é, então, o meio legítimo pelo qual a “ideia reguladora” de Kant se realiza, por meio das vontades e das ações, mas de uma maneira autônoma. A astúcia da razão age no próprio interior do processo histórico, não no exterior, como pensava Kant. O objetivo moral é superado pelo poder autônomo da dinâmica da história. Para Hans Jonas, Hegel “reconheceu o princípio do movimento autônomo da história, mas ao mesmo tempo engoliu-se nele a causalidade concreta do sujeito”.⁶²

Karl Marx inseriu o agir consciente no impulso histórico, irrefreável, revolucionário, na condição de ator coadjuvante. A astúcia da razão, que com Hegel passou para o interior do processo histórico, mas permanecia oculta, passa a coincidir com a vontade dos atores. Os atores assumem conscientemente o mandato revolucionário, possuindo uma função determinante para o nascimento deste mandato, embora não determinem a direção do processo. Vê-se, então, como diz Hans Jonas, que, “pela primeira vez, se inscreve no mapa ético, sob o signo da dinâmica, a responsabilidade pelo futuro histórico, de forma racionalmente inteligível”.⁶³

A ética marxista é uma ética do futuro, comporta “uma distância da previsão, uma extensão temporal da responsabilidade assumida, uma ampliação do objeto (toda a futura humanidade) e uma preocupação profunda (toda a essência futura do homem)”.⁶⁴

Segundo Christian Müller,⁶⁵ a responsabilidade será alçada a um conceito “universal” e “totalizante” na doutrina de Picht. O homem tem responsabilidade pela história, entendida esta como responsabilidade pela “preservação da humanidade”.⁶⁶

Segundo Picht,⁶⁷ da história da humanidade extraem-se as tarefas a serem desenvolvidas, objetivando a continuidade da existência da humanidade. As principais

⁶¹ Hans JONAS (O princípio responsabilidade [1979], 2006, p. 195). O autor aponta que, antes mesmo de Hegel, a *ideia reguladora* de Kant, que considera equivalente à *ideia de bem* de Platão, pode ser entendida como a “meta final de uma aproximação infinita”, traduzindo uma noção “quase escatológica”, sendo que, enquanto a aproximação em Platão ocorria de modo vertical (eixo das ordenadas), numa ascensão interna do indivíduo; em Kant se dá de maneira horizontal (eixo das abscissas), refletindo com mais clareza uma escala temporal, que se estende no futuro do sujeito (p. 213). O fim almejado (bem supremo) em Kant é alcançado progressivamente por meio de atividade cumulativa, de natureza cognitiva e moral, dos diversos sujeitos do processo histórico, sendo, assim, externo ao indivíduo, mas Kant não chegou a compreender o processo histórico como veículo adequado para o ideal, pois o tempo para ele pertencia ao mundo fenomênico, não era efetivamente real, jamais conduziria a um estado geral de consciência de felicidade e da dignidade moral exigida pelo bem supremo.

⁶² Hans JONAS (O princípio responsabilidade [1979], 2006, p. 214).

⁶³ Hans JONAS (O princípio responsabilidade [1979], 2006, p. 214).

⁶⁴ Hans JONAS (O princípio responsabilidade [1979], 2006, p. 56).

⁶⁵ Christian MÜLLER (Verantwortungsethik, 1992, p. 116).

⁶⁶ Georg PICHT (Wahrheit, Vernunft, Verantwortung, 1969, p. 332).

⁶⁷ Georg PICHT (Wahrheit, Vernunft, Verantwortung, 1969, pp. 322-356).

tarefas são a manutenção da paz e o suprimento (alimentação) da humanidade. Na consideração destas tarefas, observa-se que as ameaças mais valorizadas por Picht são as guerras entre os povos, e, especialmente, a bomba atômica, ao contrário de Hans Jonas, que vislumbra como perigo maior a ameaça da técnica sobre o ambiente (crise ecológica).

A responsabilidade totalizante em Picht está embasada em duas justificações:⁶⁸ a) no âmbito da metafísica da responsabilidade, demonstra-se que o homem sempre foi chamado moralmente a esta responsabilidade; b) no âmbito pragmático de um diagnóstico do tempo, preconiza-se que a responsabilidade é essencial para a sobrevivência da humanidade.

Picht reconhece uma origem remota da ética da responsabilidade no conceito moral cristão, de responder perante Deus pelos atos praticados aqui na Terra, no que entende ser um conceito escatológico.⁶⁹ Esclarece ele que este conceito escatológico, ao mesmo tempo que indica um possível horizonte do pensamento filosófico também impõe um limite absoluto da filosofia.⁷⁰ Razão e verdade não podem mais serem orientadas para o eterno, o Ser imutável, eles são chamados para uma “unidade de tempo”, e esta “dimensão do futuro” deve ser aberta à mudança.⁷¹

Segundo Picht, estamos conscientes desta responsabilidade, mas não sabemos exatamente em que consiste esta responsabilidade, quais os seus horizontes.⁷² Esta nova responsabilidade totalizante não pode ser descrita pela ética filosófica nem pela ética teológica com apenas suas duplas referências (por e perante).⁷³

A responsabilidade sempre se refere ao tempo; o homem é, assim, na expressão de Picht, “responsável pelas consequências futuras de pensamentos, atos ou omissões, praticados no passado e no presente”.⁷⁴

Com o fundamento teológico-histórico, Picht não consegue se libertar do antropocentrismo, embora já reconheça que as tarefas têm o condão de constituir o sujeito da responsabilidade, ou seja, o responsável é identificado a partir da fixação das tarefas, mas estas tarefas ficam a cargo dos homens.⁷⁵

⁶⁸ Christian MÜLLER (Verantwortungsethik, 1992, p. 116).

⁶⁹ Georg PICHT (Wahrheit, Vernunft, Verantwortung, 1969, p. 319).

⁷⁰ Georg PICHT (Wahrheit, Vernunft, Verantwortung, 1969, p. 319).

⁷¹ Georg PICHT (Wahrheit, Vernunft, Verantwortung, 1969, p. 322).

⁷² Georg PICHT (Wahrheit, Vernunft, Verantwortung, 1969, p. 322).

⁷³ Georg PICHT (Wahrheit, Vernunft, Verantwortung, 1969, p. 323).

⁷⁴ Georg PICHT (Wahrheit, Vernunft, Verantwortung, 1969, p. 323).

⁷⁵ Georg PICHT (Wahrheit, Vernunft, Verantwortung, 1969, p. 341).

1.1.6 Ética utópica e o princípio da esperança de Ernst Bloch

A utopia, assim como a ética cristã, postulava o futuro acima do presente como o lugar do valor absoluto. Contudo, na ética cristã, não se pode atribuir às ações e ao comportamento do presente a criação do estado futuro. O “aqui e agora” é sobrelevado pela expectativa do futuro, mas não é encarregado de sua realização; o agir do presente apenas qualifica o indivíduo perante o julgamento de Deus, “a quem a fé deve confiar a consumação do futuro”.⁷⁶ No âmbito da ética religiosa, há que admitir a existência de uma forma extremada, que pretendeu instalar no mundo terreno o reino messiânico, por considerar que o tempo havia chegado ao fim; nesta situação, os primeiros passos para instalação do ideal do futuro no presente correspondem a uma antecipação do futuro, e, por visar os ideais de justiça e de igualdade social, possuem a mesma “motivação característica da moderna ética utópica”.⁷⁷

Esta forma extremada da ética religiosa aproxima-se bastante de uma ética do futuro, mas continua ainda como uma ética do presente, pois não compreendeu ainda “o abismo escancarado entre o agora e o mais tarde, entre meio e fim, ação e objetivo, estendendo-se sobre gerações”, que é a característica distintiva da escatologia secular e do moderno utopismo.⁷⁸

Somente na modernidade, com seu progresso, pôde-se considerar que, assim como todo passado é uma etapa preparatória para o presente, todo o presente é uma etapa preparatória para o futuro.⁷⁹ É o caso da política da utopia, um fenômeno moderno, que considera o homem do presente como meio para um fim que está além deles e pressupõe “uma escatologia dinâmica da história”, da qual o marxismo revolucionário é grande exemplo.⁸⁰

Ernst Bloch, em 1959, constatava que o conceito corrente de utopia, que está relacionado à “representação e às ideias de uma intenção de futuro”, estava ultrapassado, pois apenas considerava que o presente era um reflexo do passado, mas não vinculava o futuro com nada do presente.⁸¹ O conceito de utopia tinha uma conotação pejorativa no sentido de políticas fantasiosas, abstratas e arbitrárias, que somente foi eliminada com o socialismo, por meio da crença do progresso pela

⁷⁶ Hans JONAS (O princípio responsabilidade [1979], 2006, p. 51 e 54).

⁷⁷ Hans JONAS (O princípio responsabilidade [1979], 2006, p. 54).

⁷⁸ Hans JONAS (O princípio responsabilidade [1979], 2006, p. 55).

⁷⁹ Hans JONAS (O princípio responsabilidade [1979], 2006, p. 47 e 55).

⁸⁰ Hans JONAS (O princípio responsabilidade [1979], 2006, p. 51 e 54).

⁸¹ Ernst BLOCH (El principio esperanza. Vol. I [1959], 1977, p. 9).

ciência.⁸²

O sentido utópico que confere Ernst Bloch, contudo, não é este, abstrato e divorciado da realidade, mas sim um “sentido de adiantamento do curso natural dos acontecimentos”, dirigido essencialmente à realidade, é dizer uma utopia enquanto antecipação em absoluto de um sonho de uma vida melhor no futuro.⁸³ Para obtenção desta antecipação, com intuito de se chegar ao gozo do lazer (utópico), que é o “conceito final absoluto” de Ernst Bloch, é preciso pressupor um caráter de inesgotabilidade tanto da natureza quanto da técnica humana, ou, em outras palavras, é necessário estabelecer duas condições: abundância material da natureza e a facilidade na obtenção desta abundância.⁸⁴

Para fomentar a abundância da natureza, Ernst Bloch defende a “reconstrução da natureza” ou do “planeta Terra”, suplementando as insuficiências da natureza por meio de intervenções do homem, como a utilização de fertilizantes.⁸⁵ Aqui Ernst Bloch já faz a associação com a segunda condição ou pressuposto da utopia, que é a inesgotabilidade da técnica, que facilitará a obtenção dos recursos da natureza, seja pela mecanização, seja pela automatização dos processos de trabalho. A técnica, assim, estaria sendo chamada a tornar-se independente do trabalho da natureza.

Segundo Ernst Bloch, a filosofia da época, ao tentar responder às questões que a ela se impõem, como quem somos, de onde viemos, o que esperamos, estava “dominada de modo terrível”, imperando apenas os “autores do medo”, que valorizam muito mais o fracasso que o êxito.⁸⁶ Enquanto o “nihilismo” é a “máscara objetivista”, este medo é a “máscara subjetivista” do fenômeno da crise do bem-estar dos homens, que é um fenômeno suportado e lamentado por todos, porém não é entendido por quase ninguém, tampouco se consegue transformar este estado de coisas.⁸⁷

Defende que é hora de abandonar esta filosofia do medo e seus autores, e “aprender a esperança”, de modo a ter uma posição mais ativa no relacionamento com o futuro.⁸⁸ “Pensar é traspasar”, é conhecer e ativar a tendência almejada no curso dialético da história para o futuro, o qual contém o temido e o esperado; mas as ações do

⁸² Ernst BLOCH (El principio esperanza. Vol. I [1959], 1977, p. 11).

⁸³ Ernst BLOCH (El principio esperanza. Vol. I [1959], 1977, p. 9).

⁸⁴ Hans JONAS (O princípio responsabilidade [1979], 2006, p. 299).

⁸⁵ Hans JONAS (O princípio responsabilidade [1979], 2006, p. 302).

⁸⁶ Ernst BLOCH (El principio esperanza. Vol. I [1959], 1977, p. 2).

⁸⁷ Ernst BLOCH (El principio esperanza. Vol. I [1959], 1977, p. 3).

⁸⁸ Ernst BLOCH (El principio esperanza. Vol. I [1959], 1977, p. 2).

homem devem procurar somente o contido na esperança.⁸⁹ O correlato desta esperança é a “determinabilidade” sobre a natureza.⁹⁰ A filosofia tem que ter uma preocupação moral sobre o amanhã, tem que ter parcialidade pelo futuro, tem que, enfim, constituir uma nova filosofia, tal como, diz Ernst Bloch, iniciada por Karl Marx.⁹¹ A ação humana deve ser direcionada para a mudança do mundo, por meio de casamento consciente entre teoria e prática, de modo a ser possível se enfrentar o futuro com esperança.⁹² Assim, como Karl Marx, Ernst Bloch defendeu a maximização do uso dos recursos naturais, o que vai ser o principal ponto de embate com a ética da responsabilidade de Hans Jonas, que será abordada após a ética da responsabilidade no âmbito político, que a antecedeu.

1.1.7 A ética da responsabilidade no político (Max Weber)

Na pré-modernidade, a ética do governante para com o futuro da comunidade “não é nada mais do que uma ética do presente, embora aplicada a uma forma de vida de duração mais longa”.⁹³ A ética aplicada à política “nada nos diz sobre o aspecto temporal”.⁹⁴ O legislador, por exemplo, era louvado pela durabilidade das leis por ele criadas, “não por planejar algo previamente que só deve tornar-se realidade para os pósteros”.⁹⁵ E esta durabilidade era um efeito secundário do bem atual, que, nesta ética, se considerava válido também no futuro. O presente não existe com vistas a um futuro de outra espécie, mas de um mesmo futuro.⁹⁶

Max Weber fez uma análise da responsabilidade no campo específico da política, entendida esta como a “participação no poder ou a luta para influir na distribuição de poder, seja entre Estados ou entre grupos dentro de um Estado”,⁹⁷ e sustentou a substituição de uma ética das últimas finalidades, ética da convicção ou da opinião (*Gesinnungsethik*), por uma ética de responsabilidade.⁹⁸ Isso não quer dizer que uma ética da convicção seja idêntica à irresponsabilidade, ou, por outro lado, que a ética de responsabilidade seja idêntica ao “oportunismo sem princípios”, mas sim que há um

⁸⁹ Ernst BLOCH (El principio esperanza. Vol. I [1959], 1977, p. 3).

⁹⁰ Ernst BLOCH (El principio esperanza. Vol. I [1959], 1977, p. 4).

⁹¹ Ernst BLOCH (El principio esperanza. Vol. I [1959], 1977, p. 5).

⁹² Ernst BLOCH (El principio esperanza. Vol. I [1959], 1977, p. 6).

⁹³ Hans JONAS (O princípio responsabilidade [1979], 2006, p. 54).

⁹⁴ Hans JONAS (O princípio responsabilidade [1979], 2006, p. 53).

⁹⁵ Hans JONAS (O princípio responsabilidade [1979], 2006, p. 53).

⁹⁶ Hans JONAS (O princípio responsabilidade [1979], 2006, p. 54).

⁹⁷ Max WEBER (A política como vocação [1921], 1967, p. 56).

⁹⁸ Max WEBER (A política como vocação [1921], 1967, p. 83).

“contraste abismal” entre uma e outra.⁹⁹

A ética da convicção, rejeitada por Max Weber, persegue um objeto considerado absoluto, não se interessando por nenhuma outra consequência, salvo o seu êxito, “o qual vale qualquer preço (a ser pago pela comunidade) e mesmo o risco de um fracasso que signifique uma catástrofe absoluta”, como assenta Hans Jonas.¹⁰⁰ Já na ética da responsabilidade, o político avalia as consequências, os custos e os riscos das ações a serem praticadas para se atingir o objetivo, e, ao final, “tem de prestar conta dos resultados previsíveis dos atos cometidos”.¹⁰¹

Max Weber quis exprimir com seus dois conceitos de ética a diferença entre um político radical e um político moderado, ou seja, entre aquele que apenas reconhece um fim e pode arriscar tudo numa única ação (ética da convicção) e aquele que quer compatibilizar diversos objetivos e reparte os riscos (ética da responsabilidade).¹⁰²

A ética da responsabilidade em Max Weber, onde a pessoa responde pelas consequências de suas ações, é uma ética de responsabilidade “acentuada”, “plena”, quando comparada com a ética da convicção, onde a pessoa é responsável apenas em manter a chama da convicção pura, como, por exemplo, protesto contra a injustiça da ordem social.¹⁰³ A ética da responsabilidade de Max Weber é voltada para a prática, orientada para a prática, determinada pela prática e determinante da prática.¹⁰⁴ Somente a ética de responsabilidade em sentido pleno, como em Max Weber, é que pode ser transportada para o Direito.¹⁰⁵

1.1.8 Ética da responsabilidade de Hans Jonas: ecológica e política

Hans Jonas, da mesma forma que seus antecessores do século XX, também constata a deficiência das teorias modernas da ética, especialmente em não levar em conta a dimensão do futuro nos efeitos das ações e comportamentos do homem, admitindo uma delimitação estrita do alcance do agir presente, e, por consequência, da

⁹⁹ Max WEBER (A política como vocação [1921], 1967, p. 84).

¹⁰⁰ Hans JONAS (O princípio responsabilidade [1979], 2006, p. 160).

¹⁰¹ Max WEBER (A política como vocação [1921], 1967, p. 84).

¹⁰² Hans JONAS (O princípio responsabilidade [1979], 2006, p. 160). Hans JONAS, neste trecho citado, esclarece que, “apesar da semelhança nominal, a distinção de Max Weber entre uma ética da responsabilidade e uma ética da convicção não coincide com a dicotomia acima mencionada, entre ética do objeto e ética do sujeito”. A propósito, Hans JONAS (O princípio responsabilidade [1979], 2006, p. 48) enquadra a ética da responsabilidade de Max Weber na ética escatológica, não na ética utópica, não na ética da responsabilidade, esta última que corresponde à autointitulação de sua tese.

¹⁰³ Peter SALADIN (Verantwortung als Staatsprinzip, 1984, p. 19).

¹⁰⁴ Peter SALADIN (Verantwortung als Staatsprinzip, 1984, p. 19).

¹⁰⁵ Peter SALADIN (Verantwortung als Staatsprinzip, 1984, p. 19).

responsabilidade do homem; reconhece que a ética utópica e a ética escatológica contribuíram sobremaneira para a consideração do futuro no pensamento científico, mas pecaram por não reconhecerem a causalidade do saber e da técnica sobre a Terra, deixando de considerar, assim, as condições globais ambientais da vida humana.¹⁰⁶

Percebe-se, no pensamento de Hans Jonas, que cada deficiência constatada da ética tradicional, incluindo a moderna, constitui uma premissa de sua ética da responsabilidade. Embora o autor chame de tese, na realidade é premissa, de onde parte todos os desdobramentos de sua teoria. Pode-se compreender como tese apenas pelo fato de que o autor não apenas admite como verdadeira a situação, mas constata-a a partir de várias experiências e fatos reais. Ou seja, somente no sentido de que é testável o seu entendimento é que se pode chamar de tese. Assim, sintetizando, por coerência com o discurso científico, adota-se a denominação de premissa, ou quando muito de premissa-tese, mas não apenas de tese. As principais premissas da ética de responsabilidade em Hans Jonas referem-se ao tema da técnica e da natureza.

1.1.8.1 Premissas, imperativo ético e novos deveres

Quanto à técnica, as teorias éticas anteriores conseguiram apenas perceber que a técnica moderna era diferente da técnica antiga. A técnica anterior era “um tributo cobrado pela necessidade, e não o caminho para um fim escolhido pela humanidade - um meio com um grau finito de adequação a fins próximos, claramente definidos”; ao passo que a técnica moderna “transformou-se em um infinito impulso da espécie para adiante, seu empreendimento mais significativo”.¹⁰⁷ Mas não constataram que a técnica, com sua magnitude e especialização, tinha a potencialidade de alterar a natureza da própria ação do homem e o ambiente que o rodeia.¹⁰⁸

A revolução da tecnologia, não planejada e inteiramente autônoma, trouxe um aspecto que não estava incluído em nenhuma das éticas anteriores, inclusive a marxista: “uma direção que, em vez de conduzir à sua plena realização, poderia conduzir à catástrofe universal, em um ritmo cuja aceleração exponencial, assustadora, ameaça fugir a qualquer controle”.¹⁰⁹ O ideal da técnica e da ciência, iniciado por Francis Bacon, sofreu com a magnitude de seu êxito. Na execução capitalista, não contou com

¹⁰⁶ Hans JONAS (O princípio responsabilidade [1979], 2006, pp. 16, 23 e 33).

¹⁰⁷ Hans JONAS (O princípio responsabilidade [1979], 2006, p. 43).

¹⁰⁸ Hans JONAS (O princípio responsabilidade [1979], 2006, p. 24).

¹⁰⁹ Hans JONAS (O princípio responsabilidade [1979], 2006, p. 319).

racionalidade e retidão, mostrando-se incapaz de proteger o homem de si mesmo e a natureza do homem.¹¹⁰ O marxismo, “progressista” na origem, inspirado no que veio posteriormente a se firmar como “princípio da esperança”, e não sob o “princípio do medo”, é também executor do ideal baconiano, tendo contribuído para a ameaça da técnica sobre a humanidade.¹¹¹

Constatação original de Hans Jonas é a de que a técnica moderna altera as condições do homem, o homem passa a ser também objeto da técnica; o “*homo faber* aplica sua arte sobre si mesmo e se habilita a refabricar inventivamente o inventor e confeccionador de todo o resto”, inclusive podendo interferir na chegada da morte, atrasando-a pela utilização da técnica.¹¹² Neste contexto, a vida do homem pode até ser prolongada pelas novas possibilidades da técnica, esclarecendo Hans Jonas que não está fazendo juízo de valor sobre estas novas possibilidades da técnica, mas apenas constatando a necessidade de uma ética que leve em conta esta dimensão.¹¹³ Este novo poder tecnológico tem trazido para a realidade situações que pertenciam ao domínio das utopias, transformando “aquilo que costumava ser exercícios hipotéticos da razão especulativa em esboços concorrentes para projetos executáveis”.¹¹⁴

Quanto à natureza (ambiente), a promessa da técnica moderna, pela submissão que impôs à natureza, se converteu em uma ameaça, colocando em perigo a existência da humanidade. A ética tradicional, segundo Hans Jonas, fundava-se no que acontecia apenas dentro dos limites das ações humanas, não afetando a natureza das coisas extra-humanas. O ambiente não era objeto da responsabilidade humana, ele dependia apenas de si mesmo. A vulnerabilidade do ambiente é patente. A ética da responsabilidade deve limitar sua condição antropocêntrica: “isso significaria procurar não só o bem humano, mas também o bem das coisas extra-humanas, isto é, ampliar o reconhecimento de ‘fins em si’ para além da esfera do humano e incluir o cuidado com estes no conceito de bem humano”.¹¹⁵

Nenhuma ética anterior pressupunha esta capacidade do homem da atualidade em interferir na natureza e nas próprias condições do homem, através de diversas

¹¹⁰ Hans JONAS (O princípio responsabilidade [1979], 2006, pp. 235-236).

¹¹¹ Hans JONAS (O princípio responsabilidade [1979], 2006, p. 241).

¹¹² Hans JONAS (O princípio responsabilidade [1979], 2006, p. 57).

¹¹³ Hans JONAS (O princípio responsabilidade [1979], 2006, p. 52).

¹¹⁴ Hans JONAS (O princípio responsabilidade [1979], 2006, p. 63).

¹¹⁵ Hans JONAS (O princípio responsabilidade [1979], 2006, p. 41).

manipulações.¹¹⁶

Outra premissa do pensamento de Hans Jonas é admitir que a “natureza” do homem está aberta ao bem e ao mal, não apenas ao mal, como impôs Hobbes¹¹⁷ e seus seguidores. É da essência do homem ter aptidão para ser bom ou para ser mau, ou as duas ao mesmo tempo. Imperiosa a renúncia “à ideia de uma ‘riqueza’ da natureza humana, sonolenta, disponível, que só necessita ser liberada (‘desatada’) para então se mostrar, graças à sua natureza”.¹¹⁸ Pondera, contudo, que, embora naturalmente iguais, há, no exercício do poder, uma vantagem para a aptidão maléfica, pois “a pobreza da humanidade pode decorrer tanto de circunstâncias desfavoráveis quanto ter sido escolhida em circunstâncias as mais favoráveis, por causa da indolência ou da corruptibilidade (pulsões verdadeiramente humanas), enquanto a riqueza exige, junto com o favor das circunstâncias, também um esforço (no mínimo, combater a indolência)”.¹¹⁹ Adianta-se que aqui reside o fundamento para a primazia das prognósticos piores sobre os melhores.

Estas constatações não encontram amparo na ética tradicional, seja a ética filosófica, seja a ética teológica, seja a ética escatológica, seja a ética da esperança, devendo ser desenvolvida uma nova estrutura dos deveres éticos da atualidade, uma nova ética não apenas voltada para o futuro, mas uma ética de responsabilidade, uma ética que proteja nossos descendentes contra nossas próprias ações atuais.¹²⁰

Não é mais cabível a crença em nenhuma “razão da história” imanente, ficando em segundo plano saber qual seria a melhor sociedade para o homem, se socialista ou capitalista, qual destas estaria mais apta a lidar com o futuro da humanidade, precisa-se tomar o processo histórico em nossas mãos, assumir-se a responsabilidade efetiva pelo amanhã, sendo imperioso estabelecer os deveres para esta nova ética, que componham um “imperativo de sobrevivência, mas não mais uma questão de ideologia.”¹²¹

Hans Jonas, tendo em vista a finalidade maior da “continuidade da vida humana na terra”,¹²² propõe a substituição dos antigos imperativos éticos, inclusive o imperativo categórico de Kant (age de tal maneira que o princípio de tua ação se transforme numa lei universal), pelo seguinte imperativo da ética da responsabilidade: age de tal maneira

¹¹⁶ Hans JONAS (O princípio responsabilidade [1979], 2006, p. 23).

¹¹⁷ Thomas HOBBS (Leviatã [1651], 2004, pp. 46-57).

¹¹⁸ Hans JONAS (O princípio responsabilidade [1979], 2006, p. 345).

¹¹⁹ Hans JONAS (O princípio responsabilidade [1979], 2006, p. 345).

¹²⁰ Hans JONAS (O princípio responsabilidade [1979], 2006, p. 8 e 323).

¹²¹ Hans JONAS (O princípio responsabilidade [1979], 2006, p. 319).

¹²² Hans JONAS (O princípio responsabilidade [1979], 2006, p. 49).

que os efeitos de tua ação sejam compatíveis com a permanência de uma vida humana autêntica. Pode ser formulado de maneira negativa: “não ponhas em perigo a continuidade indefinida da humanidade na Terra”; ou “a existência ou a essência do homem, em sua totalidade, nunca podem ser transformadas em apostas do agir”.¹²³

Considerando que a responsabilidade é um correlato do poder, e, por isso, a dimensão poder determina a dimensão responsabilidade; e considerando ainda que o poder se manifesta no agir do homem, Hans Jonas rejeita a máxima de Kant (você pode, porque você deve) e propõe a seguinte: você deveria, porque você age, e você age, porque você pode.¹²⁴

Do imperativo ético, Hans Jonas desdobra dois deveres “introdutórios”: a) procurar visualizar os efeitos remotos; b) mobilizar o sentimento adequado à representação do que deve ser temido. Segundo ele, os novos deveres que surgem da nova ética da responsabilidade situam-se entre “o saber ideal da doutrina ética dos princípios e o saber prático relacionado à utilização política”, onde, no primeiro, indaga-se sobre os fundamentos da ética e, no segundo, sobre a perspectiva da ética na resolução dos problemas práticos do homem.¹²⁵

O (primeiro) dever, o de procurar visualizar os efeitos remotos, especialmente os de longo prazo, impõe considerar, em assuntos de grande magnitude, muito mais o cenário pessimista que o cenário otimista, é dizer que, “enquanto não existirem projeções seguras - levando-se em conta, particularmente, a irreversibilidade de muitos processos em curso -, a prudência será a melhor parte da coragem e certamente um imperativo da responsabilidade”.¹²⁶ Esta prudência é que fundamenta o dever de buscar o progresso com “precaução”.¹²⁷

O (segundo) dever, o de mobilizar o sentimento adequado à representação do que deve ser temido, consiste na “disposição para se deixar afetar pela salvação ou pela desgraça (ainda que só imaginada) das gerações vindouras”.¹²⁸

Para além destes deveres introdutórios, cabe mencionar outros deveres de fundamental importância para a ética da responsabilidade. O *novo papel do saber na moral* é um dever “prioritário”: o saber, sob as novas circunstâncias da potência da

¹²³ Hans JONAS (O princípio responsabilidade [1979], 2006, p. 86).

¹²⁴ Hans JONAS (O princípio responsabilidade [1979], 2006, p. 215).

¹²⁵ Hans JONAS (O princípio responsabilidade [1979], 2006, pp. 69-70).

¹²⁶ Hans JONAS (O princípio responsabilidade [1979], 2006, pp. 77-307).

¹²⁷ Hans JONAS (O princípio responsabilidade [1979], 2006, p. 306).

¹²⁸ Hans JONAS (O princípio responsabilidade [1979], 2006, p. 72).

técnica, precisa “ter a mesma magnitude da dimensão causal do nosso agir”.¹²⁹ Considerando que o perigo de extinção do planeta acomete tanto o homem quanto o ambiente, o futuro da natureza é “condição *sine qua non*” do futuro da humanidade, havendo, assim, uma solidariedade entre homem e ambiente, de onde se extrai o *dever do homem em relação à natureza*, consistente em “defender os seus interesses para além dos aspectos utilitários”.¹³⁰

Os deveres da ética da responsabilidade surgem (têm origem) da “vontade como autocontrole do seu poder, exercido conscientemente: em primeiro lugar em relação ao seu próprio Ser”.¹³¹

Hans Jonas aponta algumas características da responsabilidade em sua teoria: totalidade, foco no futuro, continuidade e ausência de reciprocidade.¹³²

A *totalidade* quer dizer que “a responsabilidade abarca o Ser total do objeto, todos os seus aspectos, desde a sua existência bruta até os seus interesses mais elevados”; no cuidado parental, os pais visam “fazer da criança o melhor dos seres”; o homem público, por seu turno, assume o encargo que se estende da “existência física até aos mais elevados interesses, da segurança à plenitude, da boa condução até a felicidade”.¹³³

A *continuidade* decorre do caráter total da responsabilidade. Não se alcançaria a totalidade da responsabilidade caso ela fosse interrompida, pois a “vida do seu objeto segue em frente, renovando as demandas”, de modo que a responsabilidade tem que proceder historicamente para abarcar o objeto em sua historicidade.¹³⁴

O *foco no futuro* é outra característica da responsabilidade, e também decorre do caráter da totalidade. A responsabilidade por uma vida se ocupa muito mais do futuro que do presente, para conseguir dar cabo à totalidade de seu objeto. É necessário o acompanhamento da evolução da tarefa até o fim, que, como visto, é contínua, sem interrupção. Mas a característica de ser voltada para o futuro, para Hans Jonas, não é apenas o que está no domínio da previsão possível e próxima, mas deve incluir “a maior das incógnitas” e o efeito mais longínquo (“horizonte transcendente”), ou seja, “aqueles efeitos pelos quais o responsável já não poderá responder: a causalidade autônoma da

¹²⁹ Hans JONAS (O princípio responsabilidade [1979], 2006, p. 41).

¹³⁰ Hans JONAS (O princípio responsabilidade [1979], 2006, pp. 228-229).

¹³¹ Hans JONAS (O princípio responsabilidade [1979], 2006, p. 217).

¹³² Hans JONAS (O princípio responsabilidade [1979], 2006, p. 175).

¹³³ Hans JONAS (O princípio responsabilidade [1979], 2006, p. 180).

¹³⁴ Hans JONAS (O princípio responsabilidade [1979], 2006, pp. 185-186).

existência protegida é o derradeiro objeto de seu cuidado”.¹³⁵

Na relação entre direitos e deveres, sob a égide da ética da responsabilidade, constata-se *ausência de reciprocidade*. O arquétipo fundamental da ética da responsabilidade, como sustenta Hans Jonas,¹³⁶ é a responsabilidade parental pelo filho, um caso típico de moral tradicional não recíproca: “é a origem genuína da ideia da responsabilidade; sua esfera de ação, com sua exigência contínua, é o lugar mais original de seu exercício”. A responsabilidade dos pais para com os filhos não termina com a procriação, começa neste evento e prossegue continuamente “por meio da precaução e da assistência” até o filhos atingirem a maturidade. Esclarece, contudo, Hans Jonas que “o dever para com as crianças não é o mesmo daquele para com as futuras gerações”; enquanto o dever para com a criança decorre do próprio nascimento, não se pode justificar um dever de procriar ou de se reproduzir de maneira geral em um direito correlato à existência de alguém que sequer nasceu (gerações futuras); “aqui a obrigação é muito mais difícil de justificar”.^{137 138}

¹³⁵ Hans JONAS (O princípio responsabilidade [1979], 2006, p. 186).

¹³⁶ Hans JONAS (O princípio responsabilidade [1979], 2006, pp. 89-90).

¹³⁷ Hans JONAS (O princípio responsabilidade [1979], 2006, p. 90).

¹³⁸ Importante registrar que Karl-Otto APEL (Ética e responsabilidade [1988], 2007) não comunga com a ideia de Hans JONAS acerca da ausência de reciprocidade entre deveres e direitos. Ele parte da premissa que o próprio Hans JONAS estruturou (responsabilidade como correlato do poder: você deve, porque age, e age porque pode), e conclui que a responsabilidade dos homens uns pelos outros é, no início, uma relação potencial de reciprocidade, mas que se configura atual com o avanço gradual do poder. Constatando que “os homens face a um perigo comum são desafiados para assumirem colectivamente a responsabilidade moral” (p. 17), ressalta a necessidade de elaboração de uma macro-ética universalista da humanidade, no âmbito de uma comunidade cosmopolita, que leve a sério as condições ecológicas que possibilitem a vida humana na Terra. Defende a relativização do sistema de dualismo ou complementaridade, defendido por Max WEBER, no sentido de uma “racionalidade de valor neutro e de escolha irracional do último axioma de valorização”, aduzindo que a racionalidade de valor neutro da ciência e da técnica, como regulador exclusivo das diversas áreas da vida pública, como a política e direito, implica que as prescrições de objetivos e valorizações retrocedem para acordos por meio de decisões majoritárias, bem como que “a moral – tal como a religião – deverá ser uma questão exclusivamente privada” (p. 29). Este sistema de complementaridade, com a necessária diferença entre legalidade e moralidade, impede “uma organização da responsabilidade moral pelas consequências das ações coletivas do homem” (p. 29). De acordo com o sistema de complementaridade, afirma que “não há qualquer problema racional de legitimidade para além dos métodos institucionalizáveis. Estes são já, em consequência dele, os princípios fundamentais da democracia, e não, porventura, meras tentativas de aproximação, que se encontrassem ainda sob a ideia regulativa de uma realização progressiva da racionalidade de discurso comunicativa-consensual” (p. 30). Os defensores do sistema de complementaridade, segundo referido autor, “não conseguem reconhecer a necessária concatenação entre a moral da consciência privada e uma racionalidade de valor não neutro da fundamentação do agir coletivo” (p. 31). Por vezes, em face da complementaridade, há quem defenda, como destacou Karl-Otto APEL (Ética e responsabilidade [1988], 2007, p. 30) – sem, contudo, nominar o autor do comentário –, um corolário da ética da responsabilidade de Hans JONAS, que se afigura extremamente redutor da responsabilidade. Eis o corolário: o indivíduo não assumiria responsabilidade para além da sanção e do controle pelas consequências imprevisíveis políticas, técnicas e econômicas da moderna sociedade industrial. Esse corolário representa um “bloqueamento total das possibilidade de uma responsabilidade moral por acções colectivas” (p. 30), pois somente considera possível “uma responsabilidade

Os deveres da ética da responsabilidade decorrem não apenas da imputação causal dos atos realizados (*ex post facto*), seja com culpa, seja sem culpa, mas especialmente em face do objeto que reivindica o agir do homem. Como aponta Hans Jonas,¹³⁹ “o ‘por’ do ser responsável tem aqui um sentido claramente distinto do tipo anterior, auto-referente”. Este objeto está fora do homem, mas está no campo de ação de seu poder. É dever do poder. O primeiro objeto da ética da responsabilidade são os “outros homens”, os “seres humanos”, “bem-estar dos outros”, o ambiente ou a coisa pública;¹⁴⁰ pode-se ainda entender implícito na coisa pública a moralidade administrativa e a gestão pública.

Outra característica dos deveres da ética da responsabilidade anotada por Hans Jonas é a “interpenetração”. Mesmo nos dois extremos de responsabilidade (política) e parental, há “interpenetração” no objeto de “forma notável”.¹⁴¹

1.1.8.2 Ética da responsabilidade do governante

O próprio Hans Jonas enquadra a sua teoria da ética da responsabilidade entre a ética dos princípios da moral e a ética prática (teoria política).¹⁴² Daí porque ele dá uma grande ênfase na responsabilidade do governante no exercício do poder.

Na medida em que a responsabilidade é o correlato do poder, e o dever decorre do poder (você deve, porque você age, e age porque você pode), “o exercício do poder sem a observância do dever é uma atuação irresponsável”.¹⁴³

Como decorrência da modificação do agir humano, a responsabilidade própria do político, e, portanto, da moral política, adquire um significado totalmente novo com novos conteúdos e alcance no futuro nunca antes imaginado.

Em relação ao primeiro dever “introdutório” (projeção do futuro), Hans Jonas¹⁴⁴ sustenta que há de fato uma insegurança das projeções futuras, sendo que, enquanto

racionalmente fundamentável para a observância isolada de regras do indivíduo no âmbito de um sistema de regras convencional já estabelecido” (p. 30). O mencionado autor não defende que o cumprimento do dever nas áreas convencionais de responsabilidade seja substituído “por um protestar frenético ou por um discutir sem pausa” (p. 30), mas sim a ele seja agregada uma “capacidade de regulação racional de uma responsabilidade no sentido de uma implicação do indivíduo nos processos públicos (comunicativos-consensuais) da organização de responsabilidade solidária por instituições a qual por esse meio também é transmitida para as consequências de ações coletivas” (p. 31).

¹³⁹ Hans JONAS (O princípio responsabilidade [1979], 2006, p. 167).

¹⁴⁰ Hans JONAS (O princípio responsabilidade [1979], 2006, p. 175).

¹⁴¹ Hans JONAS (O princípio responsabilidade [1979], 2006, p. 181).

¹⁴² Hans JONAS (O princípio responsabilidade [1979], 2006, p. 163).

¹⁴³ Hans JONAS (O princípio responsabilidade [1979], 2006, p. 168).

¹⁴⁴ Hans JONAS (O princípio responsabilidade [1979], 2006, pp. 73-76).

para a questão dos princípios morais basta o conhecimento do possível, esta mera possibilidade não é, a princípio, suficiente para a responsabilidade na política. Embora o saber exigido para aplicação na política seja um saber ainda não disponível, ou seja, é um saber retrospectivo, isso não impede que sejam feitas projeções prováveis e possíveis. A incerteza das projeções sobre o futuro (campo da possibilidade) é “inofensiva” para a doutrina dos princípios. O saber sobre possibilidade “é suficiente para os fins da casuística heurística posta a serviço da doutrina ética dos princípios”, mas é certamente insuficiente para o emprego político, que “é a parte mais fraca de todo o sistema, não só em termos teóricos, mas também operativos”. Isso porque o efeito final imaginado pela projeção deve conduzir à decisão sobre o que fazer agora e, conseqüentemente, sobre a que renunciar, o que exige “uma considerável certeza da previsão” que possa justificar a troca de um efeito desejável atual por um efeito remoto que não atingirá os presentes. O caráter “meramente possível” das projeções, que decorre muitas vezes da fragilidade teórica das técnicas de projeção, significa simplesmente que outro efeito também é possível, até mesmo igualmente possível, o que, segundo Hans Jonas, não autorizaria uma decisão política. Por conta desta aparente insuficiência de a possibilidade constituir fundamento para a tomada de decisão política, Hans Jonas¹⁴⁵ sustenta que o fundamento para exigir do governante que atue com precaução não é um dever genérico de evitar os danos, mas sim aceitação como governante de ele mesmo assumir tal risco. Sob este aspecto, que se relaciona com a livre escolha, a responsabilidade política está no outro extremo da responsabilidade dos pais, mas que ainda mantém muitos pontos em comum.

Até onde se estende a responsabilidade política no futuro? Ao contrário da responsabilidade paterna, não há um prazo estabelecido pela natureza do seu objeto; por outro lado, “essa responsabilidade é sobrecarregada pelo excesso de resultados causais em detrimento do conhecimento prévio; portanto, arca com mais conseqüências do que as que lhe deveriam ser imputadas formalmente”.¹⁴⁶ Como decorrência do imperativo ético geral de Hans Jonas, a primeira responsabilidade do governante é garantir a continuidade da arte de governar, que seja possível no futuro; não impedindo que nasçam e sejam recrutados novos líderes da sociedade.¹⁴⁷ Aplicação prática destas considerações são os planos plurianuais dos governos, que se concretizaram a partir do

¹⁴⁵ Hans JONAS (O princípio responsabilidade [1979], 2006, p. 173).

¹⁴⁶ Hans JONAS (O princípio responsabilidade [1979], 2006, p. 201).

¹⁴⁷ Hans JONAS (O princípio responsabilidade [1979], 2006, p. 201).

século XX.¹⁴⁸

Quanto ao segundo dever “introdutório”, encaixa-se a questão da representação das gerações futuras.¹⁴⁹ Como serão representadas as gerações futuras? Segundo Hans Jonas,¹⁵⁰ os procedimentos das democracias da época permitem que sejam ouvidos apenas os interesses atuais, o futuro não está representado em nenhuma instância, não pode fazer “lobby”, de modo que os atuais governantes, os que devem prestar contas às gerações futuras, “não têm por ora nenhuma realidade política diante de si no processo de tomada de decisão”. Entra-se então em uma dimensão mais profunda da ética da responsabilidade, que somente com os sucessores de Hans Jonas, foi possível desenvolver com mais envergadura.¹⁵¹

1.2 Responsabilidade como conceito pressuposto do Direito

A responsabilidade pressupõe liberdade no agir do homem para optar entre

¹⁴⁸ Hans JONAS (O princípio responsabilidade [1979], 2006, p. 206).

¹⁴⁹ BIFULCO (Diritto e generazioni, 2008, pp. 44-58) apresenta as diversas teses acerca da inexistência da responsabilidade perante as gerações vindouras: a) a tese da providência divina: de origem bíblica (passagem em Mateus), mas não exclusivo de uma única religião, defendia que a Terra e seus habitantes humanos sempre conviveram de maneira pacífica e harmoniosa, mas foi colocada em xeque com os inúmeros desastres ambientais; b) a tese da racionalidade: sob dois arquétipos, a “astúcia da razão” em Hegel e a “mão invisível” de Adam Smith, defende-se que as ações humanas, independentemente de suas intenções, podem gerar consequências positivas no futuro, o que, assim, afastaria a responsabilidade da geração presente sobre as seguintes; c) a tese da relevância do presente e da irrelevância do futuro: defende-se que se extrapole para o coletivo a máxima de que é preferível o gozo atual de uma experiência boa que esperar uma melhor experiência no futuro, ficando, assim, o direito da geração futura condicionado e subordinado ao direito da geração atual. Esta ideia foi fragilizada por não haver uma justificativa moral plausível para se optar pelo homem de hoje, especialmente quando está em causa a própria existência da humanidade; d) o argumento da ausência de empatia: como inexistente compromisso moral com quem não se conhece, com quem não se tem empatia, uma pessoa não se sacrifica em prol de um homem futuro; e) o argumento da relacionalidade das obrigações morais e da atualidade do interesse enquanto fundamento da pretensão: só há obrigações morais recíprocas entre pessoas de uma mesma comunidade moral, de modo que a atribuição de direitos somente se concretiza relativamente a pessoas presentes; f) o argumento da ignorância: quanto mais se procura visualizar o futuro, menos se sabe sobre ele, cuida-se de assimetria cognitiva, que torna inacessível o conhecimento sobre as preferências e interesses das gerações futuras; g) o argumento da assimetria dos sacrifícios exigidos das gerações presentes e o número indefinido das gerações futuras: trata-se de uma análise de custo benefício entre o presente e o futuro, que indicaria um sacrifício injustificável para as presentes gerações; h) o argumento da não identidade: não é possível que as gerações futuras sejam vítimas, pois com a intervenção do homem surge pessoa diversa daquela que haveria caso não houvesse intervenção; i) o argumento egoísta: o primado do bem próprio sobre o bem das vindouras gerações, que aponta para inexistência de razões para o sacrifício do bem-estar presente em prol das condições de vida para as futuras gerações.

¹⁵⁰ Hans JONAS (O princípio responsabilidade [1979], 2006, p. 64).

¹⁵¹ A título de exemplo, citem-se Brian BARRY (Justice between generations, 1979), Karl-Otto APEL (Ética e responsabilidade [1988], 2007), Dieter BIRNBACHER (La responsabilité envers les générations futures, 1988), François OST (A natureza à margem da lei, 1995) e Brian BARRY (Justice as impartiality, 1996).

algumas alternativas de ação. Expõe Adela Cortina¹⁵² que o pensamento filosófico e ético tradicional entende liberdade e responsabilidade como “propriedades do comportamento humano intimamente ligadas”. Somente se houver uma “liberdade de determinação biológica”, como bem destaca Klement,¹⁵³ o homem é capaz de assumir responsabilidade, podendo, nesse sentido, dizer que responsabilidade é o “reverso” (*Kehrseite*) da liberdade. A responsabilidade somente se impõe se afirmativa a resposta à seguinte pergunta ética: Eu poderia ter agido de uma maneira diferente do que eu fiz naquela época?

Desde quando na ética, no direito e na ciência em geral nasceu esta pressuposição, tem se questionado sobre se realmente o homem é inteiramente livre em suas ações, ou, de outro modo, qual “grau de liberdade que a pessoa realmente tem”, sendo ponto pacífico apenas o fato de a responsabilidade ter “característica próxima” ao conceito de liberdade, precisamente alinhado por Klement.¹⁵⁴ O pensamento do determinismo aparecem ao longo da história da humanidade sobre múltiplas e variadas correntes. Adela Cortina¹⁵⁵ sintetiza estas correntes: a) determinismo cosmológico (Heráclito e os estoicos); b) determinismo teológico (Reforma da Igreja e Concílio de Trento); c) por último, as diversas modalidades de determinismo científico, que pretendem substituir a metafísica e explicar a realidade a partir do método empírico. De certa maneira, o avanço da ciência social, na busca de explicar o comportamento do homem nas diferentes áreas de conhecimento (economia, política, ética, direito), ao fim e ao cabo, traduz um busca por regras determinísticas.

As modalidades do determinismo científico têm progressivamente apontado áreas da conduta humana em que o homem não está verdadeiramente livre, de modo que é “ilusória” a liberdade, que a liberdade efetivamente nunca existiu na integralidade:¹⁵⁶ a) psicanálise (ações não conscientes); b) materialismo histórico (a base econômica é o fator determinante das trocas sociais); c) frenologia (as medições do crânio de Lombroso); d) biologia evolucionista (o princípio da adaptação do homem explica a conduta do ser vivo, animal ou homem); e) determinismo genético, no século XX. A mais recente modalidade do determinismo surge com as descobertas da neurociência: o determinismo neurológico.

¹⁵² Adela CORTINA (Neuroética y neuropolítica, 2011, p. 152).

¹⁵³ Jan KLEMENT (Verantwortung, 2006, p. 31).

¹⁵⁴ Jan KLEMENT (Verantwortung, 2006, p. 31).

¹⁵⁵ Adela CORTINA (Neuroética y neuropolítica, 2011, p. 154).

¹⁵⁶ Adela CORTINA (Neuroética y neuropolítica, 2011, p. 154 e 162).

Importante ressaltar que, se até o século XX, as ciências sociais tinham os métodos da ciência da natureza como paradigma, adotando o modelo empírico e dedutivo, percebe-se que, desde então, especialmente a partir do século XXI, têm assumido tendência oposta à das ciências sociais. Enquanto as ciências exatas estão seguindo um paradigma do indeterminismo, iniciado com a física quântica, correntes relevantes de vários campos da ciência social estão revendo suas bases a partir das descobertas pela neurociência de amplas áreas de determinismo na ação humana.¹⁵⁷ Muitos filósofos atuais defendem o determinismo da natureza ou afirmam que a existência de fenômenos que se produzem por razão indeterminada não suporia nenhuma evidência científica da liberdade, proliferando as posições de compatibilidade entre o determinismo e a liberdade.¹⁵⁸

Sobre este aspecto, muitas expressões são utilizadas, tais como “compatibilismo”, “incompatibilismo”, “determinismo” e “libertarismo”, que merecem esclarecimentos.¹⁵⁹ A princípio, há duas posições contrapostas, determinismo e libertarismo, cada qual com ao menos duas variantes. Pelo determinismo, todos os eventos têm causas que operam de acordo com as leis físicas do universo ou, especificamente, do cérebro, e, assim, não há alternativas a serem tomadas por um indivíduo. O determinismo pode ser duro ou forte, segundo o qual o universo é determinista e, por isso, não somos livres (a liberdade é uma ilusão), também chamado de incompatibilismo; ou pode ser brando ou fraco, segundo o qual a liberdade é compatível com o determinismo, sendo também chamado de compatibilismo. No determinismo duro, pode-se ainda separar os eliminativistas (os que defendem que a ciência demonstra que nossos conceitos psicológicos populares, tais como crença e desejo, são insustentáveis, e, por esta razão, devem ser descartados) dos reducionistas (que sustentam que estes conceitos de nível mais alto – crença e desejo – podem ser explicados por conceitos de nível mais baixo). O libertarianismo sustenta que a pessoa humana é realmente livre, e, assim, o determinismo não é verdadeiro, podendo ser de modalidade forte, pelas quais as ações são produtos de acontecimentos indeterministas no cérebro, e, por isso, a liberdade existe, e de modalidade moderada, em que se admite que os eventos e experiências prévios afetam nossos estados mentais, mas que, em última instância, as causas de nossas ações são nós mesmos.

¹⁵⁷ Adela CORTINA (Neuroética y neuropolítica, 2011, p. 163).

¹⁵⁸ Adela CORTINA (Neuroética y neuropolítica, 2011, p. 162).

¹⁵⁹ Adela CORTINA (Neuroética y neuropolítica, 2011, pp. 177-182).

Os resultados dos estudos da neurociência têm desafiado as teorias da ética no século XXI, tomando o lugar de destaque que, no século XX, estava com as pesquisas genéticas.¹⁶⁰ Um dos grandes desafios enfrentados pela teoria da seleção natural de Darwin foi o paradoxo do altruísmo biológico, aplicado no comportamento de animais e em seres humanos: um indivíduo se comportaria de maneira altruísta ao investir seus próprios recursos para promover a adaptação de outro.¹⁶¹ De acordo com o biólogo evolucionista Hamilton, o indivíduo dito altruísta, na realidade, ao investir seus recursos para promover outrem, age para proteger seus genes, o que revela ação egoísta.¹⁶² Daí porque enuncia um novo imperativo ético: aja com os outros na medida em que compartilha seus genes.¹⁶³ Contudo, segundo Adela Cortina, isso não explica o comportamento altruísta, porque há ações onerosas para um indivíduo que transcendem a barreira do relacionamento próximo; assim, referida autora sustenta que a resposta mais plausível é a “capacidade de reciprocidade”, é a expectativa de reciprocidade que explica o altruísmo nas relações entre pessoas mais distantes.¹⁶⁴

Importante mencionar que, quando em moda os estudos sobre fatores determinísticos psociológico-biológico-genéticos, Hans Jonas publicou seu célebre livro, e ele mesmo admitiu a existência de uma “lacuna no curso do desenvolvimento teórico” de seu livro, relativa à “investigação sobre a impotência ou potência da subjetividade”, no qual “se aborda o problema psicofísico e refuta-se o determinismo naturalista da vida espiritual”, o que deixou para uma publicação posterior.¹⁶⁵ Contudo, o que Hans Jonas publicou posteriormente não corresponde bem ao prometido, pois limitou-se a desenvolver uma parte aplicada da sua teoria da ética da responsabilidade, mais especificamente na área médica.¹⁶⁶

Charles Sherrington, usando dados fisiológicos e anatômicos, desde a década de 1940, já sustentava que os processos cerebrais simplesmente não podiam explicar os fenômenos subjetivos mentais, incluindo o livre arbítrio consciente, sendo que alguns processos ocorreriam na “esfera mental”, sem quaisquer conexões ou processos cerebrais que poderiam estar envolvidos.¹⁶⁷ John Eccles, aluno de Sherrington, e o

¹⁶⁰ Adela CORTINA (Neuroética y neopolítica, 2011, p. 27).

¹⁶¹ Adela CORTINA (Neuroética y neopolítica, 2011, p. 109).

¹⁶² Adela CORTINA (Neuroética y neopolítica, 2011, p. 110).

¹⁶³ Adela CORTINA (Neuroética y neopolítica, 2011, p. 111).

¹⁶⁴ Adela CORTINA (Neuroética y neopolítica, 2011, p. 111).

¹⁶⁵ Hans JONAS (O princípio responsabilidade [1979], 2006, p. 23).

¹⁶⁶ Hans JONAS (Técnica, medicina y ética, 1997, p. 11).

¹⁶⁷ Charles SHERRINGTON (Man on His Nature, 1940). O referido livro foi fruto das aulas

filósofo Karl Popper¹⁶⁸ defenderam entendimentos similares à visão dualística de Sherrington.

Por meio de técnicas de neuro-imagem, foi possível verificar que há uma ligação entre certas áreas do cérebro e nosso “raciocínio moral”.¹⁶⁹ Em 1958, Benjamin Libet, professor de neurofisiologia da Universidade da Califórnia, San Francisco, iniciou uma série de experiências, com intuito de relacionar atividades cerebrais com o surgimento da experiência consciente (ou consciência da experiência) e a ação requerida. Na teoria, para ações livres, as pessoas deveriam ser conscientes tanto da intenção de praticar o ato quanto do início da ação. O resultado empírico, notadamente no ano de 1983, contudo, não comprovou a consciência prévia nestas duas situações, apenas em uma.

Benjamin Libet¹⁷⁰ comprovou que a decisão consciente de realizar a ação é precedida de um carga elétrica do cérebro (potencial de disposição), em 350 a 400 milissegundos, e, após 200 milissegundos da consciência da intenção. Assim, o processo volitivo (intenção de praticar o ato) inicia involuntariamente, e, somente depois, temos consciência dele. Tal constatação desta sequência temporal entre o processo neurológico e a vivência subjetiva parece comprovar que os processos cerebrais determinam as ações conscientes, ou, em outras palavras, que a decisão é tomada em um estágio de

proferidas pelo autor na Universidade de Edimburgo, nos anos de 1937 e 1938. Sustenta SHERRINGTON (p. 178-179) que a integração do sistema nervoso com o sistema muscular, para produzir os movimentos humanos, é “mecanismo puramente físico, mas não é tão rígido como o mecanismo de Descartes”, o que se comprova pela existência de movimentos reflexos, onde a mente não o acompanha (“*The knee-jerk is reflex. Mind does not accompany it*”). Segundo ele, a vida tem uma coceira para viver (“*itch to live*”), um entusiasmo para viver (“*zest to life*”), que justifica esses reflexos, cuida-se de um mecanismo mental adjunto ao sistema físico-químico do homem (“*the physico-chemical has here its mental adjunct*”). O autor critica o médico Jean FERNEL, a quem o livro é dedicado (p. 12), que não teria percebido tal fato, pois pressupunha que o homem, embora ligado de várias formas ao restante da natureza animal, rompia totalmente com eles nos aspectos da razão e livre arbítrio, o homem só tinha de terreno a alma. Parece-lhe escapar a FERNEL que a vida do homem, de todas as vidas, é a mais completa e totalmente ligada a terra, porque a experiência de vida, totalmente terrestre, é, no caso do homem, o mais completo e integral, pois ele está mais profundamente comprometido com o propósito comum que qualquer outro animal. Nesse sentido também Charles SHERRINGTON (*The integrative action of the nervous systems*. Cambridge: CUP, 1947) e LIBET, FREEMAN e SUTHERLAND (Editor's introduction: the volitional brain, 1999, p. xv).

¹⁶⁸ POPPER e ECCLES (*The Self and Its Brain: an argument for interactionism*, 1977). POPPER escreveu os seis capítulos da primeira parte do livro; ECCLES escreveu os oito capítulos da segunda parte do livro; e há uma terceira parte do livro dedicada ao diálogo entre eles. Em obra individual posterior, J. C. ECCLES (*How the self controls its brain*. Berlin: Spring Verlag, 1994) reforçou a tese inicial, conforme relato de LIBET, FREEMAN e SUTHERLAND (Editor's introduction: the volitional brain, 1999, p. xv e xvi).

¹⁶⁹ Adela CORTINA (*Neuroética y neuropolítica*, 2011, p. 78).

¹⁷⁰ Benjamin LIBET (*Do We Have Free Will?*, 1999, p. 47). No experimento, a pessoa, cuja atividade cerebral estava sendo monitorada, tinha que levantar a mão ou dobrar o dedo (tomada de decisão) e anotar o horário deste momento. Foi constatado que a parte do cérebro encarregado dos movimentos das mãos (neurônios do córtex motor suplementar) era acionada antes da parte do cérebro encarregada da consciência.

inconsciência.¹⁷¹ E, como coloca Benjamim Libet, tal constatação pode afetar o entendimento jurídico de culpabilidade e responsabilidade.¹⁷²

Contudo, é bom já antecipar que o próprio Benjamin Libet reconhece que, apesar de haver este lampejo de inconsciência, como o ato somente é praticado após a consciência da intenção, “a função consciente ainda pode controlar o resultado; ele pode vetar o ato. O livre-arbítrio, portanto, não está excluído”.¹⁷³ Sobre esta conclusão, há quem aduza que é falaciosa, pois, a rigor, não haveria tempo hábil para tanto, atribuindo a elaboração desta justificativa ao fato de Benjamim Libet não ter em suas pesquisas comprovado o que realmente procurava, que era demonstrar o livre arbítrio, ou seja, que a consciência da decisão ocorre antes da ação.¹⁷⁴

O experimento de Benjamim Libet foi repetido mais tarde por outros neurocientistas, apontados em destaque por Wolfgang Frisch,¹⁷⁵ que gozaram de melhores condições para a realização da experiência, chegando basicamente à mesma conclusão: a decisão de praticar um ato é tomada antes mesmo de a pessoa ter consciência de estar tomando a decisão.

Os estudos sobre o comportamento do cérebro (neurociências), que apontam para um determinismo na ação humana, geraram alguns questionamentos éticos, que estão sendo respondidos por uma nova área da ética, a neuroética. Os questionamentos basicamente são os seguintes:¹⁷⁶ a) há códigos inscritos em nossos cérebros, de natureza moral, pelos quais devemos ser regidos e em razão dos quais devemos desconsiderar os códigos anteriores? b) estes códigos têm implicações para a organização da vida política e econômica, por isso seria aconselhável incorporá-los nos desenhos das instituições? c) somos livres ou, pelo contrário, estamos determinados a agir em conformidade com nosso cérebro, que atuaria mecanicamente como um relógio? d) ainda persistem como importante para a vida humana a responsabilidade e a autonomia, ou tudo não passa de

¹⁷¹ Adela CORTINA (Neuroética y neuropolítica, 2011, p. 165).

¹⁷² Benjamin LIBET (Do We Have Free Will?, 1999, p. 47).

¹⁷³ Benjamin LIBET (Do We Have Free Will?, 1999, p. 47).

¹⁷⁴ Nesse sentido, Francisco J. RUBIA (Neurociencias y derecho penal, 2013, p. 185).

¹⁷⁵ Wolfgang FRISCH (Sobre el futuro del derecho penal de la culpabilidad, 2012, pp. 27-28). No Reino Unido: I. KELLER e H. HECKHAUSEN (“Readiness potentials preceding spontaneous motor acts: voluntary vs. involuntary”, *Electroencephalography and Clinical Neurophysiology*, vol. 76, 1990, pp. 35 e ss.) e Patrick HAGGARD e Martin EIMER (“On the relation between brain potentials and the awareness of voluntary movements”, *Experimental Brain Research*, vol. 126, 1999, pp. 128 e ss.). Na Alemanha: John-Dylan HAYNES (“Decoding and predicting intentions”, *Annals of the New York Academy of Sciences*, Vol. 1224, 2011, pp. 9 e ss.), esse último com o uso de ressonância magnética funcional.

¹⁷⁶ Adela CORTINA (Neuroética y neuropolítica, 2011, pp. 15-16).

ilusão?

A história da neuroética é recente, começa com uma conferência realizada em maio de 2002 em São Francisco, Estados Unidos da América, que teve como tema “Neuroética: esboçando um mapa do terreno”.¹⁷⁷ Os organizadores do congresso definiram neuroética como o estudo das questões éticas, legais e sociais que surgem quando as descobertas científicas sobre o cérebro são utilizadas na prática médica, nas interpretações jurídicas e nas políticas sanitárias e sociais. Antes desta conferência, o neurólogo Cranford havia utilizado o termo neuroeticista em 1989, para designar a atividade de um neurólogo como assessor ético ou membro de comitês éticos institucionais, quando em causa questões neurológicas.¹⁷⁸ O termo neuroética em si foi adotado em 1991 por Patrícia Churchland ao se referir a questões éticas ligadas ao funcionamento do cérebro.¹⁷⁹

Um ponto de suma importância para a ética e para o direito diz respeito à constatação empírica de que, no círculo próximo, as pessoas agem pela emoção, ao passo que, no círculo distante de relacionamento, vale a razão.¹⁸⁰ A moral, conforme ensina Adela Cortina,¹⁸¹ na perspectiva evolutiva, é um mecanismo adaptativo, traduzindo um conjunto de normas, virtudes e valores que nos servem para adaptarmos e sobrevivermos. E desde a época dos caçadores e coletadores, o padrão da conduta humana é de defesa do grupo, afetando os indivíduos mais as questões pessoais que as impessoais, o que acaba sendo impresso em códigos cerebrais.¹⁸² Por este ângulo

¹⁷⁷ William SAFIRE (Neuroethics: mapping the field, 2002).

¹⁷⁸ R. E. CRANFORD (“The neurologist as Ethics Consultant and as member of the Institutional Ethics Comitee. The neuroethicist”. *Neurologic Clinics*, n. 7, 1989, pp. 697-713) *apud* Adela CORTINA (Neuroética y neuropolítica, 2011, p. 26).

¹⁷⁹ Patrícia CHURCHLAND (Our Brains, Ourselves: Reflections on Neuroethical Questions, 1991, pp. 77-96) utiliza o termo *neuroética* como adjetivo, um qualificativo para as questões éticas que surgem com as pesquisas neurocientíficas do cérebro. A autora divide em dois campos as questões éticas: “1) those that pertain to the just and proper application of knowledge, and 2) those that focus on the propriety of having knowledge about brain mechanisms, quite apart from any practical application the knowledge might have. In the first category, we shall consider a) potential gains (diagnostic, preventative and therapeutic) and b) potential abuses (clinical, political, judicial, and experimental). In the second category, we shall consider a) the ‘Faustian potential’, as I call it; that is, the possible loss of virtue or ‘humanness’ that neuroscientific knowledge may visit on us, because it is ‘knowledge we should not have’; and b) the experimental cost” (p. 79). No que tange ao campo jurídico, a autora preconize que, embora não se possa prever pelo estágio da ciência naquela altura como ocorrerá, os conceitos alimentados pela neurociência (“*neuroscientifically informed concepts*”) evoluirão e substituirão os “conceitos ortodoxos de agência e responsabilidade” (p. 94).

¹⁸⁰ Adela CORTINA (Neuroética y neuropolítica, 2011, p. 74 e 88). As zonas do cérebro regidas pela emoção são ativadas nas decisões envolvendo pessoas próximas; ao passo que as zonas regidas pela razão são demandadas quando envolve relação impessoal.

¹⁸¹ Adela CORTINA (Neuroética y neuropolítica, 2011, p. 80).

¹⁸² Adela CORTINA (Neuroética y neuropolítica, 2011, p. 80).

apenas, o imperativo da neuroética seria amar o próximo e rechaçar o distante.¹⁸³

A dúvida que surge no âmbito da teoria ética é se o correto é incorporar na teoria tais constatações empíricas ou reforçar a teoria para se evitar o comportamento que, a princípio, seria natural do homem. A primeira situação configura uma abordagem positiva da ética (equilíbrio reflexivo de Rawls, por exemplo), cuja consequência seria aceitar-se como moralmente boa a conduta de nepotismo e coleguismo, mas que “produz dissonância cognitiva com o nível moral alcançado pelas instituições políticas de democracias liberais”.¹⁸⁴ Já na década 1970, Lawrence Kohlberg, em seus estudos no campo da psicologia, já constatava uma relevante discrepância: nas democracias liberais, os indivíduos podem ser encontrados no nível pré-convencional ou convencional no desenvolvimento da consciência, enquanto as instituições políticas são legitimadas por princípios que estão no nível pós-convencional, “o que significa que elas têm como referência a humanidade”.¹⁸⁵ A segunda opção é uma abordagem normativa da ética (a ética utilitarista e ética do discurso em Karl-Otto Apel e Habermas, por exemplo), partindo desta desconformidade para criar normas de conduta para evitar o comportamento moralmente adverso.

Evidentemente a primeira opção não se sustenta ante os valores democráticos e o princípio da dignidade da pessoa humana. Como assevera Adela Cortina,¹⁸⁶ se este fosse o imperativo ético (amar o próximo e rejeitar o distante), seria forçoso descartar as ideias kantianas, as utilitaristas e as religiosas, bem como várias normas jurídicas, como, por exemplo, a Declaração Universal dos Direitos do Homem, elaborada pelas Nações Unidas em 1948. As relações mais próximas afetam mais as pessoas porque nelas é colocada a sobrevivência da pessoa e do próprio grupo.¹⁸⁷ Entende-se que a teoria ética e o Direito deverão agir para minimizar estas condutas, que, embora sejam naturais neurologicamente falando, não atendem aos valores mais caros da sociedade democrática contemporânea, inclusive levando em conta valores republicanos.

Da descrição de mecanismos cerebrais e evolutivos não decorre normas morais;

¹⁸³ Adela CORTINA (Neuroética y neuropolítica, 2011, p. 74). Complementa a autora dizendo que, antes mesmo da neurociência, HUME e KANT já desenvolviam algumas noções sobre a personalidade nas relações próximas entre as pessoas.

¹⁸⁴ Adela CORTINA (Neuroética y neuropolítica, 2011, p. 88).

¹⁸⁵ Adela CORTINA (Neuroética y neuropolítica, 2011, p. 88). Lawrence KOHLBERG e Jean PIAGET desenvolveram o modelo racionalista, segundo o qual se chega ao conhecimento e ao juízo moral pelo uso da razão; as emoções podem afetar o processo, mas não são a causa do juízo moral.

¹⁸⁶ Adela CORTINA (Neuroética y neuropolítica, 2011, p. 222).

¹⁸⁷ Adela CORTINA (Neuroética y neuropolítica, 2011, p. 124).

do fato de ser cerebral e evolutivo não segue um dever moral.¹⁸⁸ A estrutura moral está relacionada com a capacidade humana de “reciprocitar”, na modalidade indireta, que é a expressão “mais inteligente”, pois contorna a problemática das relações pessoais regidas pela emoção e não pela razão; a reciprocidade indireta consiste na predisposição a dar em vista da expectativa de receber algo bom em troca, mas não necessariamente da pessoa a quem se dá.¹⁸⁹ Importante que este procedimento seja cristalizado em leis e instituições, de modo que incuta nas pessoas o sentimento de que receberão retorno a médio e longo prazos, e, assim, passem a cooperar mais efetivamente.¹⁹⁰ Esta reciprocidade indireta de Adela Cortina nada mais é que a estrutura da ética da responsabilidade de Hans Jonas, onde não existe reciprocidade entre direitos e deveres, ou seja, quem é responsável não tem necessariamente direitos sobre a pessoa ou coisa objeto de sua responsabilidade.

Em relação ao reflexo destas descobertas científicas acerca do funcionamento do cérebro no Direito, podem-se ser agrupadas várias correntes.

A primeira corrente, mencionada por Klement,¹⁹¹ compreende que tais descobertas da neurociência questionam a adequação de algumas normas de direito, que pressupõem a liberdade de ação, como as de culpabilidade no direito penal e as relativas a contrato, no direito privado, resultando na necessidade de reforma da legislação, pois restou abalado o pressuposto do Direito consistente na capacidade do homem de compreender a ilicitude do ato e agir de acordo com esse entendimento. Como as pesquisas comprovam que o livre arbítrio não é integral, que não há liberdade na ação (determinista duro) ou, ao menos, que a ação é influenciada por algumas predisposições biológico-neurológicas (determinista brando), torna-se necessária uma reforma substancial da legislação sobre responsabilidade para que este livre arbítrio parcial seja considerado como atenuante e, conforme maior intensidade, até mesmo como eximente, assim pontua Adela Cortina.¹⁹²

A segunda corrente também é mencionada por Klement,¹⁹³ parte da mesma avaliação sobre as descobertas científicas, mas entende que não se faz necessária nenhuma reforma, podendo ser incorporadas as noções de indeterminismo na

¹⁸⁸ Adela CORTINA (Neuroética y neuropolítica, 2011, p. 126).

¹⁸⁹ Adela CORTINA (Neuroética y neuropolítica, 2011, p. 233).

¹⁹⁰ Adela CORTINA (Neuroética y neuropolítica, 2011, p. 233).

¹⁹¹ Jan KLEMENT (Verantwortung, 2006, pp. 31-32).

¹⁹² Adela CORTINA (Neuroética y neuropolítica, 2011, p. 204).

¹⁹³ Jan KLEMENT (Verantwortung, 2006, pp. 31-32).

interpretação e aplicação das normas jurídicas já postas. Os juízes podem tratar esta informação científica, conforme ressalta Adela Cortina,¹⁹⁴ como “um elemento a mais na hora de decidir, mas não como determinante”.

A terceira corrente também reconhece que as descobertas da neurociência são relevantes, indicam fatores não deterministas da conduta humana, contudo, não se faz necessária nenhuma reforma da legislação, tampouco têm efeitos concretos na interpretação, no máximo podem ser utilizadas como técnicas de investigação, como bem arremata Adela Cortina.¹⁹⁵

Nesse sentido, Michael Gazzaniga sustenta que os cérebros não são automáticos e a liberdade se manifesta na interação do mundo social, próprio das pessoas e não de cérebros; assim, a neurociência não encontrará um correlato cerebral para a responsabilidade.¹⁹⁶ Contra esta posição, Adela Cortina defende que não existem dois mundos, como apontado por Michael Gazzaniga, mas apenas um, “no qual o sentido das leis, normas e valores têm uma influência real”.¹⁹⁷

Já Stephen Morse sustenta que nem a noção de direito nem o conceito jurídico de pessoa pressupõe seres livres, bastando contar com pessoas responsáveis e racionais.¹⁹⁸ O autor corta o vínculo entre racionalidade (agir com razão) e liberdade. Segundo este autor, uma pessoa que apresenta razões para agir é responsável em sentido jurídico, porque é racional, age elencando razões, mas isso não significa que tenha uma vontade livre. Aqui o pressuposto do Direito seria a racionalidade, agir racionalmente, não liberdade. Stephen Morse basicamente retoma a distinção clássica entre ação (no caso, a racionalidade) e movimento (onde estaria agora a liberdade). E assim, a liberdade não afetaria a responsabilidade legal, pois alguém se exime de responsabilidade não porque uma desordem mental foi uma causa determinante da conduta, mas porque a racionalidade da pessoa está comprometida, e as diferenças entre capacidade racional e os seus efeitos são reais mesmo que o determinismo seja verdade. Ainda na linha de Stephen Morse, a diminuição da racionalidade seria o único motivo esculpatório de responsabilidade. Adela Cortina acredita ser impossível cortar o vínculo entre responsabilidade e liberdade, e contentar-se com a racionalidade, e somente pelo afã de não ter que reformar o sistema legal é que justifica esta posição de Stephen Morse, que

¹⁹⁴ Adela CORTINA (Neuroética y neuropolítica, 2011, p. 34).

¹⁹⁵ Adela CORTINA (Neuroética y neuropolítica, 2011, p. 205).

¹⁹⁶ Michael GAZZANIGA (El cerebro ético, 2006, pp. 101, 111 e 112).

¹⁹⁷ Adela CORTINA (Neuroética y neuropolítica, 2011, p. 209).

¹⁹⁸ Stephen MORSE (Determinism and the death of folk psychology, 2008, p. 5).

ao fim traduz uma “estratégia de imunização”, que terá certamente um vida curta.¹⁹⁹

A quarta corrente entende que as pesquisas neurocientíficas não são relevantes para o Direito, não comprovando sequer a inexistência de liberdade no agir do homem. Klement, por exemplo, aduz que as descobertas neurocientíficas não são “teoricamente insolúveis” com a conexão entre liberdade e responsabilidade jurídica.²⁰⁰ Com base em Wolf Singer,²⁰¹ Klement compreende as normas como “padrões de excitação”, e, assim, influenciam as decisões do homem, que está ciente de sua existência, independentemente da incidência de outros fatores que contribuam para a tomada de decisão.²⁰²

Segundo Hassemer, há um “erro categorial” decorrente da violação de um “princípio teórico da ciência e do conhecimento”, que estabelece que cada ciência vislumbra somente o que seus instrumentos permitem o acesso, sendo erro “assumir que ciências que trabalham empiricamente poderiam cientificamente descobrir se outras ciências devem ou não desenvolver uma concepção de liberdade”.²⁰³ Acrescenta que, considerando “o bem fundado e radicalmente limitado conceito de verdade processual” e as “frustrações sistemáticas da busca da verdade” no processo penal, fica evidente que as condições efetivas para verificar o poder agir de outro modo é “um autoengano dos penalistas”.²⁰⁴ Finaliza dizendo que o CP alemão (§ 20, 21 e 22) não exige nenhuma constatação da culpabilidade de uma pessoa no caso concreto e, portanto, não exige constatação da liberdade e do poder agir de outro modo numa situação específica, exigindo uma situação bastante diversa, a saber, “a ausência de alterações que fundamentariam a incapacidade de culpabilidade”, cuida-se não de um procedimento positivo, mas de um procedimento duplamente negativo.²⁰⁵

Adela Cortina, por exemplo, entende que a “liberdade não se identifica com a indeterminação: que nossa vontade se move pelo azar ou pela causalidade não significa em absoluto que fora livre, a liberdade requer autodeterminação, capacidade de determinar-se a si mesmo”.²⁰⁶ Ademais, segundo a autora, as pesquisas não demonstram empiricamente que a liberdade seja uma ilusão, nem tiveram êxito em reduzir os estados

¹⁹⁹ Adela CORTINA (Neuroética y neuropolítica, 2011, p. 210).

²⁰⁰ Jan KLEMENT (Verantwortung, 2006, p. 33).

²⁰¹ Wolf SINGER (Selbsterfahrung und neurobiologische Fremdbeschreibung, 2004, pp. 235-256).

²⁰² Jan KLEMENT (Verantwortung, 2006, p. 33).

²⁰³ HASSEMER (Neurociências e culpabilidade em direito penal, 2013, p. 217),

²⁰⁴ HASSEMER (Neurociências e culpabilidade em direito penal, 2013, p. 223),

²⁰⁵ HASSEMER (Neurociências e culpabilidade em direito penal, 2013, p. 223),

²⁰⁶ Adela CORTINA (Neuroética y neuropolítica, 2011, p. 161).

mentais a estados neuronais, nem comprovam que somos apenas máquinas biofísicas; as afirmações dos neurocientistas sobre a liberdade são metafísicas, não científicas.²⁰⁷ Mas, mesmo que as descobertas neurocientíficas demonstrassem que não somos livres (e, por isso, não responsáveis por nossas ações), sustenta Adela Cortina²⁰⁸ que seria ainda mais adequado impor penas a estas pessoas não livres só pelo bem que poderá seguir, adotando postura consequencialista, baseada na proposta de Bentham, que justifica os castigos pelo benefício futuro que pode ser obtido, em contraposição à postura retributivista, que considera que os castigos devem recair sobre quem é responsável pela ação delitiva, para que restituam o mal provocado. Cabe aduzir ainda que não faria sentido, no Estado de Direito Democrático, insistir no valor profundo das liberdades básicas ou direitos civis e políticos, se não são moralmente livres aquelas pessoas que reclamam liberdade de consciência, de expressão, de reunião, de ir e de vir, e de participação política.²⁰⁹

Assim, o conceito de responsabilidade, como conclui Saladin, não pressupõe necessariamente que o indivíduo tenha praticado a ação “conscientemente, voluntariamente ou mesmo alegremente”.²¹⁰ A liberdade, como bem destaca Norbert Achterberg, não é um estado mas sim um objetivo, de modo que a alternativa não está entre liberdade e não-liberdade, mas sim entre mais ou menos liberdade.²¹¹

1.3 Responsabilidade como conceito heurístico do Direito

O conceito de responsabilidade está presente não apenas em linguagens não jurídicas (como visto, na ética, filosofia, teologia, neurologia), como também em linguagens jurídicas.²¹² Pode-se, assim, com Saladin, dizer que responsabilidade é uma

²⁰⁷ Adela CORTINA (Neuroética y neuropolítica, 2011, p. 210 e 213).

²⁰⁸ Adela CORTINA (Neuroética y neuropolítica, 2011, p. 213). Segunda a autora, “*un buen número de utilitaristas insiste en nuestros días en identificar a los retributivistas con las teorías deontológicas y en asegurar que estas teorías tienen su base cerebral en las emociones, mientras que el consecuencialismo utilitarista se identificaría con las doctrinas teleológicas y tendría su base en la racionalidad calculadora*”. Referida autora cita o estudo de J. D. GREENE e J. COHEN («For the law, neuroscience changes nothing and everything», *Philos. Trans. R. Soc. Lond. B. Biol. Sci.*, nº 359, 2004, pp. 1775-1785). E segundo Adela CORTINA, “*el grado de incompetencia con el que los consecuencialistas implicados en el debate utilizan los términos «teorías deontológicas» y «teleológicas» es sorprendente, esos términos no tienen ninguna relación con lo que defienden los filósofos que se inscriben en cada una de las teorías y, por si faltara poco, lo que dicen defender carece de base empírica*”.

²⁰⁹ Adela CORTINA (Neuroética y neuropolítica, 2011, p. 175).

²¹⁰ Peter SALADIN (Verantwortung als Staatsprinzip, 1984, p. 37).

²¹¹ Norbert ACHTERBERG (Das rahmengebundene Mandat, 1975, p. 17).

²¹² Peter SALADIN (Verantwortung als Staatsprinzip, 1984, pp. 26-27) aponta a falta de clareza

“categoria fundamental da natureza humana”.²¹³

Algumas vezes, no discurso do Direito, conforme disserta Klement,²¹⁴ utiliza-se o termo responsabilidade não como conceito dogmático, mas como conceito heurístico do direito. O conceito heurístico de responsabilidade é especialmente relevante para análise da função da responsabilidade.²¹⁵ Este conceito heurístico é, normalmente, utilizado “inicialmente” pelo operador jurídico, é dizer, antes mesmo de utilizar o conceito jurídico.²¹⁶

Conceito heurístico não é produto final e acabado de uma pesquisa, são apenas “ferramentas de ajuda” para encontrar respostas a problemas complexos, por meio de associações diversas, mas que “enriquecem o pensamento e incentivam a criatividade”.²¹⁷ Mas não deixa de ser conceito científico, não é conceito nebuloso, também não é conceito fechado, produto final como dito acima.²¹⁸ Embora se possa considerar que a heurística, como teoria do procedimento para resolução de problemas, fracassou, isso não quer dizer que não haja conceitos heurísticos.²¹⁹ Estes conceitos existem e eles portam “uma pequena descoberta no caminho para uma definição positiva do conceito”, no caso, do conceito de responsabilidade.²²⁰ Pode-se dizer com Klement que os conceitos heurísticos são “conceitos não-dogmáticos com valor dogmático”, mas com um adendo: apesar de todo conceito dogmático ter, necessariamente, uma função heurística, nem todos os conceitos heurísticos, ao mesmo tempo, têm uma função dogmática.²²¹

A responsabilidade como conceito apenas heurístico, como aponta Klement,²²² surge em discursos orientados pela ciência administrativa quanto à divisão de responsabilidade, onde os participantes tentam capturar formas de cooperação entre as unidades governamentais e particulares para o fim de analisar e guiar as áreas de cooperação por meio do princípio da partilha da responsabilidade. A responsabilidade, já salientava Saladin, é concretizada em termos objetivos e subjetivos, mas não é

conceitual da responsabilidade (*Verantwortung*), no direito alemão, sendo utilizados vários termos próximos, que possuem conteúdo setorizado: “*Verantwortlichkeit*”, “*Haftung*”, “*Pflicht*”.

²¹³ Peter SALADIN (*Verantwortung als Staatsprinzip*, 1984, p. 30).

²¹⁴ Jan KLEMENT (*Verantwortung*, 2006, p. 46).

²¹⁵ Jan KLEMENT (*Verantwortung*, 2006, p. 5).

²¹⁶ Jan KLEMENT (*Verantwortung*, 2006, p. 46).

²¹⁷ Jan KLEMENT (*Verantwortung*, 2006, p. 47).

²¹⁸ Jan KLEMENT (*Verantwortung*, 2006, p. 47).

²¹⁹ Jan KLEMENT (*Verantwortung*, 2006, pp. 47-48).

²²⁰ Jan KLEMENT (*Verantwortung*, 2006, p. 48).

²²¹ Jan KLEMENT (*Verantwortung*, 2006, p. 49).

²²² Jan KLEMENT (*Verantwortung*, 2006, p. 55).

necessariamente indivisível, e nisso não há qualquer contradição, podendo ser compartilhada entre vários agentes, não envolvendo apenas pessoas físicas, como também pessoas coletivas.²²³

Considerando a divisão de responsabilidade como área de referência, vislumbram-se duas dimensões da responsabilidade no que tange à função heurística não dogmática: responsabilidade como nome para regra ou padrão e responsabilidade como nome para capacidade efetiva.²²⁴ Para entender os textos do discurso sobre divisão de responsabilidade, é necessário distinguir em qual destes dois sentidos a palavra responsabilidade está sendo utilizada, sendo certo também que “isso é mais fácil dizer do que fazer”, pois pode haver interpenetrações destas modalidades.²²⁵

1.3.1 Responsabilidade como nome para regra

Na dimensão como nome para regra, a responsabilidade é um preceito não dogmático que se refere a um dever jurídico de uma pessoa em relação a um objetivo ou meta determinada, sendo, assim, uma responsabilidade *ex ante*.²²⁶ Nesse sentido, pode-se dizer que o conceito de responsabilidade do Estado é uma abreviatura tipificadora do grau do dever estatal para atingir metas específicas.²²⁷ Os efeitos não dogmáticos são obtidos a partir do “potencial de abstração” do conceito de responsabilidade.²²⁸ E a responsabilidade nesta dimensão (nome para regra) apresenta diversas funções: comunicativa, operativa e comparativa.²²⁹ Na função comunicativa, o conceito de responsabilidade pretende informar o conteúdo da ordem jurídica, mas sem valor dogmático, como é o caso de tentar reduzir a complexidade do fenômeno jurídico, realizando uma espécie de “tradução simplista”.²³⁰ Na função operativa, o conceito de

²²³ Peter SALADIN (Verantwortung als Staatsprinzip, 1984, p. 36).

²²⁴ Jan KLEMENT (Verantwortung, 2006, p. 64).

²²⁵ Jan KLEMENT (Verantwortung, 2006, p. 88). Adianta o autor que a proposta de Hans Christian RÖHL (“Verwaltungsverantwortung als dogmatischer Begriff?”, in: Die Wissenschaft vom Verwaltungsrecht: Werkstattgespräch aus Anlaß des 60. Geburtstages von Prof. Dr. Eberhard Schmidt-Aßmann, Die Verwaltung, Beiheft 2, Berlin: Duncker e Humblot, 1999, 33-55, S. 44) no sentido da distinção entre a responsabilidade normativa e responsabilidade factual é “praticamente impossível de aplicar”, pois o uso de uma palavra com dois sentidos diferentes em um único discurso relacionado causa confusão. Ademais, para RÖHL, a responsabilidade (*Verantwortung*) é essencialmente um “conceito de competência”, não se enquadrando na tradicional responsabilidade civil (*liability, Haftung*).

²²⁶ Jan KLEMENT (Verantwortung, 2006, p. 65).

²²⁷ Jan KLEMENT (Verantwortung, 2006, p. 65).

²²⁸ Jan KLEMENT (Verantwortung, 2006, p. 74).

²²⁹ Jan KLEMENT (Verantwortung, 2006, p. 66).

²³⁰ Jan KLEMENT (Verantwortung, 2006, p. 67). O autor dá como exemplo de uso do conceito heurístico com esta função comunicativa a seguinte afirmação do Tribunal Administrativo Federal da

responsabilidade possibilita tratar em conjunto duas regras mais ou menos heterogêneas, ou mesmo regras e situações de estado, de modo a correlacioná-las por meio de um objetivo específico.²³¹ Na função comparativa, o conceito de responsabilidade de um direito positivo particular é comparado com o conceito em outra ordem jurídica, podendo ocorrer de maneira horizontal (entre ordens independentes) ou vertical (entre ordens dependentes, como entre a União Europeia e os Estados membros), e sempre com intuito de obtenção de uma característica comum das normas, que são bastante diferentes quanto ao conteúdo, linguagem e estrutura.²³²

1.3.2 Responsabilidade como nome para capacidade efetiva

O segundo significado atribuído ao conceito de responsabilidade no discurso da divisão de responsabilidade é uma capacidade efetiva de uma pessoa com vista à promoção de um objetivo.²³³ A responsabilidade, nesta função, refere-se à possibilidade do controle de evento e à presença de um poder e conhecimento causais, em que a pessoa poderá conseguir um propósito específico; cuida-se também de uma responsabilidade *ex ante*.²³⁴

Enquadra-se aqui a responsabilidade administrativa (da Administração Pública) em sua origem, quando em 1975, na reunião de professores de direito público na Alemanha, Scholz e Schmidt-Assmann consideraram que esta espécie de responsabilidade ainda não era um conceito normativo, apenas um conceito heurístico, cuja compreensão era fixada por um balanceamento entre fatos, leis e instituições.²³⁵ Nesta origem, a responsabilidade administrativa não se referia a normas, mas à capacidade efetiva de se realizar a administração da tarefa executiva, buscando melhorias da “situação administrativa”, procedendo-se com análise interdisciplinar (ciência jurídica e ciência administrativa), enfim concretizando normas programáticas.²³⁶ Daí porque o princípio da separação dos poderes era entendido por

Alemanha: “A responsabilidade estatal de garantia para um abastecimento energético seguro, obtida também pela prestação de serviço por organizações particulares, tem sido, assim, preservada”. Nessa assertiva, responsabilidade de garantia significa diversas leis que regem o fornecimento de energia, com o objetivo comum de obter um abastecimento seguro e acessível.

²³¹ Jan KLEMENT (Verantwortung, 2006, p. 70). O exemplo dado pelo autor é o conceito de “*Daseinsvorsorge*” (Previdência Social) de Ernst Forsthoff.

²³² Jan KLEMENT (Verantwortung, 2006, p. 74).

²³³ Jan KLEMENT (Verantwortung, 2006, p. 76).

²³⁴ Jan KLEMENT (Verantwortung, 2006, p. 77).

²³⁵ SCHOLZ e SCHMIDT-ASSMANN *apud* Jan KLEMENT (Verantwortung, 2006, p. 77).

²³⁶ Jan KLEMENT (Verantwortung, 2006, pp. 77-78).

Schmidt-Assmann como princípio da organização adequada das funções (*Leitsatz funktionsgerechter Organisation*), ou seja, princípio orientado para objetivos.²³⁷

Toda a abordagem interdisciplinar entre ciência jurídica e demais ciências tem uma função heurística, não dogmática, e se encaixa na dimensão da responsabilidade como nome para capacidade efetiva.²³⁸

O conceito de responsabilidade como nome para uma capacidade efetiva é utilizado não apenas na intersecção de disciplinas científicas, mas também na interface entre ciência e política, residindo aqui, provavelmente, a função mais importante da responsabilidade, pois gera efeitos sobre a política, encarregada dos destinos finais da comunidade.²³⁹ O objetivo aqui do conceito heurístico, nesta modalidade de responsabilidade como nome para capacidade efetiva, é a satisfação da matéria responsabilidade, ou seja, a provisão integral dos serviços estatais; invocando-se, inclusive, a responsabilidade estatal pela deliberação legislativa²⁴⁰ e pela adequada interpretação judicial.²⁴¹

²³⁷ SCHOLZ e SCHMIDT-ASSMANN *apud* Jan KLEMENT (Verantwortung, 2006, p. 78).

²³⁸ Jan KLEMENT (Verantwortung, 2006, pp. 82-83).

²³⁹ Jan KLEMENT (Verantwortung, 2006, p. 84).

²⁴⁰ Jan KLEMENT (Verantwortung, 2006, pp. 86-87).

²⁴¹ Jan KLEMENT (Verantwortung, 2006, p. 78).

2 RESPONSABILIDADE COMO CONCEITO JURÍDICO

A suposição de que a responsabilidade é apenas um conceito heurístico é um erro, pois se constata uma grande ocorrência da palavra nas proposições jurídicas.²⁴² Responsabilidade é também um conceito jurídico, porque consta em proposições deônticas aplicáveis à resolução dos conflitos humanos, veiculadas por meio de regras ou princípios jurídicos estabelecidos em procedimentos institucionais previstos na Constituição, cuja legitimidade pode ser questionada através de uma “crítica da responsabilidade”.²⁴³

2.1 Responsabilidade para além de dever

A responsabilidade apresenta uma ambivalência de significado que, segundo Klement,²⁴⁴ oscila entre dever e o não-dever (liberdade). Esta ambivalência ocorre com mais extensão quando a responsabilidade está vertida em um conceito jurídico autônomo, em vez de um conceito jurídico técnico, sendo uma das explicações as dimensões éticas que foram incorporando ao conceito de responsabilidade, deixando-o aberto, abstrato e contingente.²⁴⁵

A liberdade, numa noção simples, significa, na tinta de Becker,²⁴⁶ que “o homem, dentro de determinados limites demarcados, pode fazer ou deixar de fazer o que quiser”. Nesta liberdade de agir, o homem persegue preponderantemente objetivos egoístas, isto “é um fato antropológico”, sendo necessária uma “pressão estatal e social” para conseguir que ele almeje “fins comunitários”.²⁴⁷ Na filosofia moderna, há nitidamente dois conceitos de liberdade:²⁴⁸ a) o conceito de Kant, que entende por liberdade a capacidade humana de poder iniciar, mediante atos, uma série de acontecimentos totalmente nova; b) o conceito da ação conscientemente dirigida, inspirado em Locke, Schopenhauer e Freud, que supõe que o homem, para a prática das ações, sempre é

²⁴² Jan KLEMENT (Verantwortung, 2006, p. 193).

²⁴³ Jan KLEMENT (Verantwortung, 2006, p. 45).

²⁴⁴ Jan KLEMENT (Verantwortung, 2006, p. 261).

²⁴⁵ Jan KLEMENT (Verantwortung, 2006, p. 262). A definição de conceito jurídico técnico e de conceito jurídico autônomo será abordada na seção 2.4.

²⁴⁶ Werner BECKER (La libertad que queremos, 1990, p. 111).

²⁴⁷ Werner BECKER (La libertad que queremos, 1990, p. 112).

²⁴⁸ Werner BECKER (La libertad que queremos, 1990, p. 112).

motivado por estímulos externos e internos, mas dirige, em última instância, com consciência a ação; e esta ação consciente traduz um meio para um determinado fim ou para alcançar um determinado objetivo. A liberdade é regulada pelo Estado e um dos fatores para esta regulação é a valoração ética da liberdade.²⁴⁹ As ações livres são, a princípio, neutras quanto à valoração ética. Isso porque a valoração ética é uma questão de juízo dos fins que os homens querem alcançar com a ação e a aplicação das normas em concreto é resultado de uma decisão individual, podendo, assim, ser formuladas poucas considerações acerca da valoração ética, quando se tem em mente uma pretensão de validade pública.²⁵⁰

Do ponto de vista da valoração ética, o conceito de responsabilidade pertence logicamente ao conceito de liberdade.²⁵¹ Mas a responsabilidade não se confunde com “motivação” (causa, ter por motivo causal), embora ambos conceitos se refiram à relação entre realização de uma finalidade da ação e as consequências da ação. Motivação significa que “o homem produz *causalmente* todas as consequências da ação”, ou, em outras palavras, quando eventos são *causadas* ou tem como *causa* uma ação anterior.²⁵² A responsabilidade, contudo, é mais limitada, notadamente em duas frentes:²⁵³ a) não abarca todos os eventos causados pela ação do homem, mas apenas “aquelas consequências da ação que puderam ser vislumbradas antes da realização do fim”; b) somente se refere às ações que foram “prejudiciais” para o próprio autor da ação ou para outros homens.

A responsabilidade não se confunde com dever. O dever impõe à pessoa a realização do objeto de maneira imediata e por meio de ações próprias (diretamente). Como diz Saladin, é possível até a colaboração de outras pessoas, mas o domínio da ação é da pessoa-devedora.²⁵⁴ Se para cumprir seu objeto tiver que ser realizada uma pluralidade de ações e omissões, envolvendo várias pessoas, inclusive não diretamente ligadas à relação inicial, está-se diante de responsabilidade, não de dever, que pressupõe

²⁴⁹ Werner BECKER (La libertad que queremos, 1990, p. 115).

²⁵⁰ Werner BECKER (La libertad que queremos, 1990, p. 115). O autor salienta que a indiferença ética da livre fixação de fins para a ação humana remete ao problema político e moral dos homens relativo à “insegurança ética”, que surge com a imposição histórica das liberdades liberais. O Estado liberal não consegue fazer nenhuma moral unitária, que se aplique nos vários segmentos da vida do homem na sociedade.

²⁵¹ Werner BECKER (La libertad que queremos, 1990, p. 115).

²⁵² Werner BECKER (La libertad que queremos, 1990, pp. 115-116).

²⁵³ Werner BECKER (La libertad que queremos, 1990, p. 116).

²⁵⁴ Peter SALADIN (Verantwortung als Staatsprinzip, 1984, p. 33).

bilateralidade.²⁵⁵

Como menciona Picht, a responsabilidade tem referência também para fora da própria pessoa, como cada um seja um pouco responsável por tudo o que acontece em relação a certas pessoas ou coisas.²⁵⁶ No mesmo sentido, Hans Jonas destaca que, enquanto o dever subjaz à conduta em si mesma, a responsabilidade extrapola e tem uma referência exterior.²⁵⁷ A responsabilidade, como também aponta Saladin, além de não se limitar a exigir ações próprias, “estende-se a tudo o que acontece ao objeto para o êxito do evento”.²⁵⁸ Nesse prisma, pode-se mesmo dizer que a responsabilidade assimila a referência externa com vínculo mais forte que o vínculo de dever.²⁵⁹

Por conta desta referência externa, pela necessidade de concretizar o seu objeto, de maneira substancial, não apenas formalmente, diz Saladin que “responsabilidade é condensada no dever de cumprir determinadas tarefas, mas não se esgota neste dever, não se limita à obrigação de cumprir as normas estabelecidas heterônomamente”.²⁶⁰ O homem não é apenas responsável por pessoas ou coisas, é responsável pelas consequências de suas ações, sendo que a responsabilidade pressupõe uma margem de ações possíveis distintas, que é avaliada tendo em conta as consequências no futuro, este que é a “área da possibilidade”.²⁶¹ A unidade de tempo tem que ser percebida, apropriada e implementada de modo a se materializar a responsabilidade, que, na dimensão da responsabilidade pela história, significa assegurar a continuidade da história, da humanidade.²⁶² Daí porque Picht menciona o “excesso indelimitável”

²⁵⁵ Peter SALADIN (Verantwortung als Staatsprinzip, 1984, p. 34).

²⁵⁶ Georg PICTH (Wahrheit, Vernunft, Verantwortung, 1969, pp. 323-324).

²⁵⁷ Hans JONAS (Técnica, medicina y ética, 1997, p. 55). Assevera especificamente o autor que “«responsabilidad» no es lo mismo que «obligación», sino un caso especial de ella. La obligación puede subyacer a una conducta misma, la responsabilidad va más allá de ella, tiene una referencia externa. Por ejemplo en la investigación se da la obligación interna de ser «estricto»: llevarla a cabo concienzudamente conforme a las vigentes reglas de hallazgo de la verdad y fuerza probatoria, no permitirse cortocircuitos en el procedimiento, no favorecer en la evaluación el resultado que se desea, etc. Esto queda, por así decirlo, «en la familia», forma parte del ethos propio de la ciencia, y su fiel observancia no significa en realidad otra cosa que el ser un buen científico y no uno malo”. Observe-se que Hans JONAS utiliza obrigação no sentido de dever, assim como Hans KELSEN (Teoria pura do direito, 1999, p. 184). Como bem conclui João Carlos LOUREIRO (Constituição e biomedicina. Vol. I, 2003, p. 219), “não há um uso unívoco destes dois termos no universo da juridicidade”. No direito privado, a obrigação designa o vínculo jurídico entre pessoas, com base no qual o credor exige a prestação devida pelo devedor. No direito de tradição anglo-saxão, enquanto a fonte da obrigação (*obligation*) são negócios jurídicos entre particulares, a fonte normativa do dever são papéis sociais. Na Itália, o caráter voluntário do vínculo caracteriza as obrigações, ao passo que o dever é marcado pelo caráter necessário.

²⁵⁸ Peter SALADIN (Verantwortung als Staatsprinzip, 1984, p. 31).

²⁵⁹ Peter SALADIN (Verantwortung als Staatsprinzip, 1984, p. 34).

²⁶⁰ Peter SALADIN (Verantwortung als Staatsprinzip, 1984, p. 34).

²⁶¹ Georg PICTH (Wahrheit, Vernunft, Verantwortung, 1969, p. 323).

²⁶² Georg PICTH (Wahrheit, Vernunft, Verantwortung, 1969, p. 324).

(*unabgrenzbare Überschuß*) da responsabilidade.²⁶³

Assim, estar vinculado por uma responsabilidade significa assumir deveres para sua realização, razão pela qual, com bastante propriedade, João Loureiro aduz que “a responsabilidade gera dimensões de deverosidade”.²⁶⁴ E um destes deveres, prossegue João Loureiro, é o de cuidado (*Sorge e Fürsorge*), que tem raiz ontológica, e “que se expressa no Direito, enquanto assenta na coexistencialidade”, “a sublinhar que o ser humano é, estruturalmente, um ser de relação, um animal simbiótico”, “o défice de ser, a fragilidade, a incompletude do ser humano fazem dos outros condição da possibilidade de ser”.²⁶⁵

2.2 Responsabilidade como tarefa em área de competência

Como já demonstrado, responsabilidade de uma pessoa por alguém ou alguma coisa não se limita a suas próprias ações; a responsabilidade se estende a tudo o que acontece a esse objeto, com o fim de garantir o seu êxito, que, em razão desta referência externa, poderá, naturalmente, haver interferência de ações ou não-ações de outras pessoas, cuja ocorrência não está relacionada com o exercício da liberdade de cada um.²⁶⁶ Por isso, a responsabilidade deve ser delimitada de maneira bem precisa, ou seja, “ser limitada a uma determinada área de forma tão precisa quanto possível, uma ‘competência’ (*Zuständigkeit*) definida com precisão”.²⁶⁷

Considerando que o objeto da responsabilidade do homem é, em última instância, a preservação da humanidade, para que a responsabilidade não evapore (*verflüchtigt*) em face da indeterminação que está diretamente associada com a universalidade do objeto, Picht preconiza a necessidade de divisão de área de competência (*Die Aufteilung der Zuständigkeitsbereiche*) entre os atores da sociedade (Estado, Igreja, associações, empresas, família e até indivíduos), baseada numa divisão de trabalho (*Arbeitsteilung*) entre cada um destes atores.²⁶⁸

Observe-se que, pelo magistério de Picht, a divisão de competência é de toda a estrutura da sociedade, não apenas dos órgãos estatais, utilizando, pode-se dizer assim, o conceito de competência em sentido amplo, que está em contraposição ao conceito em

²⁶³ Georg PICHT (*Wahrheit, Vernunft, Verantwortung*, 1969, p. 324).

²⁶⁴ João LOUREIRO (*Constituição e biomedicina*. Vol. I, 2003, p. 109).

²⁶⁵ João LOUREIRO (*Constituição e biomedicina*. Vol. I, 2003, p. 107).

²⁶⁶ Peter SALADIN (*Verantwortung als Staatsprinzip*, 1984, p. 31).

²⁶⁷ Peter SALADIN (*Verantwortung als Staatsprinzip*, 1984, p. 32).

²⁶⁸ Georg PICHT (*Wahrheit, Vernunft, Verantwortung*, 1969, p. 336).

sentido estrito de competência, que é circunscrita a pessoas ou entidades com poderes públicos.²⁶⁹

Para Picht, a divisão de áreas de competência para fins de atribuição da responsabilidade é um “pressuposto elementar de toda ordem política e social”.²⁷⁰ Embora as diferentes competências estejam sempre em colisão, que surge não só do desejo de poder de diferentes grupos, como também da “estrutura diferenciada que resulta da sobreposição de áreas”, o “Estado, a sociedade e a economia só podem existir por causa da distribuição de esferas de competência”.²⁷¹

Ter a “competência” significa estar encarregado de realizar determinadas tarefas (*die Aufgaben*). Ou nas palavras de Saladin, “a ‘competência’ é determinada pelas tarefas atribuídas a um indivíduo ou grupo”.²⁷² E quanto ao conteúdo das tarefas? Quem define e quem atribui? Picht afirma que o “conteúdo das tarefas não é determinado pela vontade soberana do sujeito”, ou seja, “não é o sujeito que define a tarefa, mas a tarefa é que constitui o sujeito”.²⁷³ Saladin considerou incompreensível esta assertiva.²⁷⁴ Contudo, o que Picht preconiza é que, primeiramente, as áreas de competências são estabelecidas, e, em segundo momento, é que se define o sujeito que será responsável em relação a cada uma delas. Obviamente, a assertiva de Picht não responde expressamente a questão de saber quem define as áreas de competência. Neste ponto, atualmente, não se tem dúvida de que o recorte das áreas de competência fica a cargo do legislador constituinte. Como alinhavou João Loureiro, “do ponto de vista jurídico, cabe à constituição a ordenação básica das responsabilidades na esfera da comunidade, recortando as esferas do público e do privado, desenvolvendo-se uma ‘repartição de responsabilidade’, salvaguardando zonas de competência em que deve prevalecer a autonomia das pessoas e domínios em que se estabelece o caderno de encargos públicos, a começar pelo Estado, mas alargando-se também a uma ‘corresponsabilidade pública’ de actores sociais”.²⁷⁵

Interessante sublinhar a observação de Picht²⁷⁶ no sentido de que “as tarefas

²⁶⁹ Também em sentido amplo, tem-se a posição de Jorge MIRANDA (Teoria do Estado e da Constituição, 2002, pp. 382-383), que inclui na divisão pessoas coletivas de direito privado. Em sentido estrito, João Carlos LOUREIRO (Constituição e biomedicina. Vol. I, 2003, p. 220).

²⁷⁰ Georg PICT (Wahrheit, Vernunft, Verantwortung, 1969, p. 336).

²⁷¹ Georg PICT (Wahrheit, Vernunft, Verantwortung, 1969, p. 336).

²⁷² Peter SALADIN (Verantwortung als Staatsprinzip, 1984, p. 32).

²⁷³ Georg PICT (Wahrheit, Vernunft, Verantwortung, 1969, p. 336).

²⁷⁴ Peter SALADIN (Verantwortung als Staatsprinzip, 1984, p. 32).

²⁷⁵ João Carlos LOUREIRO (Constituição e biomedicina. Vol. I, 2003, p. 111).

²⁷⁶ Georg PICT (Wahrheit, Vernunft, Verantwortung, 1969, pp. 336, 340 e 341).

mudam ao longo do curso da história”, sendo pois necessário reconhecer um dever dos sujeitos das áreas de competências demarcadas em assumir as novas tarefas que surgem com o tempo e que são vitais para a existência do Estado, da sociedade e da humanidade. De outra banda, vislumbra-se ainda a responsabilidade por uma “meta-tarefa”, que “significa participar activamente na seleção das questões para as quais deseja responder, como moldar as respostas; portanto, significa co-responsabilidade por determinar a sua própria competência, assim, a área sob a sua responsabilidade”.²⁷⁷ Esta responsabilidade está relacionada com a liberdade que o sujeito tem de obedecer voluntariamente a norma ou aguardar o cumprimento forçado.

2.3 Responsabilidade enquanto substância do estado jurídico

No âmbito jurídico, há diversas áreas tradicionais em que opera o conceito de responsabilidade jurídica. Fala-se de responsabilidade civil pela reparação dos danos causados, responsabilidade criminal do cidadão pelo cometimento de crime, responsabilidade disciplinar dos agentes públicos, responsabilidade política dos governantes, entre outras modalidades.²⁷⁸ Percebe-se que os ordenamentos jurídicos modernos ocidentais quase sempre evitam estabelecer responsabilidade de maneira geral, universal (abrangendo todas as relações e condições pessoais, como a responsabilidade civil e a responsabilidade criminal), optando por estabelecer relações jurídicas especiais e formas específicas de responsabilização, tais como a responsabilidade dos agentes públicos e dos governantes.²⁷⁹

Nessa perspectiva, a responsabilidade, juntamente com os direitos, consubstancia a “substância de estado jurídico” (*die Substanz der rechtlichen Status*), é dizer que ambos responsabilidade e direitos decorrem da condição e do estado a ser considerado, como de funcionário público, de militar, de empregador ou de país, não sendo, pois, a responsabilidade concretizada apenas por deveres individuais de posições jurídicas gerais.²⁸⁰

²⁷⁷ Peter SALADIN (Verantwortung als Staatsprinzip, 1984, p. 33).

²⁷⁸ Peter SALADIN (Verantwortung als Staatsprinzip, 1984, p. 27).

²⁷⁹ Peter SALADIN (Verantwortung als Staatsprinzip, 1984, p. 30).

²⁸⁰ Peter SALADIN (Verantwortung als Staatsprinzip, 1984, p. 30).

2.4 Estrutura normativa da responsabilidade

Toda norma jurídica apresenta-se em estrutura composta por duas proposições deônticas. A proposição primária, onde é descrito no antecedente o evento ou a condição, que, uma vez realizado, incide o preceito consequente, nas três modalidades: ordem (dever), permissão e proibição. E a proposição secundária, que será acionada em caso de não cumprimento voluntário do preceito consequente da proposição primária.

A responsabilidade, como conceito ou categoria jurídica em sentido estrito, autêntica norma jurídica, conforme tem se estabelecido, também se materializa neste tipo de estrutura, sendo que o modal deôntico é ordem (dever). E como salienta Saladin,²⁸¹ a responsabilidade não se esgota na obediência ao preceito primário, mas esta obediência consubstancia assunção de responsabilidade.

Assim considerando, diferenciar responsabilidade de dever pelo fato de a responsabilidade ser a consequência do não cumprimento de um dever não capta toda a essência do conceito, está-se, a rigor, comparando preceitos em proposições diferentes, ora na proposição normativa primária, ora na proposição normativa secundária. A responsabilidade, como conceito jurídico estrito, se autonomiza do próprio dever, contido na proposição normativa primária, como se destacou nas seções anteriores a esta. A responsabilidade não está apenas na norma secundária, dependente do não cumprimento da norma primária, ela também e essencialmente está na norma primária.

E na norma primária, pode-se, com esteio na doutrina de Klement, dizer que a proposição normativa da responsabilidade é completa (*vollständiger Normsatz*), quando há no texto da norma primária tanto antecedente (*Tatbestand*) quanto consequente (*Rechtsfolge*), e, este último na modalidade deôntica dever.²⁸² A proposição normativa do antecedente da responsabilidade pode descrever um comportamento efetivo ou uma condição de uma pessoa.²⁸³ A segunda hipótese frequentemente denota o resultado de uma atribuição jurídica de um objeto a uma pessoa.²⁸⁴ É o caso, por exemplo, do dono de um animal, que, por esta condição, tem de tomar as precauções necessárias para evitar danos causados pelo animal.²⁸⁵ Salienta Klement que os critérios para imputar esta responsabilidade à pessoa que se insere nesta condição nem sempre

²⁸¹ Peter SALADIN (Verantwortung als Staatsprinzip, 1984, p. 33).

²⁸² Jan KLEMENT (Verantwortung, 2006, p. 204).

²⁸³ Jan KLEMENT (Verantwortung, 2006, pp. 202-203).

²⁸⁴ Jan KLEMENT (Verantwortung, 2006, p. 202).

²⁸⁵ Jan KLEMENT (Verantwortung, 2006, p. 202).

estão claros nas proposições, cabendo ser extraído por meio de “interpretação do contexto normativo das proposições e, eventualmente, deduzir do próprio conceito de responsabilidade”.²⁸⁶ A responsabilidade, quando do consequente da norma, traduz a atribuição da responsabilidade a uma pessoa ou a ordem (comando) de carregar a responsabilidade pressuposta, que indica o tipo de comportamento devido.²⁸⁷ É o caso do § 367 SGB III (*Sozialgesetzbuch*), que prescreve que “As Direções Regionais [Instituto Federal do Emprego] são responsáveis pelo sucesso das políticas regionais do mercado de trabalho”.

Quando o conceito de responsabilidade não se apresenta numa proposição jurídica completa, torna-se necessário preenchimento direta ou indiretamente do conteúdo do conceito, é o que se denomina proposição incompleta (*unvollständiger Normsatz*), e que, após referido preenchimento, consubstancia um conceito jurídico em sentido estrito.²⁸⁸

Klement prossegue afirmando que, para se penetrar na substância jurídica (*Rechtsstoffes*) do conceito da responsabilidade, será necessário traçar uma linha divisória clara entre a responsabilidade como conceito jurídico técnico e como conceito jurídico autônomo, e para tanto utiliza-se da distinção acima introduzida de responsabilidade no antecedente e responsabilidade no consequente, esclarecendo, contudo, desde já que há estas duas modalidades em ambos conceitos.²⁸⁹

O conceito jurídico técnico ocorre quando o conteúdo da norma jurídica é estabelecido por meio de proposições normativas completas e vinculantes.²⁹⁰ Por outro lado, o conceito jurídico autônomo se dá quando seu conteúdo não é definido por uma proposição completa e obrigatória, correspondendo, assim, ao conceito que remanesce na proposição normativa, depois que todos os preceitos incompletos são convertidos em conceitos jurídicos técnicos.²⁹¹ O conceito jurídico autônomo ou independente, que não pode ser complementado ou convertido em conceito jurídico técnico, é objeto de interpretação, quando já não existe um consenso em torno de seu significado, e esta

²⁸⁶ Jan KLEMENT (Verantwortung, 2006, p. 203).

²⁸⁷ Jan KLEMENT (Verantwortung, 2006, p. 203).

²⁸⁸ Jan KLEMENT (Verantwortung, 2006, p. 204). O autor também denomina a proposição normativa incompleta de proposição de determinação (*Bestimmungssatz*), com o sentido de proposição cujo sentido será determinada pelo intérprete, não é no sentido de que a proposição veicula uma ordem, um comando ou uma determinação. A melhor tradução é, salvo melhor juízo, proposição de complementação.

²⁸⁹ Jan KLEMENT (Verantwortung, 2006, p. 210).

²⁹⁰ Jan KLEMENT (Verantwortung, 2006, p. 210).

²⁹¹ Jan KLEMENT (Verantwortung, 2006, p. 222).

interpretação parte do conceito em si.²⁹² A tarefa, perante à ciência jurídica, no que tange ao conceito de responsabilidade como um conceito jurídico autônomo, reside em investigar as formas e os termos fortes (*Festschreiben*) de seu significado.²⁹³

2.5 Responsabilidade como conceito de direito público

Até o século XIX, “o conceito e a função da responsabilidade eram deficientes no sector público”.²⁹⁴ A responsabilidade como “categoria jurídica autônoma” do Estado Constitucional Democrático somente veio a ser afirmada no plano doutrinário a partir da metade da década de 1960,²⁹⁵ primeiro como reconhecimento de um “princípio jurídico não escrito de direito público”.²⁹⁶ Em meados da década de 1970, especialmente a partir dos debates entre professores de direito público da Alemanha em 1975,²⁹⁷ verificou-se a emancipação da categoria público-constitucional de responsabilidade em relação aos conceitos de direito privado.²⁹⁸ Os trabalhos doutrinários que se produziram a partir destas duas décadas deram suporte teórico para elevação progressiva do princípio da responsabilidade quanto a seu *status* no Estado de Direito Democrático.

Nos próximos capítulos, serão examinados os princípios do Estado de Direito Democrático, com o propósito de demonstrar, nos capítulos subsequentes, que o princípio da responsabilidade se configura como “elemento comum” dos princípios constitutivos do Estado,²⁹⁹ e mais ainda, que consubstancia ele próprio um princípio estruturante do Estado de Direito Democrático (*Verantwortung als tragendes Strukturprinzip des Rechtsstaates*),³⁰⁰ que é um patamar teórico superior ao mero reconhecimento constitucional de institutos de responsabilidade, como a responsabilidade criminal do cidadão, a responsabilidade política do governo, a responsabilidade disciplinar dos agentes públicos e a responsabilidade civil da

²⁹² Jan KLEMENT (*Verantwortung*, 2006, p. 223).

²⁹³ Jan KLEMENT (*Verantwortung*, 2006, p. 228).

²⁹⁴ Peter SALADIN (*Verantwortung als Staatsprinzip*, 1984, p. 14).

²⁹⁵ Gomes CANOTILHO (*Direito constitucional e teoria da constituição*, 2003, p. 554).

²⁹⁶ K. VOGEL (*Zur Verantwortlichkeit leitender Organwalter*, 1966, p. 183 e 196).

²⁹⁷ SCHOLZ e SCHMIDT-ASSMANN *apud* Gomes CANOTILHO (*Direito constitucional e teoria da constituição*, 2003, p. 554).

²⁹⁸ Gomes CANOTILHO (*Direito constitucional e teoria da constituição*, 2003, p. 554). De fato, Ulrich SCHEUNER (*Verantwortung und Kontrolle in der demokratischen ...*, 1970, p. 379) dizia que nenhum lugar de destaque tinha o conceito de responsabilidade. Dieter WILKE (*Über Verwaltungsverantwortung*, DÖV, 1975, S. 509) apontou como subtítulo para o seu texto uma “introdução a um conceito não usual”.

²⁹⁹ Peter SALADIN (*Verantwortung als Staatsprinzip*, 1984, p. 40).

³⁰⁰ Peter SALADIN (*Verantwortung als Staatsprinzip*, 1984, p. 14).

Administração Pública.

Para se entender a configuração do princípio da responsabilidade no Estado de Direito Democrático, precisa-se investigar os fundamentos mais remotos deste instituto. Há quem associe responsabilidade apenas à democracia,³⁰¹ há quem constate dupla conexão (ao conceito de representação e ao princípio democrático).³⁰² Não obstante, defende-se que os fundamentos remotos repousam mais diretamente no princípio da separação dos poderes (capítulo 3), na representação (capítulo 4), na distribuição das funções estatais (capítulo 5), sendo necessária uma releitura que leve em conta a autonomização da função de controle (capítulo 6) e os novos paradigmas da democracia contemporânea, a boa governação (seção 7.3) e a *responsiveness* (seção 7.4).

³⁰¹ Bertrand MATHIEU (Propos introductifs, 2007, pp. 2-3).

³⁰² Maria Benedita URBANO (Apontamentos esparsos sobre a responsabilidade ..., 2012, p. 600).

3 RESPONSABILIDADE E SEPARAÇÃO DOS PODERES

É certo que, como afirma Saladin,³⁰³ a ideia de uma divisão do poder do Estado em várias instâncias foi produto de um desenvolvimento complexo e muito longo, e debita seu sucesso mundial moderno à obra de Locke (*Segundo Tratado do Governo Civil*), ao livro de Montesquieu (*O Espírito das Leis*) e à revolução norte-americana. Contudo, antes mesmo destes principais contributos, é possível constatar algumas manifestações importantes de autores da antiguidade, da idade média e dos tempos modernos.

3.1 Antiguidade e Idade Média

Heródoto descreve, no século V a.C., um debate entre três persas (Dario, Megabises e Otanes), que teria ocorrido na segunda metade do século VI a.C., sobre o tipo de governo a ser adotado após a morte de Cambises, imperador da Pérsia no período de 580 e 559 a.C., que sucedeu Ciro I.³⁰⁴

Dario defendeu a manutenção do governo *de um só* (monarquia). Para ele, o monarca, por ser o melhor de todos, tem o discernimento adequado para governar de modo irrepreensível. Além disso, a monarquia tem mais estabilidade, pois evita-se a busca das pessoas para alçar a condição de chefe, como ocorre no governo *de uns poucos*,³⁰⁵ e, por outro lado, não acontecem as corrupções e as tramas tão evidentes no governo *de todo o povo*.

Megabises aconselhou a criação de um governo *de uns poucos*. Sustentou que o povo é inepto, obtuso e prepotente, não tendo capacidade ou instrução para governar. O governo deve ser atribuído aos melhores homens da nação, mas não a apenas um, como no governo *de um só* (monarquia).

Para Otanes, a inveja é natural da espécie humana, e, aliada ao orgulho daquele que exerce o poder, leva o monarca a cometer atrocidades, dando o exemplo de

³⁰³ Peter SALADIN (Verantwortung als Staatsprinzip, 1984, p. 40).

³⁰⁴ HERÓDOTO (History. Book III: Tália, 2014, p. III.80 a III.82). Segundo Norberto BOBBIO (A teoria das formas de governo, 1980, p. 31), este episódio é puramente imaginário, mas que demonstrava o quão avançado estava o pensamento grego sobre política, antes mesmo das obras clássicas de Platão e Aristóteles.

³⁰⁵ Ainda não era denominado de oligarquia.

Cambises, imperador da Pérsia no período de 580 e 559 a.C., após o reinado de Ciro I.³⁰⁶ O persa Otanes, então, recomenda que a gestão dos negócios públicos seja atribuída a todo povo, não apenas a um só homem, acrescentando que uma sociedade não pode ser considerada bem governada, quando se permite, como na Monarquia, que um homem faça o que quiser sem ser responsável perante nenhuma instância.³⁰⁷

O persa Otanes enumera cinco características à época do governo *de todo o povo*:³⁰⁸ 1) a igualdade de todos os direitos; 2) a rejeição do poder arbitrário como aquele exercido pelos déspotas orientais; 3) o provimento de cargos públicos pelo sorteio; 4) a responsabilidade dos detentores de cargos públicos; 5) deliberação e decisão na assembleia popular. Pertinente dizer que os três primeiros são admitidos na era moderna tanto na Monarquia constitucional, quanto nas Repúblicas, mas os outros dois, a nomeação, por sorteio, e a assembleia popular, são rejeitados.³⁰⁹

Após os debates, a Monarquia foi escolhida pelo voto de 5 entre 7 que votaram, lembrando que, além dos três persas referidos (Dario, Megabises e Otanes), havia mais quatro votantes, os quais acompanharam a opinião de Dario.

Embora fossem destacadas as funções públicas, muitas vezes o exercício das funções era atribuído a uma mesma pessoa. Como apregoa Bluntschli,³¹⁰ “a ecclesia ateniense deliberou sobre as leis, executou assuntos importantes da administração e exerceu funções judiciais. Os arcontes eram funcionários administrativos, e ainda assim eles tinham poderes judiciais”.

Platão, em sua obra *Leis*, preocupou-se em conter o poder absoluto do Rei. Citou, como exemplo de contenção do poder, o acordo entre os reinos peloponésios de Argos, Lacedemônia (Esparta) e Messena, mediante o qual se um rei tentasse exceder o seu poder, as outras duas cidades interviriam para evitar a ameaça.³¹¹ E, ao abordar a constituição espartana, Platão esclareceu que, além do sistema de dois reis, foi criado o Conselho de Anciãos para limitar o poder do Rei, bem como foi criado o cargo dos éforos, que compartilhavam do poder dos reis, e assim, continham ainda mais o poder

³⁰⁶ HERÓDOTO (History. Book III: Tália, 2014, p. III.80).

³⁰⁷ HERÓDOTO (History. Book III: Tália, 2014, p. III.80).

³⁰⁸ BLUNTSCHLI (The theory of state, 1892, p. 475). Este tipo de governo ainda não era designado de democracia.

³⁰⁹ BLUNTSCHLI (The theory of state, 1892, p. 475).

³¹⁰ BLUNTSCHLI (The theory of state, 1892, p. 516).

³¹¹ Carlos Pojo do REGO (Equilíbrio e contradição ..., 1981, p. 97). Outra hipótese para intervenção ocorria quando o povo tentasse retirar o poder do Rei.

do Rei. Assim, com razão Rego,³¹² quando aduz que “as suas afirmações trazem implícitas as noções de uma ordem política mista e de um sistema de freios e contrapesos, embora não haja utilização explícita destes termos”.

Aristóteles, em sua obra *Política*, recomendava, como meio para se alcançar a felicidade, a separação das três atribuições públicas do governo: a relativa à “deliberação sobre assuntos públicos” (a cargo da Assembleia Geral), “a que trata das funções públicas” (a cargo do corpo de magistrados) e “a que trata de como deve ser o poder judiciário” (a cargo do corpo judiciário).

Aristóteles indicava seis formas de governo, de acordo com o número de detentores do poder e os interesses que guiavam suas atuações. As três formas puras são: a monarquia (governo de uma só pessoa), a aristocracia (governo de uns poucos) e a democracia (governo de todo o povo). Estas três formas, quando degeneradas, correspondiam, respectivamente, à tirania, oligarquia e democracia extremada.³¹³ Importante lembrar que Aristóteles, como bem lembra Rousseau, sustentava que “os homens não são naturalmente iguais, mas nascem uns para a escravidão e outros para o domínio”.³¹⁴

Preconizava Aristóteles que o legislador deve sempre incluir a classe média (“cidadãos de fortuna regular”) em sua constituição: quando a lei for oligárquica, deve ter em vista a classe média; ao fazer leis democráticas, deve adaptá-las para a classe média. Nessa linha de raciocínio, conclui que a associação política é melhor administrada quando a classe média for mais numerosa e mais poderosa que as outras classes juntas, ou, pelo menos, que cada uma separadamente.³¹⁵ Pois, dessa forma, completou o renomado filósofo, os ricos nunca se aliarão aos pobres contra a classe média, tampouco procurarão outra constituição mais benéfica a estas duas classes, uma vez que, ante a desconfiança mútua, não concordarão em alternarem-se no poder. Assim, quanto mais perfeita for a mescla da constituição, mais duradoura será a constituição, sendo a mediana das constituições a melhor forma para governar a

³¹² Carlos Pojo do REGO (*Equilíbrio e contradição ...*, 1981, p. 97).

³¹³ Dirley CUNHA JÚNIOR (*A separação das funções estatais ...*, 2010, p. 267), em vez de democracia extremada, inclui o termo *oclocracia* na classificação aristotélica. Contudo, o termo *oclocracia* (*okhlos* = plebe) é utilizado pela primeira vez por Políbio, não havendo referência a este termo em seus antecessores PLATÃO e ARISTÓTELES, como bem assentou REGO (*Equilíbrio e contradição ...*, 1981, p. 118).

³¹⁴ Jean-Jacques ROUSSEAU (*O contrato social ou princípio do direito político*, 1999, p. 11).

³¹⁵ ARISTÓTELES (*Política*, 2011, p. Loc. 2863).

comunidade política.³¹⁶

Há quem entenda que Aristóteles estaria aí indicando uma “forma ‘mista’ de governo, baseada na classe média, pois só assim era possível estabelecer um equilíbrio no Poder político, por meio da incorporação das diversas classes sociais em correspondentes instituições governamentais”.³¹⁷ Contudo, Aristóteles não especificava como se daria esta mescla das constituições (ou formas de governo).

Neste aspecto, importa sublinhar que a mescla das formas de governo não pode ser equiparada à doutrina da separação dos poderes,³¹⁸ uma vez que esta doutrina, formulada sob a égide do constitucionalismo liberal (“*liberale Konstitutionalismus*”), visava à proteção da liberdade individual, ao passo que a preocupação do constitucionalismo clássico era muito mais a igualdade perante a lei que a liberdade dos cidadãos.³¹⁹

Bobbio anota com razão que “o que há de notável é o grau de desenvolvimento que já tinha atingido o pensamento dos gregos sobre a política um século antes da grande sistematização teórica de Platão e Aristóteles”.³²⁰

Não obstante se encontrar a ideia de separação de Poderes já na antiguidade clássica, a doutrina da separação de poderes começou a ter contornos mais definidos com o surgimento da teoria da constituição mista, a partir da obra de Políbio.³²¹

Políbio (201 - 122 a.C.) no Livro VI de seu livro *História da Conquista Romana do Mundo Helênico*, na esteira dos ensinamentos de Platão (sobre a transição de um governo para outro) e Aristóteles (sobre as seis formas de governo), explica que os regimes políticos ou formas de governos tendem a entrar num ciclo vicioso. Para solucionar este problema, propõe que a constituição política contenha elementos das três formas puras de governo, assim como ocorria em Roma naquela época,³²² o que corresponderia a uma forma mista de governo, que seria a melhor forma.

Diz Políbio³²³ que os três tipos de governos são encontrados, juntos, na República romana e “eles estão tão harmoniosa e perfeitamente equilibrados, tanto na estrutura do sistema político quanto no seu funcionamento rotineiro, que mesmo um romano não

³¹⁶ ARISTÓTELES (Política, 1985, p. 148).

³¹⁷ Dirley CUNHA JÚNIOR (A separação das funções estatais ..., 2010, p. 267).

³¹⁸ LOEWENSTEIN (Verfassungslehre, 1959, p. 34).

³¹⁹ LOEWENSTEIN (Verfassungslehre, 1959, p. 33). O autor esclarece que utiliza o termo constitucionalismo como sendo “democracia constitucional”.

³²⁰ Norberto BOBBIO (A teoria das formas de governo, 1980, p. 31).

³²¹ Nuno PIÇARRA (A separação dos poderes como doutrina ..., 1989, p. 78).

³²² Carlos Pojo do REGO (Equilíbrio e contradição ..., 1981, p. 96).

³²³ POLÍBIO (História da conquista romana do mundo helênico, 1981, p. 123).

saberia dizer definitivamente se o Estado, como um todo, é uma aristocracia, democracia ou monarquia”. Isso porque, no ângulo dos dois cônsules, o governo parece monárquico, no aspecto dos poderes do Senado, parece aristocrático e, por fim, observando os poderes do povo (as assembleias populares e os tribunos da plebe), parece claramente democrático.³²⁴

Em seguida, Políbio explica que nenhum dos três “elementos do Estado” é capaz de completar qualquer tarefa sem os outros e os projetos de cada um podem ser neutralizados pelos demais. A cooperação entre eles e o controle mútuo são alcançados através de diversas medidas, como as seguintes: 1) o cônsul depende do Senado para obter permissão para aprovisionamento do exército, nomeação de generais e recebimento de honrarias; e depende do povo para ratificar os termos da paz e para analisar a prestação de contas que é submetida ao povo; 2) o Senado depende do povo para imposição de pena capital em suas investigações, para não deixar ser aprovada lei que diminua seus privilégios e para evitar que os tribunos vetem suas resoluções; 3) o povo depende do Senado, porque é o Senado que nomeia os juízes que julgam as causas de interesse do povo e porque é o Senado que tem a autoridade final sobre as obras públicas; e depende dos cônsules pois deve preservar a boa vontade por estar sob seu comando militar.³²⁵

Basicamente, como aponta Paulo Bonavides,³²⁶ “o governo misto aparece, via de regra, por mera limitação ou redução dos poderes da monarquia, da aristocracia e da democracia, mediante determinadas instituições políticas, tais como um Senado aristocrático ou uma Câmara democrática”. Importa observar, com Nuno Piçarra, que, “enquanto o modelo aristotélico da constituição mista é ‘interno’ - todas as classes têm acesso a todos os órgãos constitucionais, ‘misturando-se’ em todos eles - o modelo polibiano é ‘separador’ - cada classe apenas tem acesso ao órgão constitucional que lhe está destinado”.³²⁷

Embora se constate que “Políbio glorificou a Constituição da República Romana quando esta já estava em decadência”,³²⁸ Antonio do Rego capturou com percuciência a gênese do contemporâneo sistema de freios e contrapesos nesta teoria de Políbio,

³²⁴ POLÍBIO (História da conquista romana do mundo helênico, 1981, p. 123).

³²⁵ O Senado investiga crimes graves (traição, sedição, assassinatos etc) e a Assembleia julga os casos de imposição de pena capital ou os casos envolvendo funcionários públicos.

³²⁶ Paulo BONAVIDES (Ciência Política, 2011, p. 209).

³²⁷ Nuno PIÇARRA (A separação dos poderes como doutrina ..., 1989, p. 40).

³²⁸ LOEWENSTEIN (Verfassungslehre, 1959, p. 37).

quando arremata que “a Constituição mista, com seu sistema de freios e contrapesos e a sua viabilização do conflito dentro dos limites do sistema institucional, se apresenta como antecessor das visões pluralistas, que embasam as democracias contemporâneas”.³²⁹

O Estado romano era mais desenvolvido que as Repúblicas gregas quanto à especificação das funções públicas, contudo, continuava ocorrendo cumulação subjetiva de muitas funções.³³⁰ Bluntschli destaca que “as funções legislativas dos ‘comitia’ foram mais nitidamente distinguidos das funções do senado e dos magistrados. No entanto, o ‘comitia’ tratou de questões importantes de política externa, e nos primeiros tempos decidiu sobre os recursos contra sentença de morte. O Senado não só exerceu funções administrativas; suas resoluções chegaram a ter o caráter de leis”.³³¹ A rigor, os imperadores mantiveram em suas mãos todos os poderes públicos sobre o império.³³²

Uma nova distinção surgiu no Império Romano do Oriente: função militar e função civil. Os imperadores, embora mantendo em suas mãos todos os poderes públicos sobre o império, criaram distinção entre serviço militar e serviço civil em postos do governo provinciano.³³³

Na Idade Média, embora o poder do Estado estivesse, “em todos os lados, controlado (*checked*) e limitado”, internamente ele uniu em si mesmo as mais diversas funções: “não só o rei, mas cada ‘*count*’ teve ao mesmo tempo poder civil e militar, administrativo e judicial, e as assembleias (*Dinge*) eram, ao mesmo tempo, legislativas e judiciais”.^{334 335}

³²⁹ Carlos Pojo do REGO (Equilíbrio e contradição ..., 1981, p. 96).

³³⁰ BLUNTSCHLI (The theory of state, 1892, p. 516).

³³¹ BLUNTSCHLI (The theory of state, 1892, p. 516).

³³² BLUNTSCHLI (The theory of state, 1892, p. 516).

³³³ BLUNTSCHLI (The theory of state, 1892, p. 516).

³³⁴ BLUNTSCHLI (The theory of state, 1892, p. 517).

³³⁵ Antes de BODIN, LOCKE, BOLINGBROKE, MONTESQUIEU, cujas teorias serão examinadas nas seções seguintes (3.2.1, 3.2.2, 3.2.3 e 3.2.4), respectivamente, duas contribuições para o desenvolvimento da doutrina da separação dos poderes merecem ainda registro: a) Marsílio de Pádua, em sua obra *Defensor Pacis*, de 1324, como aponta Nuno PIÇARRA (A separação dos poderes como doutrina ..., 1989, p. 57), apregoava que o poder legislativo era o poder supremo e competia ao povo, que podia delegar numa assembleia de representantes eleitos, ao passo que o poder executivo era parte secundária e instrumental do poder legislativo e competia ao príncipe, o qual não participava do poder legislativo; defendia assim uma separação entre o poder legislativo e o poder executivo; b) a Escola de Direito Natural e das Gentes, com Grotius, Wolf e Puffendorf, como constata Paulo BONAVIDES (Ciência Política, 2011, p. 146), “ao falar em partes *potentiales summi imperii*, se aproximara bastante da distinção estabelecida por Montesquieu”.

3.2 Modernidade

3.2.1 Bodin: alguns limites ao príncipe soberano, gênese da autonomia da função judicial e duplicação de funções de controle

Para Bodin,³³⁶ o fundamento principal de toda República é a soberania, que consiste no “poder absoluto e perpétuo de uma República”, e que “não é limitada nem em poder, nem em responsabilidade, nem por tempo determinado”. Pela primeira vez, a nota característica da República se constitui no conceito de soberania.³³⁷

O termo *perpétuo* refere-se à “vida daquele que detém o poder”.³³⁸ Assim, mesmo que a Monarquia não seja hereditária, o príncipe soberano detém poder perpétuo enquanto em vida. Se não fosse em relação à vida do detentor do poder, só haveria, diz Bodin,³³⁹ soberania na aristocracia e no “estado popular”.

Perpétuo quer dizer que não se expira com o tempo. Excluem-se, portanto, do conceito de soberano aqueles que exercem a soberania a título de depósito, guarda, comissão ou outra instituição, por expressa determinação do soberano (povo ou príncipe). O soberano pode até atribuir o exercício da soberania a outrem (súdito), mas “nunca está excluído de comandar ou de conhecer, por prevenção, concorrência ou avocação, ou do modo que lhe aprouver, as causas das quais encarregou seu súdito, seja ele comissário ou oficial”.³⁴⁰ Tais subordinados podem até exercer poderes absolutos por um tempo limitado, mas não são soberanos, pois “permanecem responsáveis de seus cargos perante aquele a quem devem o poder de comandar, o que não ocorre com o Príncipe soberano, que só deve prestar contas a Deus”.³⁴¹

Daí porque Bodin³⁴² diferencia soberano (príncipe soberano) de magistrado: o primeiro só responde a Deus, ao passo que o segundo é “responsável por suas ações perante o povo”; o primeiro detém a soberania, o segundo apenas tem o exercício da soberania. Aqui reside um dos aspectos mais originais de sua obra e que terá reflexos relevantes nas formas de estado e na teoria do governo misto.

Bodin, em várias passagens, afirma que a soberania não é limitada, não é atribuída

³³⁶ Jean BODIN (Os seis livros da República. Vol. I [1576], 2011, p. 195 e 198).

³³⁷ Simone GOYARD-FABRE (Os princípios filosóficos do direito político moderno, 2002, p. 23).

³³⁸ Jean BODIN (Os seis livros da República. Vol. I [1576], 2011, p. 201).

³³⁹ Jean BODIN (Os seis livros da República. Vol. I [1576], 2011, p. 201).

³⁴⁰ Jean BODIN (Os seis livros da República. Vol. I [1576], 2011, p. 197).

³⁴¹ Jean BODIN (Os seis livros da República. Vol. I [1576], 2011, p. 199).

³⁴² Jean BODIN (Os seis livros da República. Vol. I [1576], 2011, p. 199).

com encargos ou condição. Aqui a compreensão é de que não é limitada pelas leis editadas pelo próprio soberano ou por seu predecessor.³⁴³ O soberano não pode estar sujeito às suas leis, porque ninguém pode ordenar a si mesmo.³⁴⁴

Contudo, Bodin reconhece diversos limites à soberania.

O soberano está adstrito “às justas convenções e promessas” que faz a outros príncipes ou a seus súditos e que tenham por base as suas leis ou de seus antecessores. Necessário ainda, para vinculação do soberano às suas convenções, que os príncipes e súditos tenham “em geral ou em particular (...) interesse”.³⁴⁵ É uma obrigação que decorre não diretamente da lei, mas de sua própria vontade, tendo origem contratual, e, nestes casos, o soberano “não está acima do súdito”.³⁴⁶

O poder soberano está limitado ainda “às leis de Deus e da natureza e a várias leis humanas comuns a todos os povos”.³⁴⁷ Amparado ainda nas ideias clássicas, em que o fundamento primeiro do poder terrestre é o poder divino, admite obediência do soberano às leis que não dependem da vontade do homem: leis naturais e leis divinas. Goyard-Fabre³⁴⁸ é preciso quando afirma que Bodin “não consegue pensar o direito político independentemente dos valores da tradição moral e não o concebe sem a referência fundamental de natureza metapolítica”.

Outra limitação ao poder absoluto do soberano na teoria de Bodin é destacada por Bobbio:³⁴⁹ as “leis fundamentais do Estado - que hoje chamaríamos de leis constitucionais. Por exemplo: a lei que, numa monarquia, estabelece a sucessão ao trono”.

Associado à sua distinção entre titularidade e exercício, Bodin apresenta outra distinção: forma de estado e forma de governo.

Com base na titularidade da soberania, Bodin classifica os estados: “se a soberania reside em um único Príncipe, nós a chamaremos de monarquia; se todo o povo nela participa, diremos que o estado é popular; se pertence apenas à minoria do povo, concluiremos que o estado é aristocrático”.³⁵⁰

Repudia veementemente a distinção entre formas boas e más, pois, segundo

³⁴³ Jean BODIN (Os seis livros da República. Vol. I [1576], 2011, p. 208).

³⁴⁴ Jean BODIN (Os seis livros da República. Vol. I [1576], 2011, p. 206).

³⁴⁵ Jean BODIN (Os seis livros da República. Vol. I [1576], 2011, p. 208).

³⁴⁶ Jean BODIN (Os seis livros da República. Vol. I [1576], 2011, p. 208).

³⁴⁷ Jean BODIN (Os seis livros da República. Vol. I [1576], 2011, p. 209).

³⁴⁸ Simone GOYARD-FABRE (Os princípios filosóficos do direito político moderno, 2002, p. 26).

³⁴⁹ Norberto BOBBIO (A teoria das formas de governo, 1980, p. 96).

³⁵⁰ Jean BODIN (Os seis livros da República. Vol. II [1576], 2011, p. 11).

assevera, “se se medisse com relação às virtudes e aos vícios o estado das Repúblicas, haveria uma infinidade delas”.³⁵¹ Por isso, segundo ele, haveria apenas três formas de República (ou Estado).

Também não admite a forma mista do Estado, em que estariam conjugados os elementos popular, monárquico e aristocrático, “a não ser que se desse a soberania por um dia ao monarca, e no dia seguinte a minoria do povo tivesse a senhoria, e depois todo o povo, e cada um dos três detivesse por sua vez a soberania”, o que é absolutamente inviável.³⁵² Preconiza ainda que as “marcas da soberania são indivisíveis”³⁵³ e que “a soberania indivisível e incomunicável pertence a um só, ou à minoria de todos, ou à maioria, que são as três espécies de República que postulamos”,³⁵⁴ pelo que nunca houve nem foi imaginada uma forma mista de Estado, sendo que o Estado romano, identificado por muitos como exemplo dessa forma mista, não passa de Estado popular.³⁵⁵ Convém anotar, por empréstimo de Bobbio, que “a noção do Estado composto, expulsa da porta da frente pela crítica ao conceito de governo misto, volta pela janela, através da distinção entre ‘Estado’ e ‘governo’.”³⁵⁶

Com base no exercício da soberania, Bodin classifica as formas de governo: governo popular, governo aristocrático e governo monárquico. O Estado pode ser monárquico, mas, se os ofícios, comissões e benefícios forem concedidos a todas as pessoas, ricos e pobres, sem distinção, ter-se-á um governo popular; se concedidos a poucos nobres, ou alguns ricos, ou determinados privilegiados, será considerado governo aristocrático. E complementa: “o contrário, se a maioria dos cidadãos detiver a soberania e o povo conceder os ofícios honoríficos, penhores e benefícios aos nobres somente, como ele fez em Roma até a Lei Canuleia, o estado será popular, governado aristocraticamente”.³⁵⁷ E acrescenta: “e se a nobreza, ou poucos ricos, tiver a senhoria e os cargos honoríficos e benefícios forem concedidos pelos senhores aos pobres e plebeus tanto quanto aos ricos, sem favorecer ninguém, o estado será aristocrático governado popularmente”.³⁵⁸

Enquanto alguns compreendem o Estado misto como equilíbrio de poderes

³⁵¹ Jean BODIN (Os seis livros da República. Vol. II [1576], 2011, p. 11).

³⁵² Jean BODIN (Os seis livros da República. Vol. II [1576], 2011, p. 14).

³⁵³ Jean BODIN (Os seis livros da República. Vol. II [1576], 2011, p. 25).

³⁵⁴ Jean BODIN (Os seis livros da República. Vol. II [1576], 2011, p. 102).

³⁵⁵ Jean BODIN (Os seis livros da República. Vol. II [1576], 2011, p. 26).

³⁵⁶ Norberto BOBBIO (A teoria das formas de governo, 1980, p. 99).

³⁵⁷ Jean BODIN (Os seis livros da República. Vol. II [1576], 2011, p. 101).

³⁵⁸ Jean BODIN (Os seis livros da República. Vol. II [1576], 2011, p. 101).

igualmente soberanos, Bodin, “que não crê na possibilidade da coexistência de poderes soberanos, vê um poder predominante (o verdadeiro poder soberano) e outros poderes subordinados, que constituem não o regime (o Estado) mas o governo; não o poder legislativo, que fundamenta todos os outros, mas o poder executivo, que age em nome e por conta do legislativo”, bem expressa Bobbio.³⁵⁹

Bodin foi o primeiro a ressaltar a inconveniência de o príncipe soberano realizar a justiça em pessoa, defendendo que seja atribuída a juízes independentes.³⁶⁰ As desvantagens superam as vantagens de o soberano realizar a justiça. É certo que os súditos preferem que o soberano julgue suas causas, pois “o súdito não tem garantia de que o oficial não se deixe corromper por presentes, o que não faria o Príncipe, que é responsável perante Deus”.³⁶¹ Ademais, “os oficiais fazem frequentemente injustiça aos súditos detendo-se em cláusulas, palavras e sílabas da lei, que não ousam ultrapassar por estarem vinculados”.³⁶² O príncipe soberano, ao julgar, o faz de maneira mais célere, sem se ater muito a formalidades.

Contudo, Bodin ressalta que o súdito se espelha no príncipe e tende a copiar mais os vícios que as virtudes, e, assim, caso o príncipe cometa algum erro no julgamento ou mesmo erro na comunicação com os súditos, será mal visto pelos súditos, podendo gerar desprezo e desobediência. Ademais, o príncipe não pode ser juiz de crime contra sua própria pessoa (crime de lesa-majestade). Assim, o príncipe deve “escolher homens dignos, que só podem existir em número pequeno, para declarar sua vontade ao restante, e cumular incessantemente seus súditos com suas graças e favores”.³⁶³ Ao príncipe, deve remanescer a tarefa de conceder indulto aos culpados.³⁶⁴ Este princípio (julgamento pelos juízes) foi gradualmente adotado pelos Estados da época, e, como aponta Bluntschli, “Reis começaram a deixar aos tribunais a administração ordinária da justiça, e reservar para si apenas a confirmação de sentenças, especialmente sentenças de morte”.³⁶⁵ Não obstante, Bodin abre exceção a este princípio: “não quero dizer que o Príncipe não deva às vezes julgar assistido de seu conselho, mesmo que seja sábio e instruído, contanto que a coisa seja grande e mereça seu conhecimento”.³⁶⁶

³⁵⁹ Norberto BOBBIO (A teoria das formas de governo, 1980, p. 102).

³⁶⁰ BLUNTSCHLI (The theory of state, 1892, p. 517).

³⁶¹ Jean BODIN (Os seis livros da República. Vol. IV [1576], 2011, p. 118).

³⁶² Jean BODIN (Os seis livros da República. Vol. IV [1576], 2011, p. 119).

³⁶³ Jean BODIN (Os seis livros da República. Vol. IV [1576], 2011, p. 124).

³⁶⁴ Jean BODIN (Os seis livros da República. Vol. IV [1576], 2011, p. 128).

³⁶⁵ BLUNTSCHLI (The theory of state, 1892, p. 517).

³⁶⁶ Jean BODIN (Os seis livros da República. Vol. IV [1576], 2011, p. 136).

Embora com finalidade um pouco diferente (para o súdito não usurpar a soberania do príncipe), Bodin defende uma mínima multiplicidade de poderes, dada a relativa autonomia da função judicial, e uma duplicação de funções com controle recíproco, limitada às funções de apoio ao príncipe na administração do Estado.³⁶⁷

3.2.2 Locke: bipartição dos poderes com supremacia do legislativo sobre o executivo, irresponsabilidade do Rei e ideia de recíproca prestação de contas

Locke, em sua célebre obra *Two Treatises of Government*, de 1690, delineou os princípios de liberdade política da Revolução Gloriosa de 1688 na Inglaterra, contestando as ideias absolutistas defendidas por Hobbes no livro *Leviathan, or Matter, Form and Power of a Commonwealth Ecclesiastical and Civil*, de 1651. Hobbes³⁶⁸ sustentava que a condição essencial para superar a situação de guerra de todos contra todos e, assim, se alcançar a paz social, consistia na celebração de um pacto de cada homem com todos os homens, com a consequente subordinação de todos às leis formuladas pelo legislador. Celebrado o contrato social, o cidadão transfere o poder e a força ao soberano. O legislador é o único soberano, sendo que, em Estado de uma pessoa só (monarquia), o monarca é o único legislador. Enquanto o soberano tem poder ilimitado, os representantes nos corpos políticos encontram limites estabelecidos pelo soberano, por meio das leis e de escritos ou cartas que recebem do soberano. Diz ainda que um mau governo ainda assim é melhor que o estado de natureza e, na situação de erro do soberano, sua vontade continua sendo lei, devendo ser cumprida, sendo injusta qualquer desobediência. Defende a irresponsabilidade do soberano ao sustentar que não pode ser punido por seus súditos, pois, considerando que cada súdito é autor do ato de seu soberano, estaria castigando outrem pelos atos cometidos por si mesmo.

Locke,³⁶⁹ por sua vez, aduz que a monarquia absoluta não pode ser considerada forma de governo civil, pois, onde o príncipe tem poder absoluto sobre quem está sob seu domínio, não existe uma autoridade a quem recorrer em caso de dano sofrido ou controvérsia que possa surgir, sendo, pois, uma situação equivalente ao estado de natureza.

No estado de natureza, todos os homens são livres, iguais, têm os mesmos

³⁶⁷ Jean BODIN (Os seis livros da República. Vol. IV [1576], 2011, p. 126).

³⁶⁸ Thomas HOBBS (Leviatã [1651], 2004, pp. 101-110, 127-149, 196-206, 197).

³⁶⁹ John LOCKE (Segundo tratado sobre o governo [1690], 2002, p. 71).

direitos, e só encontram limites na lei da natureza.³⁷⁰ Para solucionar as inconveniências do estado de natureza, como as regras dos animais, a lei do mais forte, desordem, tumulto, sedição e rebelião, as pessoas celebram acordo entre si para se unir em comunidade, para viver em segurança e paz, e para obter proteção de suas propriedades.³⁷¹ Importa destacar que o acordo só vincula os que consentirem, acordo este que “não prejudica os demais, que ficam como estavam, livres no estado de natureza”.³⁷²

Não obstante a formação da sociedade política com vistas a eliminar o estado de natureza, a sociedade não derroga a lei da natureza, “assim a lei da natureza permanece como lei eterna para todos os homens, quer para os legisladores como para todos os demais”.³⁷³

Constata-se que Locke se refere a vários poderes, os quais são necessários para o exercício da autoridade estatal. São, a rigor, funções, atividades, o que diferencia de órgãos, instituições. Ao todo, são quatro poderes: poder executivo (que inclui o poder federativo), poder legislativo, poder judiciário e poder de prerrogativa.³⁷⁴

Cabe esclarecer que, enquanto o poder executivo relaciona-se com a gestão interna da sociedade, o poder federativo ou natural exerce as funções de relações exteriores com outros povos e sociedades, declarando a guerra e a paz, constituindo ou anulando alianças. Embora assinale estes dois poderes, conclui Locke que, considerando a similitude da natureza das funções exercidas, não há vantagem em colocar em mãos diversas.³⁷⁵ Assim, o poder executivo absorve o poder federativo.

³⁷⁰ John LOCKE (Segundo tratado sobre o governo [1690], 2002, p. 23).

³⁷¹ John LOCKE (Segundo tratado sobre o governo [1690], 2002, p. 76). Antes de LOCKE, POLÍBIO (História da conquista romana do mundo helênico, 1981, p. 118) já asseverava que “não é possível chamar cada tipo de reino de monarquia, mas apenas aqueles governos que estão baseados no consentimento dos governados e que apelam para a razão ao invés da força e do medo (para manter-se no poder)”.

³⁷² John LOCKE (Segundo tratado sobre o governo [1690], 2002, p. 76). Por outro lado, a leitura sobre esse ponto, realizada por Nuno PIÇARRA (A separação dos poderes como doutrina ..., 1989, p. 69), foi um pouco destoante: “como a diversidade de opiniões e a oposição de interesses se manifestam, inevitavelmente, assim que os representantes se reúnem, o mencionado consentimento apenas pode ser obtido através da aplicação da regra da maioria; (...) é, em última análise, na maioria parlamentar que a comunidade delega o exercício do poder mais ajustado à viabilização dos fins que motivaram a sua constituição: o poder de fazer as leis (§ 98 e 99)”.

³⁷³ John LOCKE (Segundo tratado sobre o governo [1690], 2002, p. 100).

³⁷⁴ Nesse prisma, anota Paulo BONAVIDES (Ciência Política, 2011, p. 147) que LOCKE faz “a distinção entre os três poderes — executivo, legislativo e judiciário — e reporta-se também a um quarto poder: a prerrogativa”, já levando em conta que o poder federativo é aglutinado no poder executivo. Diz ainda que, ante a separação de poderes em quatro, “seu pensamento é mais autenticamente vinculado à Constituição inglesa do que o do autor de *Do Espírito das Leis*”.

³⁷⁵ John LOCKE (Segundo tratado sobre o governo [1690], 2002, p. 107).

A prerrogativa³⁷⁶ é exercida também pelo príncipe e tem por finalidade promover o bem comum estatal nas hipóteses em que não houver uma regra expressa.

Da análise dos dois primeiros poderes, resta claro que, para Locke, uma mesma pessoa, no caso, o príncipe ou rei, poderia muito bem exercer mais de um poder: o poder executivo (que já inclui o federativo) e o poder de prerrogativa.

O poder legislativo é o “poder supremo” da comunidade política, “ao qual tudo o mais deve ser subordinado”, poder este que é destinatário de uma fidúcia do povo e exercido total ou parcialmente por representantes, cabendo sempre ao povo o “poder de afastar ou modificar o legislativo, se constatar que age contra a intenção do encargo que lhe confiaram”.³⁷⁷ O poder legislativo também tinha a atribuição de fiscalizar o Poder Executivo, podendo-lhe retirar o poder de execução das leis, na hipótese de má gestão da coisa pública. Era constituído por assembleia de representantes, com funcionamento temporário, e, excepcionalmente, por representante único, com funcionamento permanente.

Para conter a tentação humana de tomar conta do poder como um todo, Locke propõe colocar em mãos distintas o poder legislativo e o poder executivo.

Há quem afirme que Locke não trata do judiciário como poder, estando a função de julgar inserida no poder executivo.³⁷⁸ Contudo, em várias passagens,³⁷⁹ Locke se refere seja ao poder de julgar seja ao poder judiciário. Embora não tenha dedicado um capítulo específico ao poder judiciário, Locke estabelece que o poder judiciário será formado por pessoas escolhidas pela comunidade para julgar as controvérsias com base em regras pré-determinadas e leis impessoais e gerais. Portanto, pode-se concluir que o poder judiciário, por definição, está em mãos distintas do rei ou príncipe. Contudo, tal poder não tinha completa independência em relação ao rei.³⁸⁰

Não obstante a consideração do judiciário como poder e separado do rei, a base da teoria política de Locke está, como diz Bobbio, na “dupla distinção entre as duas partes do poder, o parlamento e o rei, e entre as duas funções do Estado, a legislativa e a executiva”,³⁸¹ não correspondendo a governo misto esta forma de governo proposta por

³⁷⁶ John LOCKE (Segundo tratado sobre o governo [1690], 2002, p. 117).

³⁷⁷ John LOCKE (Segundo tratado sobre o governo [1690], 2002, p. 109).

³⁷⁸ Dirley CUNHA JÚNIOR (A separação das funções estatais ..., 2010, p. 270).

³⁷⁹ John LOCKE (Segundo tratado sobre o governo [1690], 2002, pp. 32, 34, 69, 162).

³⁸⁰ É certo que, para John LOCKE (Segundo tratado sobre o governo [1690], 2002, p. 147), o rei, em caso de controvérsia com um cidadão, só pode ser julgado pelo corpo representativo do povo se aceitar tal condição. No final, consubstancia uma situação de irresponsabilidade do governante.

³⁸¹ Norberto BOBBIO (A teoria das formas de governo, 1980, p. 115).

Locke. A rigor, Locke propõe uma separação dos poderes, com subordinação entre eles (em vez de equilíbrio).

Examinando mais de perto as relações sobre a *responsabilidade*. A ideia de responsabilidade mútua dos poderes aparece em Locke, quando afirma, por exemplo, que “os poderes de uma comunidade (...) ficam todos sob responsabilidade de algum outro poder da comunidade”.³⁸²

O povo é o soberano do Estado e conserva “o poder supremo de se salvar contra os maus propósitos e atentados de quem quer que seja, até dos legisladores, quando se mostrarem levianos ou maldosos para tramar contra a liberdade e propriedades dos cidadãos”.³⁸³ Da mesma forma que concede fé ao poder legislativo, o povo pode retirá-la, afastando ou modificando o legislativo, “se constatar que age contra a intenção do encargo que lhe confiaram”.³⁸⁴ Locke não apresenta outro mecanismo para isso que não seja a retirada da fé nas próximas eleições, ou seja, uma responsabilidade tipicamente eleitoral.

O poder executivo, quando não é exercido por uma pessoa do legislativo, é visivelmente subordinado e responsável perante o legislativo, tanto a chefia do executivo, quanto os seus auxiliares.³⁸⁵ Quando o poder executivo faz parte do legislativo, somente o chefe do executivo é isento de subordinação, ficando subordinadas ao legislativo as demais pessoas que fazem parte do executivo. A subordinação aqui inclui a observância às leis prescritas pelo legislativo.

Diz ainda que, “embora o legislativo confie a execução das leis a outras mãos, guarda para si o poder de retomá-la, se houver motivo, e de punir uma má administração das leis”.³⁸⁶ Acrescenta que a renúncia também é forma de dissolução do governo, sendo, pois, assunção espontânea de responsabilidade.³⁸⁷

O corpo do povo é que julgará o príncipe e o legislativo quando agirem

³⁸² John LOCKE (Segundo tratado sobre o governo [1690], 2002, p. 111). Diz precisamente o autor que “não é o caso de falar de outros poderes ministeriais subordinados de uma comunidade, pois eles são tão múltiplos e tão variados nos diferentes costumes e constituições das diversas sociedades que seria impossível discorrer detalhadamente sobre todos eles. Devemos todavia fazer referência apenas a um ponto, necessário ao nosso objetivo: não existe autoridade de qualquer espécie, além daquela que é delegada por concessão ou comissão positiva, ficam todos sob responsabilidade de algum outro poder da comunidade” (p. 111). Observa Peter SALADIN (Verantwortung als Staatsprinzip, 1984, p. 42) que “a ideia de prestação de contas (*Rechenschaftspflicht*) recíproca aparece em Locke: Todos os ‘poderes supremos’ são ‘responsáveis por algum outro poder na comunidade’ ”.

³⁸³ John LOCKE (Segundo tratado sobre o governo [1690], 2002, p. 109).

³⁸⁴ John LOCKE (Segundo tratado sobre o governo [1690], 2002, p. 109).

³⁸⁵ John LOCKE (Segundo tratado sobre o governo [1690], 2002, pp. 110-111).

³⁸⁶ John LOCKE (Segundo tratado sobre o governo [1690], 2002, p. 111).

³⁸⁷ John LOCKE (Segundo tratado sobre o governo [1690], 2002, p. 147).

contrariamente ao encargo recebido.³⁸⁸ E na hipótese do príncipe não ser subordinado ao legislativo, somente será julgado se aceitar.³⁸⁹

Constata Saladin³⁹⁰ que, na teoria de Locke, “está em primeiro plano muito mais a ideia de instância de julgamento independente e ideia de prestação de contas (*Rechenschaftspflicht*) dos funcionários públicos em relação aos seus superiores que uma ideia de um equilíbrio mecânico”. Saladin salienta ainda que “o eminente conceito legal inglês de um sistema institucionalizado de reparação de injustiças e de responsabilização dos agentes públicos introduz o princípio da separação de poderes”.³⁹¹

Vê-se, assim, que Locke foi o primeiro teórico a estabelecer um sistema de interdependência dos poderes como prestação de contas (*Rechenschaftspflicht*) mútua.³⁹²

3.2.3 Bolingbroke: independência na tomada da decisão com dependência pela sujeição ao controle

Entre Locke e Montesquieu, surgiram nos séculos XVII e XVIII outras versões da teoria da separação de poderes.³⁹³

Uma delas foi materializada pelo *Agreement of the People*, de 1649, que, com a abolição da monarquia inglesa, propôs uma estrutura constitucional, no âmbito da *Commonwealth*, com nítida separação entre os poderes legislativo e executivo.³⁹⁴ O poder legislativo era o poder supremo do Estado, sendo exclusivamente atribuído a uma assembleia de representantes eleitos, aos quais eram aplicáveis as seguintes normas restritivas: a) proibição de exercer funções executivas; b) impossibilidade de reeleição sucessiva; c) incompatibilidade do cargo de representante com outro cargo político.

Outra versão se deu com o *Instrument of Government*, de 1653, escrito pelo General John Lambert, considerado a primeira Constituição escrita inglesa, que substituiu o *Agreement of the People*. O *Instrument of Government* incluía as ideias lançadas no *Heads of Proposals*, elaborado pelo Conselho do Exército em 1647, como

³⁸⁸ John LOCKE (Segundo tratado sobre o governo [1690], 2002, p. 147).

³⁸⁹ John LOCKE (Segundo tratado sobre o governo [1690], 2002, p. 147).

³⁹⁰ Peter SALADIN (Verantwortung als Staatsprinzip, 1984, p. 42).

³⁹¹ Peter SALADIN (Verantwortung als Staatsprinzip, 1984, p. 42).

³⁹² Peter SALADIN (Verantwortung als Staatsprinzip, 1984, p. 45).

³⁹³ Carl SCHMITT (Teoría de la constitución, 1996, p. 186).

³⁹⁴ Nuno PIÇARRA (A separação dos poderes como doutrina ..., 1989, p. 54).

um conjunto de proposições que pretendia formar a base constitucional do governo após Rei Charles I ter sido derrotado na Primeira Guerra Civil Inglesa. O *Instrument of Government* estabelecia que o poder legislativo era exercido pelo *Lord Protector* e pelo povo, por meio de representantes reunidos no parlamento, formado em 1654 e a cada três anos; e que o poder executivo (*exercise of the chief magistracy and the administration of the government*) ficava a cargo do *Lord Protector*, assistido de um Conselho (de 20 a 30 membros) e do parlamento, denominado *Rump*. Como destacado por Paulino Jacques,³⁹⁵ o *Instrument of Government* “regulava a ditadura militar do Lord Protector”. O próprio *Instrument of Government* (cláusula XXXIII) designou o General Oliver Cromwell como o primeiro *Lord Protector*.

Para Carl Schmitt,³⁹⁶ o *Instrument of Government* foi o primeiro exemplo de um intento prático da separação dos poderes, criando um governo forte e capaz de atuar frente ao parlamento, que havia sido dissolvido três vezes. O *Instrument of Government*, ao mesmo tempo que atribuía ao *Lord Protector*, no âmbito legislativo, poder de veto suspensivo (*negative voice*), proibia, na cláusula VIII, a prorrogação ou dissolução do parlamento sem o seu próprio consentimento no período de cinco meses iniciais, limitando, assim, o poder do *Lord Protector*. Os mecanismos adotados pelo *Instrument of Government* eram do tipo interorgânico e de feição preponderantemente negativa, realçando-se a independência de cada órgão constitucional, sem que cada um deles tivesse uma efetiva influência sobre o outro.

Simultaneamente a estas experiências práticas, James Harrington, em seu livro *Oceana*, de 1656, dedicado a Cromwell, elaborou uma teoria da necessidade de distinção e controle recíproco dos diversos ramos da atividade do Estado, esboçando um sistema de freios e contrapesos, ainda bastante complicado.³⁹⁷

O contributo mais notável neste período foi o de Bolingbroke, que publicou vários escritos no semanário *The Craftsman*, entre 1726 e 1738, dos quais se destacam *Dissertation on Parties* (1733) e *The Idea of the Patriot King* (1738), estabelecendo as noções robustas de freios recíprocos, controles recíprocos, retenções e reservas, considerado por Carl Schmitt³⁹⁸ como o efetivo autor da teoria constitucional do

³⁹⁵ Paulino JACQUES (Curso de direito constitucional, 1974, p. 35).

³⁹⁶ Carl SCHMITT (Teoría de la constitución, 1996, p. 186).

³⁹⁷ Carl SCHMITT (Teoría de la constitución, 1996, p. 186).

³⁹⁸ Carl SCHMITT (Teoría de la constitución, 1996, p. 187). Paulo BONAVIDES (Ciência Política, 2011, p. 146), por seu turno, anota que, em BOLINGBROKE, “a concepção de poderes que se contrabalançam no interior do ordenamento estatal já se acha presente”, mostrando quão próximo esteve

equilíbrio e controle recíprocos dos poderes.

No modelo de Bolingbroke, o poder deve ser dividido em várias partes, conectadas entre si, e capaz de conter as paixões de um lado e as usurpações de outro.³⁹⁹ Neste contexto, o rei era o supremo magistrado, encarregado do poder executivo, tinha uma “voz negativa” no processo legislativo (poder de veto suspensivo); o parlamento, composto por duas câmaras, exercia o poder legislativo, aprovando ou rejeitando os projetos de lei; a Câmara Alta, composta por membros da aristocracia (*Lords*), ainda tinha a função não legislativa, exercia o encargo de juiz supremo, ao passo que a Câmara Baixa, composta por representantes do povo, também julgava as despesas do executivo.⁴⁰⁰

Vê-se nitidamente que Bolingbroke conjugou a separação de poderes com a teoria da constituição mista, introduzindo um sistema de freios e contrapesos.⁴⁰¹ Aliás, o próprio Bolingbroke reconheceu que o seu modelo se baseia na constituição mista.⁴⁰²

A divisão de poderes com prerrogativas distintas a cada um deles (Rei, Câmara Alta e Câmara Baixa), incluindo controles recíprocos, é o que constitui o pensamento de Bolingbroke acerca do triplo contrapeso, característico da Monarquia Limitada.⁴⁰³ Dessa forma, se uma das três partes usurpar mais poder que a lei concede ou fizer mal uso dos poderes legais, as outras duas partes podem juntas reduzir o poder em seus limites apropriados ou corrigir o mal uso; e mesmo que duas partes concordem em usurpar ou abusar do poder, a outra parte pode ao menos retardar o mal a ser causado, dando tempo e oportunidade para preveni-lo.⁴⁰⁴

Como o próprio Bolingbroke⁴⁰⁵ apregoou, o poder que cada parte tem de controlar a outra parte é fundamental para a preservação do sistema político e pode ser denominado de *dependência*, mas não está em oposição com a *independência*, pelo contrário, a “mútua dependência não pode subsistir sem a independência”. A mútua dependência entre os órgãos constitucionais consiste em que os procedimentos de cada órgão constitucional estejam sujeitos à fiscalização e ao controle dos outros órgãos constitucionais, mas sem afetar a independência deles, já que as decisões de cada órgão

de “uma teorização definida a esse respeito”.

³⁹⁹ BOLINGBROKE (A dissertation upon parties [1733], 1809, p. 15).

⁴⁰⁰ BOLINGBROKE (The Craftsman. Vol. VII, 1730, p. 85).

⁴⁰¹ LOEWENSTEIN (Verfassungslehre, 1959, p. 43). No mesmo sentido, Nuno PIÇARRA (A separação dos poderes como doutrina ..., 1989, pp. 85-86).

⁴⁰² BOLINGBROKE (A dissertation upon parties [1733], 1809, p. 268).

⁴⁰³ BOLINGBROKE (The Craftsman. Vol. VII, 1730, p. 85).

⁴⁰⁴ BOLINGBROKE (The Craftsman. Vol. VII, 1730, p. 86).

⁴⁰⁵ BOLINGBROKE (The Craftsman. Vol. VII, 1730, p. 86).

que culminam esses procedimentos podem ser tomadas independentemente e sem qualquer influência direta ou indireta dos outros órgãos.⁴⁰⁶ Sem a independência, não poderia haver equilíbrio entre os poderes, e sem a mútua dependência, cada órgão poderia tentar destruir o equilíbrio, usurpando ou abusando do poder. A independência recíproca entre os detentores de poder é uma condição para que possa haver uma mútua interdependência.

Bolingbroke escreveu *The Idea of Patriot King* quando estava no exílio político, resultado de sua posição a favor da Monarquia Constitucional (ou Limitada),⁴⁰⁷ e, assim, ter sido considerado como subversivo ao sistema de governo com base na supremacia parlamentar. Nesta obra, dedicada ao filho mais velho de George II, Frederick, *Prince of Wales*, que se tornou líder da oposição, Bolingbroke idealiza um rei patriota, guardião da moral e garante das melhores tradições, mas identifica e ataca concretamente a corrupção envolvendo o governo de Robert Wapole, parlamentar influente durante o reinado de George I e George II, exercendo a liderança do gabinete de 1721 a 1742. O relevante a considerar é que Bolingbroke acaba concebendo o chefe do Executivo, de uma certa medida, suportado pela confiança do povo, mesmo que não seja por meio de escolha popular.⁴⁰⁸

3.2.4 Montesquieu: equilíbrio dos poderes mediante separação subjetiva e controles recíprocos

Tanto Locke quanto Bolingbroke influenciaram Montesquieu. A própria tripartição dos poderes (legislativo, executivo e judicial) “já era conhecida em Inglaterra muito antes ter sido adaptada por Montesquieu”, embora tenha sido com este autor que se impregnou “definitivamente o constitucionalismo liberal”.⁴⁰⁹

A obra de Montesquieu (*De l'esprit des lois*, de 1748), que defende a limitação do poder, opõe-se à de Hobbes, que continha ideia absolutista. Contudo, ambos se fundamentam no contratualismo. Montesquieu, ao contrário de Hobbes, partiu da concepção da proeminência da bondade humana no estado de natureza. Segundo

⁴⁰⁶ BOLINGBROKE (The Craftsman. Vol. VII, 1730, p. 87).

⁴⁰⁷ BOLINGBROKE (The idea of a patriot king [1738], 1965, p. 13). Nas palavras do autor, “*I steem monarchy above any other form of government, and hereditary monarchy above elective*”.

⁴⁰⁸ Carl SCHMITT (Teoría de la constitución, 1996, p. 187). BOLINGBROKE (The idea of a patriot king [1738], 1965, p. 31) afirma que “*the good of the people is the ultimate and true end of government*”.

⁴⁰⁹ Nuno PIÇARRA (A separação dos poderes como doutrina ..., 1989, p. 91).

Montesquieu, o princípio da democracia é a virtude, definida pelo respeito às leis e pelo desejo de igualdade.

Montesquieu, ao discorrer sobre os poderes do Estado, utilizou como referência a Inglaterra (início do século XVIII), quando ainda vigorava a Monarquia Constitucional, contudo, à época, a Inglaterra estava prestes a estabelecer, como sistema de governo, o parlamentarismo.⁴¹⁰ Embora alguns elementos do parlamentarismo que germinava tenham sido referidos indiretamente, Montesquieu⁴¹¹ expressamente descartou a junção entre o poder executivo e o poder legislativo.⁴¹²

Importante assinalar que a construção teórica dos poderes do Estado, denominada por muitos de dogma ou princípio da separação dos poderes, está, como assenta Kelsen,⁴¹³ “no âmago da ideologia da monarquia constitucional”, pois não visava precipuamente “abrir a via democrática”, mas sim “conservar a possibilidade de o monarca, parcialmente exautorado pelo movimento democrático, ainda exercer um poder próprio no campo da execução”. É nessa linha de pensamento que Saladin afirma que a descrição da separação dos poderes em Montesquieu, embora objetivasse conceder um ideal de liberdade política aos cidadãos, estava a serviço dos esforços da política, não da ciência política.⁴¹⁴

Montesquieu apresenta duas definições para o poder executivo. Primeiro, sustenta que poder executivo trata “das coisas que dependem do direito das gentes”,⁴¹⁵ é o poder que “faz a paz ou a guerra, envia ou recebe embaixadas, estabelece a segurança, previne

⁴¹⁰ AMARAL JÚNIOR (Organização dos poderes em Montesquieu, 2012, p. 298) menciona em seu texto que a Inglaterra estava “flertando” com o parlamentarismo, ao passo que BONAVIDES (Ciência Política, 2011, p. 147) afirma “haver Montesquieu cometido equívoco fundamental quando propôs a Constituição da Inglaterra por exemplo vivo relativo à prática daquele princípio de organização política, porquanto na ilha vizinha o que efetivamente se passava era o começo da experiência parlamentar de governo, esbatendo toda a distinção de poderes”. Além desta inconsistência da obra de MONTESQUIEU, Max IMBODEM (Montesquieu und die Lehre der Gewaltentrennung, 1959, p. 5) faz duras críticas ao referido teórico, sustentando que ele não tinha reconhecido, por trás do esqueleto externo das instituições, a realidade política da Inglaterra, nem a sociedade cheia de miséria social e corrupção, e que a Inglaterra descrita por MONTESQUIEU era uma utopia. Por seu turno, LOEWENSTEIN (Verfassungslehre, 1959, p. 37) diz que “há uma certa ironia que Montesquieu, em sua visita à Inglaterra (1729-1731), a ordem constitucional britânica então existente fora completamente mal interpretada quanto à separação entre o poder legislativo e o poder executivo, que havia sido flexibilizada desde William III e Anna e praticamente desapareceu após a acessão ao trono dos Hanoverianos (1714)”.

⁴¹¹ AMARAL JÚNIOR (Organização dos poderes em Montesquieu, 2012, p. 311) indica a possibilidade de punição dos conselheiros do rei, realçada na obra de Montesquieu, como um dos elementos essenciais do parlamentarismo, embora reconheça que esta hipótese tem reminiscência na doutrina medieval dos “dois corpos do rei”.

⁴¹² MONTESQUIEU (O espírito das leis, 1996, p. 173).

⁴¹³ Hans KELSEN (Essência e valor da democracia, 2000, p. 89).

⁴¹⁴ Peter SALADIN (Verantwortung als Staatsprinzip, 1984, p. 41).

⁴¹⁵ MONTESQUIEU (O espírito das leis, 1996, p. 167). Para Raymond ARON (As etapas do pensamento sociológico, 2008, p. 23), esta definição limita-se à “política exterior”.

as invasões”.⁴¹⁶ Mais adiante, atribuindo uma extensão bem maior, afirma que o poder executivo tem o propósito de “executar as resoluções públicas”,⁴¹⁷ e, na mesma toada, que procede à “execução da vontade geral do Estado”,⁴¹⁸ a qual é a manifestação do legislativo.

O poder de julgar⁴¹⁹ é exercido com o propósito de punir os crimes e resolver as querelas entre particulares e não deve ser composto por membros permanentes, mas por “pessoas tiradas do seio do povo em certos momentos do ano, da maneira prescrita pela lei, para formar um tribunal que só dure o tempo que a necessidade requer”.⁴²⁰ Afirma ainda que o poder de julgar é invisível e nulo, porque não está ligado a nenhuma profissão nem a nenhum grupo da sociedade.⁴²¹

O poder legislativo, por seu turno, “cria leis por um tempo ou para sempre e corrige ou anula aquelas que foram feitas”.⁴²² E considerando que a realidade impõe a constatação da existência de nobres (“pessoas distintas pelo nascimento, pelas riquezas ou pelas honras”) e do povo, a existência de apenas um corpo legislativo levaria à escravidão os nobres, visto que são em número bem inferior ao povo. Assim, Montesquieu configura o poder legislativo em dois corpos (corpo de nobres e um corpo do povo), cada um tendo “suas assembleias e suas deliberações separadamente, e opiniões e interesses separados”.⁴²³

Importante registrar, na esteira de Max Imbodem,⁴²⁴ que, sem muita justificativa e sobre isso não houve críticas de teóricos subsequentes, Montesquieu reduziu as quatro instituições do Estado britânico que havia em sua época (Coroa, Câmara dos Lordes, Câmara dos Comuns e Tribunais) para três poderes, aglutinando no mesmo poder Câmara dos Lordes e Câmara dos Comuns, que tinham atribuições distintas e separadas.

Considerando que a experiência demonstra que todo homem que tem poder tende a abusar dele,⁴²⁵ Montesquieu defende, para que não haja abuso, que os três poderes

⁴¹⁶ MONTESQUIEU (O espírito das leis, 1996, p. 168). Esta descrição, segundo AMARAL JÚNIOR (Organização dos poderes em Montesquieu, 2012, p. 299), corresponde, basicamente, às funções da chefia de Estado.

⁴¹⁷ MONTESQUIEU (O espírito das leis, 1996, p. 168).

⁴¹⁸ MONTESQUIEU (O espírito das leis, 1996, p. 169).

⁴¹⁹ MONTESQUIEU não utilizava a expressão poder judiciário.

⁴²⁰ MONTESQUIEU (O espírito das leis, 1996, p. 169).

⁴²¹ MONTESQUIEU (O espírito das leis, 1996, p. 169).

⁴²² MONTESQUIEU (O espírito das leis, 1996, p. 167).

⁴²³ MONTESQUIEU (O espírito das leis, 1996, p. 172).

⁴²⁴ Max IMBODEM (Montesquieu und die Lehre der Gewaltentrennung, 1959, p. 6).

⁴²⁵ Nuno PIÇARRA (A separação dos poderes como doutrina ..., 1989, p. 89) já mencionava que “a ideia de natureza humana nas suas relações com o poder político, impregnada de um pessimismo antropológico que, de há muito, constituía lugar-comum em Inglaterra”. Segundo Dirley CUNHA

(poder legislativo, poder executivo e poder de julgar) não sejam exercidos pelo mesmo homem, ou pelo mesmo corpo de nobres ou do povo.⁴²⁶ Caso o poder legislativo ficasse reunido ao poder executivo, ou caso o poder de julgar não fosse separado dos dois outros poderes (legislativo e executivo), não haveria liberdade.⁴²⁷ Montesquieu defende, assim, a separação subjetiva dos três poderes que elenca.⁴²⁸

Ao se referir à necessidade de se instituir um governo moderado, Montesquieu faz remissão à constituição mista, onde, para se balancear o exercício do poder político, o Executivo estaria nas mãos do Rei, o Legislativo ficaria nas mãos dos nobres e dos representantes do povo, e o Judiciário residiria em tribunais temporários do povo.⁴²⁹

A teoria de Montesquieu envolve duas dimensões da separação dos poderes: a) dimensão orgânico-funcional: separação institucional ou funcional dos poderes (separação vertical); b) dimensão político-social: separação social ou extra-institucional (separação horizontal).⁴³⁰

Como destaca Paulo Bonavides, “o gênio político de Montesquieu não se cingiu a teorizar acerca da natureza dos três poderes senão que engendrou do mesmo passo a técnica que conduziria ao equilíbrio dos mesmos poderes, distinguindo a faculdade de estatuir (*faculté de statuer*) da faculdade de impedir (*faculté d'empêcher*)”.⁴³¹

Calhar observar, na esteira de Max Imboden, que o conceito de separação de poderes aparece na obra magistral de Montesquieu de maneira quase casual, residindo a ideia central de Montesquieu em “uma certa distribuição dos três poderes”.⁴³²

Convém destacar, na indicação de Bluntschli,⁴³³ que “a expressão separação (*Trennung*) de poderes leva a falsas aplicações de um princípio verdadeiro”, uma vez que “a separação completa ou ruptura dos poderes seria uma dissolução da unidade do Estado”, devendo no Estado “haver uma unidade de poder, e assim os poderes, embora diferenciados de acordo com as suas funções, não deve ser absolutamente separados”.

JÚNIOR (A separação das funções estatais ante uma nova dogmática constitucional, 2010, p. 270) “a ideia motivadora da doutrina de MONTESQUIEU foi o pessimismo antropológico que dominou a Inglaterra, consistente na aceitação de que o poder tende a corromper-se onde não encontra limites”.

⁴²⁶ MONTESQUIEU (O espírito das leis, 1996, p. 168).

⁴²⁷ MONTESQUIEU (O espírito das leis, 1996, p. 168).

⁴²⁸ BLUNTSCHLI (The theory of state, 1892, p. 518).

⁴²⁹ Nuno PIÇARRA (A separação dos poderes como doutrina ..., 1989, p. 105).

⁴³⁰ Nuno PIÇARRA (A separação dos poderes como doutrina ..., 1989, p. 105).

⁴³¹ Paulo BONAVIDES (Ciência Política, 2011, p. 150).

⁴³² Max IMBODEM (Montesquieu und die Lehre der Gewaltentrennung, 1959, p. 9). Referido autor afirma ainda que a profusão do termo separação de poderes deveu-se muito mais aos termos *distincts* e *separated* de John LOCKE.

⁴³³ BLUNTSCHLI (The theory of state, 1892, p. 519).

De acordo com Saladin,⁴³⁴ no pensamento de Montesquieu, central é “a ideia de controle recíproco, mais precisamente, a ideia da possibilidade de obstrução mútua e de necessidade de cooperação mútua”. Nesse sentido, Raymond Aron também afirma que, ao contrário de Locke que almejava com sua teoria limitar o poder do rei, “a ideia essencial de Montesquieu, porém, não é a separação dos poderes no sentido jurídico, mas o que se poderia chamar de equilíbrio dos poderes sociais, condição da liberdade política”.⁴³⁵

Montesquieu formatou os poderes, bem destaca Rangel,⁴³⁶ como “poderes separados, mas interdependentes, reciprocamente interferentes e controlados, assim se desfazendo o mito de uma divisão extrema ou radical dos poderes”. James Madison, há muito, asseverou que, quando Montesquieu afirmou que não haveria liberdade onde o poder executivo e o poder legislativo estiverem sob o comando de um só pessoa ou grupo de magistrados, ele não quis concluir que não poderia haver representação parcial de um poder em outro, nem controle mútuos entre os poderes.⁴³⁷

Assim, além de preconizar, embora com poucas palavras, a separação (não absoluta) dos três poderes,⁴³⁸ Montesquieu elabora extensa fundamentação para configurar mecanismos de neutralização ou controles recíprocos dos poderes.

Neste aspecto, Montesquieu assevera que “dos três poderes dos quais falamos, o de julgar é, de alguma forma, nulo. Só sobram dois; e (...) precisam de um poder regulador para moderá-los”.⁴³⁹

O poder de julgar é nulo, porque não precisa de controles outros além do próprio modo de sua constituição (juízes são escolhidos do povo e exercem o poder temporariamente) e de como os juízes decidem (são apenas a boca que pronuncia as palavras da lei).⁴⁴⁰

As duas câmaras ou corpos do poder legislativo limitam-se mutuamente pela conjugação das faculdades de estatuir e de impedir (“direito de anular uma resolução tomada por qualquer outro”). Nas matérias de interesse do corpo dos nobres, como a

⁴³⁴ Peter SALADIN (Verantwortung als Staatsprinzip, 1984, p. 41). AMARAL JÚNIOR (Organização dos poderes em Montesquieu, 2012, p. 309) também aponta a limitação recíproca dos poderes como a essência do modelo de Montesquieu.

⁴³⁵ Raymond ARON (As etapas do pensamento sociológico, 2008, p. 23).

⁴³⁶ Paulo Castro RANGEL (A separação dos poderes segundo Montesquieu, 2001, p. 355).

⁴³⁷ HAMILTON, MADISON e JAY (O federalista, 2003, p. 299).

⁴³⁸ A palavra *separado* é encontrada, como destaca Max IMBODEM (Montesquieu und die Lehre der Gewaltentrennung, 1959, p. 8), apenas uma vez na obra de Montesquieu, quando afirma que não haveria liberdade, se o poder de julgar não for separado do poder legislativo e do executivo.

⁴³⁹ MONTESQUIEU (O espírito das leis, 1996, p. 172).

⁴⁴⁰ Nesse sentido AMARAL JÚNIOR (Organização dos poderes em Montesquieu, 2012, p. 300).

arrecadação de dinheiro, esta câmara somente poderá exercer a faculdade de impedir, ficando a cargo da câmara do povo a faculdade de estatuir.⁴⁴¹ O poder legislativo, além de elaborar as leis gerais e abstratas, tem a faculdade de verificar “se foram bem executadas aquelas [leis] que fez, coisa que pode muito bem fazer e, até mesmo, só ele pode fazer bem”.

Já o poder executivo está limitado por não ter iniciativa de lei⁴⁴² e limita o poder legislativo com a faculdade de impedir (veto) ou com a declaração de não utilizar a faculdade de impedir (que seria sanção expressa) ou mesmo a não manifestação de veto (sanção tácita).

Percebe-se, pois, que, no que diz respeito aos mecanismos de controle recíproco dos poderes, não estão envolvidos três poderes, mas sim apenas o legislativo e o executivo, porque o poder de julgar é neutralizado por si.⁴⁴³

A essência do modelo de Montesquieu reside nestes mecanismos de limitação dos três poderes, os quais compõem o “governo moderado” indicado por ele, onde o elemento monárquico é o rei, o elemento aristocrático é o corpo de nobres hereditários (Câmara Alta) e o elemento democrático é o corpo dos representantes eleitos do povo (Câmara Baixa).

Montesquieu parte da premissa de que o povo não sabe discutir os assuntos de interesse da comunidade para fins de deliberação. Aliando tal premissa à circunstância de que é muito difícil a deliberação de forma direta pelo povo em Estados com população grande, Montesquieu defende que o povo seja representado no poder legislativo.⁴⁴⁴

Quanto à representação, reconhece Montesquieu⁴⁴⁵ que, se os representantes seguissem instruções específicas (para cada assunto a ser deliberado), como ocorria à época na Alemanha, “a palavra dos deputados seria a melhor expressão da nação”; contudo, ponderando que tal hipótese traria muitos inconvenientes (demora excessiva na deliberação, falta de agilidade nas situações urgentes), conclui que os representantes devem receber apenas instruções gerais consistentes nas dadas por ocasião da eleição.

⁴⁴¹ MONTESQUIEU (O espírito das leis, 1996, p. 172). Do exemplo dado retira-se também a atribuição do corpo dos representantes em matéria orçamental e de impostos.

⁴⁴² Afirma AMARAL JÚNIOR (Organização dos poderes em Montesquieu, 2012, p. 311) que “este nível de restrição é visto, ainda hoje, no Direito constitucional norte-americano. O Presidente dos Estados Unidos não possui a prerrogativa de apresentar, ele próprio, projetos de lei ao Congresso americano”.

⁴⁴³ AMARAL JÚNIOR (Organização dos poderes em Montesquieu, 2012, p. 307).

⁴⁴⁴ MONTESQUIEU (O espírito das leis, 1996, pp. 170-171).

⁴⁴⁵ MONTESQUIEU (O espírito das leis, 1996, p. 171).

Apregoa ainda a conveniência da adoção do voto censitário e do voto distrital.

A responsabilidade em Montesquieu aparece em algumas ocasiões especiais: a) faz menção expressa à prestação de contas do executivo para com o legislativo, quando menciona que o poder legislativo tem “faculdade de examinar de que maneira as leis que criou foram executadas e é esta a vantagem que possui este governo sobre os de Creta e da Lacedemônia, onde os cosmos e os éforos não prestavam contas de sua administração”;⁴⁴⁶ b) afasta qualquer responsabilidade daquele que executa a lei (chefe do executivo, que, no modelo de Montesquieu, era o rei), sob o fundamento da condição sagrada do rei, além de invocar ser necessária esta irresponsabilidade para que o poder legislativo não se torne tirânico;⁴⁴⁷ c) embora sustente a irresponsabilidade do rei, admite a responsabilidade dos conselheiros do rei (ministros) por mau conselho.⁴⁴⁸

Em termos procedimentais, mas ainda relacionado à responsabilidade, Montesquieu prevê três situações em que o julgamento é exercido pelo legislativo (exceções para o poder judiciário), sob o fundamento do “interesse particular daquele que deve ser julgado”.⁴⁴⁹ a) os grandes (nobres), por serem alvo de inveja do povo, devem ser julgados por seus pares, ou seja, pelo corpo legislativo de nobres, sob pena de não terem liberdade ao serem julgados pelo povo;⁴⁵⁰ b) cabe ao corpo dos nobres, e não aos juízes (que são a boca que pronuncia as palavras da lei), moderar os rigores da lei;⁴⁵¹ c) quando os juízes não sabem ou não querem julgar cidadãos que cometem crimes ou violem direitos do povo, compete ao corpo dos nobres o julgamento, sendo a acusação exercida pelo corpo dos representantes do povo. Não se admite que o corpo dos representantes do povo julgue o cidadão, por ter o mesmo interesse do acusado.

Montesquieu não falou nada sobre como os representantes são escolhidos, como eles deliberam e se utilizam ou não o princípio da maioria.

3.2.5 Federalistas: interpenetração parcial de poderes relativamente autônomos e

⁴⁴⁶ MONTESQUIEU (O espírito das leis, 1996, p. 174).

⁴⁴⁷ MONTESQUIEU (O espírito das leis, 1996, p. 174).

⁴⁴⁸ MONTESQUIEU (O espírito das leis, 1996, p. 174). Neste trecho, RANGEL (A separação dos poderes segundo Montesquieu, 2001, p. 353) diz que se trata do “poder de julgar os crimes políticos dos membros do Executivo”, ou seja, reduz a hipótese de responsabilidade a apenas crimes políticos, embora MONTESQUIEU fale de forma mais abrangente, quando menciona mau conselho.

⁴⁴⁹ MONTESQUIEU (O espírito das leis, 1996, p. 174).

⁴⁵⁰ MONTESQUIEU (O espírito das leis, 1996, p. 174).

⁴⁵¹ MONTESQUIEU (O espírito das leis, 1996, p. 175). Trata-se do poder moderador (*puissance réglante*), que se aproxima do poder de prerrogativa de LOCKE. Este poder moderador (*puissance réglante*) de MONTESQUIEU é compreendido como gênese da função política ou de “governo”, como afirma Afonso QUEIRÓ (Poderes do Estado, 1995, p. 356).

balanceados, incluindo um poder judiciário independente

A Declaração de Direitos da Virgínia (*Virginia Bill of Rights*),⁴⁵² de 12 de junho de 1776, foi o primeiro documento político de liberdade moderna a expressar a separação dos poderes.⁴⁵³ Logo em seguida, a Constituição de Maryland, de 11 de novembro de 1776 também a adotou.⁴⁵⁴

Para garantir o êxito da guerra da independência, as colônias constituíram uma confederação de Estados e firmaram, no 4º Congresso de Filadélfia, em 1778, os *Articles of Confederation and Perpetual Union*, considerado o primeiro estatuto político da União dos Estados Americanos.⁴⁵⁵

Durante a convenção constitucional, as ideias sobre a formatação dos poderes (separação dos poderes, prazo dos mandatos, sucessão, remoção etc.) foram aglutinadas em dois planos: Plano New Jersey e Plano Virgínia. O Plano New Jersey era apoiado pelos Antifederalistas, e pretendia apenas uma revisão dos Artigos da Confederação. O Plano Virgínia, apoiado pelos Federalistas, objetivava uma federação forte.

Divergiam quanto à estrutura do legislativo: no plano New Jersey, o legislativo era unicameral, ao passo que, no de Virgínia, era bicameral.⁴⁵⁶ O Plano New Jersey defendeu inicialmente eleição popular direta para o executivo, ao passo que o Plano Virgínia defendia uma eleição legislativa para o executivo, tendo prevalecido esta última.⁴⁵⁷ Havia relutância de muitos delegados em criar um executivo independente, temendo, por exemplo, não ter outro nome da mesma envergadura de George Washington para presidente.⁴⁵⁸ Outros argumentavam que, se o executivo fosse eleito pelo legislativo na mesma eleição, resultaria em um sistema parlamentar, pois, seja qual for o partido, ou coligação de partidos, a maioria provavelmente teria escolhido um deles para servir como presidente.⁴⁵⁹ O meio-termo encontrado foi a aprovação do Colégio Eleitoral, onde os eleitores escolhem os delegados-deputados em cada estado, e os delegados-deputados na Casa dos Representantes votam, como estado, no Presidente,

⁴⁵² Constava assim a separação dos poderes na Declaração de Direitos da Virgínia: Os poderes do governo (Legislativo, Executivo e Judiciário) deverão ser separados e distintos entre si (*“The legislative, executive and judicial power of government ought to be forever separate and distinct from each other”*).

⁴⁵³ Paulino JACQUES (Curso de direito constitucional, 1974, pp. 42-43).

⁴⁵⁴ Constituição de Maryland: “Nenhuma pessoa no exercício de suas funções em um desses poderes assumirá ou se desincumbirá de deveres em qualquer dos outros”.

⁴⁵⁵ Paulino JACQUES (Curso de direito constitucional, 1974, p. 42).

⁴⁵⁶ Charles O. JONES (The American Presidency ..., 2007, p. 7).

⁴⁵⁷ Charles O. JONES (The American Presidency ..., 2007, p. 8).

⁴⁵⁸ Charles O. JONES (The American Presidency ..., 2007, p. 6).

⁴⁵⁹ Charles O. JONES (The American Presidency ..., 2007, p. 7).

ao passo que, no Senado, os senadores eleitos votam individualmente, e escolhem o vice-presidente.⁴⁶⁰ Dessa forma, a separação de poderes foi fixada na Constituição dividindo as eleições para o legislativo e para o executivo.^{461 462}

Os autores dos *Federalist Papers*, publicados à época sob o pseudônimo de Publius, se basearam em Montesquieu, no que tange à separação dos poderes, mas procuraram seu próprio caminho para justificação e construção do conceito de divisão dos poderes.⁴⁶³ E eles próprios afirmaram que, “se adotarmos as ideias de Montesquieu como a única pedra de toque da verdade, ou havemos de lançar-nos nos braços da monarquia, ou nos havemos de subdividir em uma multidão de pequenas repúblicas ciosas, turbulentas e miseráveis, prenhes de gérmenes indestrutíveis de discórdias eternas, e que hão de vir a ser objeto de desprezo e de compaixão geral”,⁴⁶⁴ quando estava a se referir sobre a necessidade de um território pequeno para se instalar um governo republicano, preconizado por Montesquieu.

No período pré-revolucionário, o modelo de constituição mista (ou monarquia mista), que defendia que o melhor governo era aquele com participação pluralista (rei, nobreza e representantes do povo) no exercício do poder político, e que foi adotado na Inglaterra no século XVII, tinha entrado em colapso. Daí porque nos EUA retirou-se o componente social da teoria da separação de poderes, mantendo-se o sistema de freios e contrapesos. A desconfiança na capacidade do povo de governar e o temor da tirania e corrupção do poder legislativo implicaram a não adoção da supremacia deste poder, preconizada por Locke e Montesquieu, surgindo com mais força o poder judiciário, até então poder neutro, com possibilidade de intervir nas decisões políticas, para tutelar os direitos individuais contidos na Constituição.

Quando Montesquieu afirma que não há liberdade onde uma mesma pessoa legisla e executa ao mesmo tempo, para os Federalistas, ele “não quis proscrever toda a ação parcial, ou toda a influência dos diferentes poderes uns sobre os outros”,⁴⁶⁵ o que ele, na realidade, estava dizendo é que “quando dois poderes, *em toda a sua plenitude*, se acham concentrados numa só mão, todos os princípios de um governo livre ficam

⁴⁶⁰ Atualmente, o vice-presidente é eleito com o presidente, mas a seleção é tipicamente mais parecida com nomeação, aponta Charles O. JONES (The American Presidency ..., 2007, p. 65).

⁴⁶¹ Charles O. JONES (The American Presidency ..., 2007, p. 7).

⁴⁶² Fides OMMATI (Dos freios e contrapesos entre os poderes do Estado, 1977, p. 60) afirma que os EUA não estabeleceram *expressamente* na constituição o princípio da separação dos poderes.

⁴⁶³ Peter SALADIN (Verantwortung als Staatsprinzip, 1984, p. 43).

⁴⁶⁴ HAMILTON, MADISON e JAY (O federalista, 2003, p. 55).

⁴⁶⁵ HAMILTON, MADISON e JAY (O federalista, 2003, p. 299).

subvertidos”.⁴⁶⁶ Concluíram que cada poder “não deve exercitar, diretamente e em toda plenitude, nenhum dos outros; assim como é igualmente evidente que nenhum dos poderes deve exercitar sobre o outro influência preponderante”.⁴⁶⁷

Está claro que somente quando os poderes são exercidos inteiramente pela mesma pessoa há risco para a liberdade dos cidadãos. Eles, como afirma Saladin,⁴⁶⁸ rejeitaram a ideia de separação rigorosa dos poderes e defenderam uma mistura de poderes (*Gewalten-Mischung*). Somente se os poderes estiverem conectados (*connected*) e misturados (*blended*) de tal forma que dê a cada um o “direito constitucional de fiscalizar” os outros poderes é que haverá um “grau de separação” entre os poderes suficiente para se obter um “governo livre”.⁴⁶⁹

Assim como para Montesquieu, os Federalistas entendiam necessário reduzir o poder do legislativo.⁴⁷⁰ Por esse motivo, os Federalistas propuseram a bissecção do legislativo e o direito do veto limitado do executivo contra o legislativo. Para manter os vários poderes suficientemente limitados, os Federalistas ainda propuseram a divisão de poderes verticais (federativos) e a responsabilidade disciplinar e criminal do Presidente, Vice-Presidente e de todos os funcionários civis.⁴⁷¹ Faltou nos Federalistas a defesa da jurisdição constitucional estrito senso.⁴⁷²

Enquanto em Montesquieu prevalecia um equilíbrio mecânico dos poderes, os Federalistas partem de uma “análise psicológico-social”, desenvolvendo uma “ideia de uma arquitetura balanceada psicológica e organizacionalmente”.⁴⁷³

Os Federalistas apregoam que o “meio verdadeiro” para evitar o acúmulo dos poderes em uma só mão é “dar àqueles que os exercitam meios suficientes e interesse pessoal para resistir às usurpações”.⁴⁷⁴ Os meios são os instrumentos constitucionais já referidos. Quanto ao interesse pessoal, “é preciso opor ambição à ambição e travar de tal modo o interesse dos homens, com as obrigações que lhes impõem os direitos

⁴⁶⁶ HAMILTON, MADISON e JAY (O federalista, 2003, p. 299).

⁴⁶⁷ HAMILTON, MADISON e JAY (O federalista, 2003, p. 305).

⁴⁶⁸ Peter SALADIN (Verantwortung als Staatsprinzip, 1984, p. 43).

⁴⁶⁹ HAMILTON, MADISON e JAY (O federalista, 2003, p. 305).

⁴⁷⁰ Peter SALADIN (Verantwortung als Staatsprinzip, 1984, p. 43). Pode-se constatar tal circunstância, por exemplo, quando HAMILTON, MADISON e JAY (O federalista, 2003, p. 305 e 306) afirmam que “o corpo legislativo estende por toda a parte a esfera da sua atividade e engole todos os poderes no seu turbilhão impetuoso” e quando eles apontam um erro dos fundadores da República, consistente no fato de que “tiveram receio do magistrado hereditário, mas não imaginaram que o poder legislativo também poderia conduzir a uma mesma tirania”.

⁴⁷¹ Peter SALADIN (Verantwortung als Staatsprinzip, 1984, p. 44).

⁴⁷² Peter SALADIN (Verantwortung als Staatsprinzip, 1984, p. 44).

⁴⁷³ Peter SALADIN (Verantwortung als Staatsprinzip, 1984, p. 44).

⁴⁷⁴ HAMILTON, MADISON e JAY (O federalista, 2003, p. 318).

constitucionais dos seus cargos, que não possam ser ofendidas as últimas sem que o primeiro padeça”.⁴⁷⁵ Em síntese, como afirma Saladin, “inibição recíproca institucionalizada dos poderes e ambição pessoal dos detentores dos poderes, juntas e entrelaçadas, garantirão a liberdade do cidadão”.⁴⁷⁶ Os Federalistas formulam não uma separação dos poderes, mas “interpenetração parcial de poderes relativamente autônomos e balanceados”.⁴⁷⁷

Eles faziam uma distinção entre “uma democracia pura, que é uma sociedade consistindo num número pequeno de cidadãos, que se reúnem e administram o governo pessoalmente”, e uma “república, que é um governo em que há um sistema de representação”.⁴⁷⁸

O segredo do sucesso da democracia americana foi, como ressaltou precisamente Ackerman,⁴⁷⁹ a “invenção” da “instituição peculiarmente moderna da representação política”, e “não a virtuosidade do ser humano”. Para os Federalistas,⁴⁸⁰ “nenhuma instituição de política usual pode-se transubstanciar no povo dos Estados Unidos”.

Os Federalistas defendem a tese de que a ignorância das antigas repúblicas sobre o sistema representativo não era tão grande,⁴⁸¹ afirmando que “nas mais puras democracias da Grécia, muitas das funções executivas eram desempenhadas, não pelo povo, mas por magistrados da sua escolha, que o ‘representavam’ no exercício do Poder Executivo”.⁴⁸² Ackerman conclui que devemos abandonar “a ideia de que o Congresso (ou o Presidente ou a Corte) possa representar genuinamente a vontade do povo”.⁴⁸³

Os Federalistas afirmam que a responsabilidade, para ser justa e razoável, deve ser

⁴⁷⁵ HAMILTON, MADISON e JAY (O federalista, 2003, p. 318).

⁴⁷⁶ Peter SALADIN (Verantwortung als Staatsprinzip, 1984, p. 44).

⁴⁷⁷ Guillermo O'DONNELL (Horizontal accountability, 2003, p. 41).

⁴⁷⁸ Robert DAHL (Sobre a democracia, 2001, p. 27). Sustenta ainda o autor que esta distinção não tem amparo teórico, tendo sido mera invenção de Madison: “essa distinção não tinha base alguma na história anterior: nem em Roma nem em Veneza, por exemplo, havia um ‘sistema de representação’. Para falar a verdade, todas as primeiras repúblicas cabiam muito bem na definição de Madison para democracia. Além do mais, essas duas palavras foram usadas como sinônimos nos Estados Unidos durante o século XVIII. A distinção de Madison também não é encontrada numa obra do conhecido filósofo político francês Montesquieu, a quem Madison admirava imensamente e muitas vezes elogiou. O próprio Madison, provavelmente, sabia que sua distinção não tinha nenhuma base histórica firme; assim, devemos concluir que ele a criou para desacreditar críticos que discutiam o fato de a constituição proposta não ser suficientemente ‘democrática’. Entretanto (a questão não está clara), talvez as palavras democracia e república (apesar de Madison) não designassem diferenças nos tipos de governo popular. Elas apenas refletiam, ao preço da confusão posterior, uma diferença entre o grego e o latim, as línguas de que se originaram” (p. 27).

⁴⁷⁹ Bruce ACKERMAN (Nós, o povo soberano, 2006, p. 251).

⁴⁸⁰ Bruce ACKERMAN (Nós, o povo soberano, 2006, p. 251).

⁴⁸¹ HAMILTON, MADISON e JAY (O federalista, 2003, p. 383).

⁴⁸² HAMILTON, MADISON e JAY (O federalista, 2003, p. 384).

⁴⁸³ Bruce ACKERMAN (Nós, o povo soberano, 2006, p. 252).

limitada a objetos submetidos à autoridade do indivíduo responsável, e para que seja eficaz, deve recair sobre atividades de que o povo possa fazer pronto e seguro juízo.

3.2.6 Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão

A DDHC que a França votou em 1789, teve como paradigma a Declaração da Virgínia, de 1776, da mesma forma que, como afirma Paulino Jacques,⁴⁸⁴ “a Constituição francesa de 1791 no que diz respeito à forma, embora analítica, se modelou pela norte-americana”. Mas foi a Declaração francesa dos Direitos do Homem que se referiu expressamente à separação dos poderes,⁴⁸⁵ tal qual como concebida pela visão mecanicista de Montesquieu, como fundamento da constituição estatal.

Ao contrário do ocorrido na Inglaterra, onde, a partir da Revolução de 1688, consolidou-se uma monarquia constitucional, com separação de poderes interdependentes, a França alternou diversos modelos, ora imperial, ora de separação rígida dos poderes (Constituições de 1791 e 1795), ora de prática monista de exercício do poder político (assembleísmo jacobino de 1793), sendo que, na maioria do tempo, como disserta Barcellos, “procurou equilibrar um regime de separação mais flexível, através de práticas parlamentares, nem sempre bem sucedidas”, culminando com a V República (Constituição de 1958), que instituiu um sistema peculiar, denominado de semipresidencialismo.⁴⁸⁶

3.2.7 Kant: teoria da coordenação e subordinação dos poderes

Além dos seus famosos escritos, de cunho filosófico, quais sejam, *Crítica da Razão Pura* (1781) e *Crítica da Razão Prática* e *Crítica do Juízo* (1788-1791), Immanuel Kant abordou temas referentes à ciência do Direito, ao publicar em 1797 o livro *Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre* (Fundamentos Metafísicos da Doutrina do Direito), amparado nos conceitos de Ética e Moral estabelecidos no livro *Grundlegung zur Metaphysic der Sitten* (Fundamentos da Metafísica dos Costumes) de 1785.

Na linha de Hobbes, Kant ressalta que, para possibilitar a vida em sociedade, os homens têm que sair do “estado natural”, um verdadeiro “estado de injustiça”, onde se

⁴⁸⁴ Paulino JACQUES (Curso de direito constitucional, 1974, p. 47).

⁴⁸⁵ Art. 16 : « Toute Société dans laquelle la garantie des Droits n'est pas assurée, ni la séparation des Pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution ».

⁴⁸⁶ Ana Paula BARCELLOS (Separação de poderes ..., 2000, p. 89).

encontram e agem segundos seus “próprios caprichos” e na “medida exclusiva de suas forças”, e acabam (não por sua essência, mas por falta de segurança contra a “violência”) por praticar a “maldade” entre si e fazer guerra entre os povos.⁴⁸⁷

Para Kant, as pessoas se desprendem, num primeiro momento, de sua “liberdade exterior natural” para constituir a comunidade política, através do contrato original ou primitivo, recobrando-se na sequência sua liberdade, agora na circunstância ou estado jurídico.⁴⁸⁸ Compreendendo o contrato social como constitutivo da sociedade civil, ato originário, Kant se afasta do empirismo de Locke e do racionalismo ético de Rousseau.⁴⁸⁹

A comunidade política (a cidade, para Kant) reúne os homens sob as leis de direito, onde tudo o que deve ser reconhecido como de cada um é fixado pela lei, ficando, assim, convencionado que todos se submetem a uma “limitação exterior”.⁴⁹⁰

Esta comunidade política é composta por três poderes: “o poder *soberano* (*soberania*) na pessoa do legislador, o poder *executivo* (segundo a lei) na pessoa do governo e o poder *judicial* (como reconhecimento de o meu de cada qual segundo a lei) na pessoa do juiz (*potestas legislativa, rectoria et judiciaria*)”.⁴⁹¹

Nesta ocasião, Kant enquadra os poderes num silogismo lógico de três proposições: “à maior, ou princípios, que contém a Lei de uma vontade; à menor, que contém o preceito de conduta em consequência da lei, isto é, o princípio da subordinação à lei; e, enfim, à conclusão que contém a sentença, ou o que é de direito nos diferentes casos”.⁴⁹² Complementa ainda que a vontade do legislador é “irrepreensível”, o poder executivo é “irresistível” e a sentença do poder judicial é inapelável, ou seja, “sem apelação”.⁴⁹³

A associação ao silogismo lógico não angariou adeptos. Bluntschli,⁴⁹⁴ inclusive, considerou um equívoco: “erro, que é quase infantil é aquele que trata o organismo do

⁴⁸⁷ Immanuel KANT (Doutrina do Direito, 2013, p. 152).

⁴⁸⁸ Immanuel KANT (Doutrina do Direito, 2013, p. 157).

⁴⁸⁹ Convém destacar que a doutrina da separação dos poderes, entendida como limitação do poder político por meio de distribuição por vários polos, como afirma Nuno PIÇARRA (A separação dos poderes como doutrina ..., 1989, p. 125), “nada deve a Rousseau, já que ele é adepto de uma construção radicalmente monista do poder político do Estado”. Por outro lado, a teoria de ROUSSEAU (O contrato social ou princípio do direito político, 1999) teve grande influência sobre o conceito de representação, o que será abordado no capítulo 5.

⁴⁹⁰ Immanuel KANT (Doutrina do Direito, 2013, p. 153).

⁴⁹¹ Immanuel KANT (Doutrina do Direito, 2013, p. 154).

⁴⁹² Immanuel KANT (Doutrina do Direito, 2013, p. 154).

⁴⁹³ Immanuel KANT (Doutrina do Direito, 2013, p. 158).

⁴⁹⁴ BLUNTSCHLI (The theory of state, 1892, p. 520).

Estado como silogismo lógico: o poder legislativo que determina a regra ou premissa maior, o poder judicial subsumir um caso particular em que (premissa menor), enquanto o executivo realiza a conclusão”.

Ao contrário de Hobbes, que rejeita a ideia de o soberano ser parte integrante do contrato social, Kant entende que um governante tem certas obrigações para com seus súditos que são articuladas no contrato social, embora o súdito não possa aplicar o referido contrato contra o governante.⁴⁹⁵

Quanto ao relacionamento entre os três poderes, Kant defendeu que um era o “complemento do outro” para a perfeita organização constitucional, de forma que um “presta seu concurso” à função do outro poder.⁴⁹⁶ Simultaneamente, um poder subordinado ao outro, entendido esta subordinação como a não usurpação das funções do outro poder.

Estava, pois, assentada a teoria da coordenação e subordinação dos poderes, que, somente após século e meio, seria consagrada em texto constitucional. Tal concepção do relacionamento dos poderes é considerada a “grande revolução, em matéria de relações dos poderes políticos”.⁴⁹⁷

A subordinação entre os poderes, ao lado da coordenação, é defendida posteriormente por Bluntschli, segundo o qual é uma “visão equivocada” pensar que os poderes são iguais; na realidade, “os membros de um organismo têm cada um o seu próprio poder, mas em subordinação a um outro; caso contrário, a conexão e a unidade do todo não seria mantida” e, assim, “o Estado seria despedaçado”.⁴⁹⁸

A constituição do Estado é consubstanciada na complementação e subordinação dos três poderes.⁴⁹⁹ Como assenta Carl Schmitt, desde a metade do século XVIII, de

⁴⁹⁵ Jeremy WALDRON (A dignidade da legislação, 2003, p. 52).

⁴⁹⁶ Immanuel KANT (Doutrina do Direito, 2013, p. 157).

⁴⁹⁷ Paulino JACQUES (Curso de direito constitucional, 1974, p. 178). No mesmo sentido, Fides OMMATI (Dos freios e contrapesos entre os poderes do Estado, 1977, p. 57) afirma que somente com KANT se formulou uma “teoria do equilíbrio entre os poderes do Estado”.

⁴⁹⁸ BLUNTSCHLI (BLUNTSCHLI, 1892, p. 520).

⁴⁹⁹ Immanuel KANT (Doutrina do Direito, 2013, p. 158). Afirma basicamente o autor que “os três poderes na cidade são, portanto, entre si: em primeiro lugar, como outras tantas pessoas morais coordenadas entre si (*potestates coordinatae*); isto é, que uma é o complemento da outra para a organização perfeita da constituição do Estado (*complementum ad sufficientiam*), Em segundo, são também subordinados entre si (*subordinatae*), de modo que um não pode, ao mesmo tempo, usurpar a função do outro ao qual presta seu concurso, mas tem seu princípio próprio; isto é, na verdade, como se residisse na qualidade de uma pessoa particular, mas que manda, todavia, sob a condição da vontade de um superior. Em terceiro, o direito de cada sujeito lhe é resultante da reunião dessas duas coisas (a coordenação e a subordinação dos poderes)”. Em seguida, KANT (Doutrina do Direito, 2013, p. 160) afirma que “há, pois, três poderes diferentes (*potestas legislativa, executoria, judiciaria*), pelos quais a cidade tem sua autonomia, isto é, forma-se e conserva-se segundo as leis de liberdade. Em sua reunião

Kant a Hegel, é absolutamente dominante no pensamento europeu ocidental, e em particular no pensamento da filosofia alemã, o entendimento de que “Constituição é idêntica à separação de poderes”.⁵⁰⁰

As ideias de Kant, incluindo o ataque ao paternalismo, foram desenvolvidas posteriormente por Wilhelm von Humboldt (*Ideen, die Grenzen der Wirksamkeit des Staates zu bestimmen*, de 1851),⁵⁰¹ por meio do qual chegou no território inglês, inspirando sobremaneira John Stuart Mill em seu livro *On Liberty* (1859), como conclui com percuciência Popper.⁵⁰²

3.2.8 Guizot: a separação como pilar do sistema representativo

Guizot entendia a separação dos poderes como um dos pilares do sistema representativo, ao lado do instituto das eleições e da publicidade.

Sustenta que a divisão de poderes para o exercício da soberania é uma “consequência natural do princípio de que o direito à soberania não pertence a ninguém”,⁵⁰³ pois, caso a soberania se concentrasse em apenas um poder, haveria o risco de abuso, podendo o exercente do poder passar a considerar como um direito seu. Afirma que “é indispensável que o poder existente não seja simples, isto é, que não seja obrigado a se limitar a um único instrumento”.⁵⁰⁴

Defende assim a existência de vários poderes,⁵⁰⁵ dotados de igual amplitude, e mutuamente complementares no exercício da soberania, de forma que haja “interdependência recíproca pode evitar que eles se considerem totalmente irresponsáveis”.⁵⁰⁶

As relações entre os poderes eram formatadas de modo a “compeli-los a atuar em harmonia, isto é, a se reduzirem à unidade”.⁵⁰⁷

A divisão dos poderes não é suficiente para garantir o abuso no exercício do

consiste a salvação do Estado (*salus rei publica e suprema lex est*), não deve ser entendido por isto o bem dos cidadãos e sua felicidade; porque esta felicidade pode muito bem (como afirma Rousseau) encontrar-se muito mais doce e mais desejável no estado natural ou ainda mais sob um governo despótico; não, a salvação pública consiste na maior conveniência da constituição com os princípios do direito, como um estado, ao qual a razão, por um imperativo categórico, nos obriga a aspirar”.

⁵⁰⁰ Carl SCHMITT (Situação intelectual do sistema parlamentar atual, 1996, p. 40).

⁵⁰¹ Em tradução livre: Ideias para determinar os limites da atividade do Estado.

⁵⁰² Karl POPPER (La Responsabilidad de Vivir, 1995, p. 195).

⁵⁰³ François GUIZOT (A história das origens do governo representativo na Europa, 2008, p. 171).

⁵⁰⁴ François GUIZOT (A história das origens do governo representativo na Europa, 2008, p. 170).

⁵⁰⁵ Quatro grandes poderes políticos: o rei, as duas casas de parlamento e os eleitores.

⁵⁰⁶ François GUIZOT (A história das origens do governo representativo na Europa, 2008, p. 171).

⁵⁰⁷ François GUIZOT (A história das origens do governo representativo na Europa, 2008, p. 172).

poder, sendo necessário também a introdução de um “princípio eletivo”,⁵⁰⁸ que será abordado no capítulo 5.

3.3 Época contemporânea

3.3.1 Loewenstein: nova divisão de funções e controle mútuo dos poderes

Mesmo as constituições que se seguiram à Segunda Guerra Mundial mantiveram o “dogma da separação dos poderes”,⁵⁰⁹ embora a doutrina estivesse obsoleta já àquela altura, como se pode constatar pelo advento do sistema parlamentar, onde “o Legislativo e o Executivo não estão separados, nem pessoal nem funcionalmente. Os membros do Governo são membros do Parlamento; tendo havido uma integração de Governo e Parlamento”.⁵¹⁰

A razão para a atitude conservadora das constituições do século XX em adotar a concepção rígida da separação dos poderes reside tanto na força do “dogma arraigado” quanto “nas dificuldades quase intransponíveis de se formular uma nova configuração de poder em uma carta constitucional”.⁵¹¹

Contudo, a separação de poderes nada mais é que o reconhecimento de que, por um lado, o Estado tem de cumprir determinadas funções (problema técnico da divisão do trabalho) e, por outro lado, os destinatários do poder são beneficiados quando estas funções são realizadas por organismos diferentes (a liberdade é o *telos* ideológico). A separação de poderes não é senão a distribuição de determinadas funções do Estado a vários órgãos estaduais, devendo o conceito de poderes ser entendido neste contexto como uma expressão meramente figurativa, sendo mais apropriado falar-se de “separação de funções”.⁵¹²

Segundo Loewenstein, o que “Locke, Montesquieu e a Revolução Francesa não reconheceram ou não quiseram reconhecer - compreensivelmente, porque eles dirigiram sua ideologia contra o absolutismo tradicional - foi que todo governo é poder”.⁵¹³ Eles, ao tentarem racionalizar o processo de governo, acreditaram que o poder poderia ser neutralizado e que a possessão maléfica do poder poderia ser dissipada com a

⁵⁰⁸ François GUIZOT (A história das origens do governo representativo na Europa, 2008, p. 172).

⁵⁰⁹ LOEWENSTEIN (Verfassungslehre, 1959, p. 32) e (Teoría de la constitución, 1976, p. 55).

⁵¹⁰ LOEWENSTEIN (Verfassungslehre, 1959, p. 32).

⁵¹¹ LOEWENSTEIN (Verfassungslehre, 1959, p. 32).

⁵¹² LOEWENSTEIN (Verfassungslehre, 1959, p. 32).

⁵¹³ LOEWENSTEIN (Verfassungslehre, 1959, p. 38).

adjuração.⁵¹⁴ A “demonia do poder” de Loewenstein “tem o mesmo lugar ‘metodológico’ do ‘bom selvagem’ em Rousseau, ou do ‘estado de natureza’ em Locke”, como bem captou Pedro Vasconcelos.⁵¹⁵

A construção mecanicista dividiu os poderes em partes em equilíbrio, com uma pitada de otimismo em supor que tal equilíbrio seria encontrado graças à natureza e a vontade de cooperar da natureza humana voltada à interação harmoniosa com vistas ao bem-estar geral.⁵¹⁶

O constitucionalismo ou Democracia Constitucional⁵¹⁷ cedo percebeu que a “vontade geral” não tinha na prática eficácia, e que somente se efetivava por meio de uma direção exercida por uma “liderança política”.⁵¹⁸ Em outras palavras, “é apenas a liderança política que dá sentido e direção à vontade do povo”.⁵¹⁹

De fato, para Loewenstein, “a experiência política desde o século XVIII tem ensinado que todas as funções governamentais são instrumentos para o exercício da liderança política”.⁵²⁰ Nesse sentido, assevera que “Legislação e aplicação das leis não são funções separadas ou separáveis, mas nada mais do que diferentes técnicas de liderança política”.⁵²¹ O poder judicial, em Loewenstein, desempenha uma função subsidiária, uma função de “*policy execution*”, limitando-se a executar as decisões políticas contidas nas leis, salvo quando está a exercer a fiscalização da constitucionalidade das leis, onde tem autêntica função de “*policy control*”.⁵²²

Substituindo a visão mecanicista da tripartição dos poderes por “uma análise das dinâmicas de poder que atenda às condições de uma sociedade de massa pluralista de

⁵¹⁴ LOEWENSTEIN (Verfassungslehre, 1959, p. 38).

⁵¹⁵ Pedro VASCONCELOS (Teoria geral do controlo jurídico do Poder Público, 1996, p. 88).

⁵¹⁶ LOEWENSTEIN (Verfassungslehre, 1959, p. 38).

⁵¹⁷ O autor esclarece que utiliza “*el concepto «constitucionalismo» para designar a la organización estatal caracterizada por una distribución del poder, y el concepto «autocracia» para el proceso político que opera con una concentración del poder.*” (LOEWENSTEIN, Teoría de la constitución, 1976, p. 35), ou mais especificamente, de “democracia constitucional” (LOEWENSTEIN, Teoría de la constitución, 1976, p. 37).

⁵¹⁸ LOEWENSTEIN (Verfassungslehre, 1959, p. 38).

⁵¹⁹ LOEWENSTEIN (Verfassungslehre, 1959, p. 38). Contudo, vale lembrar de uma desvantagem do parlamentarismo quanto à liderança exercida pelo Primeiro-Ministro, como bem adverte ACKERMAN (A nova separação dos poderes, 2009, p. 12): “a única maneira de o eleitor votar no partido do Primeiro Ministro é votar, nas eleições para o Parlamento, no partido ao qual ele é afiliado. Este ponto básico ata o destino de cada membro do Parlamento à liderança do seu partido, de uma maneira desconhecida em sistemas separados. Se a liderança for impopular, é difícil para os membros do Parlamento como indivíduos evitarem a retaliação eleitoral, porque o único modo que os eleitores têm para exprimir seu descontentamento é votando contra o seu membro do Parlamento local.”

⁵²⁰ LOEWENSTEIN (Verfassungslehre, 1959, p. 38).

⁵²¹ LOEWENSTEIN (Verfassungslehre, 1959, p. 38).

⁵²² LOEWENSTEIN (Verfassungslehre, 1959, p. 61 a 67).

nosso século”,⁵²³ propõe Loewenstein uma nova tripartição de funções: “a determinação ou decisão política fundamental (determinação política), a implementação ou a execução da decisão política (execução de políticas) e controle político (controle de políticas)”.⁵²⁴

O núcleo da nova divisão de poderes (funções) é o controle político,⁵²⁵ sendo que “o mecanismo mais eficaz para o controle do poder político consiste na atribuição de diferentes funções do Estado a vários detentores do poder ou órgãos do Estado, que, apesar de exercer as funções em completa autonomia e sobre a sua própria responsabilidade, são, ao final, forçados a cooperar, para que a vontade válida do estado seja produzida”.⁵²⁶

A função de controle é exercida a depender o tipo de governo, pois o tipo de governo determina o “grau de distribuição da função de controle para os diferentes detentores de poder e intensidade com a qual os dispositivos de controle estão a funcionar”.⁵²⁷ No período de formação da Democracia Constitucional, “esses controles eram eficazes apenas entre o governo (Coroa) e o parlamento”,⁵²⁸ o que se denominou de dualismo original, o qual prevaleceu até a teoria da tripartição do poder, onde o eleitorado passou a ser árbitro entre os referidos dois poderes.⁵²⁹ Esta viragem com o eleitor entrando em cena ocorreu na Inglaterra com o triunfo de Pitt sobre a Coalizão Fox-Norte nas eleições de 1784, mas o reconhecimento pleno do eleitorado como o detentor do poder soberano levou quase outro século para ocorrer, o que se deu com a democratização da lei eleitoral nas reformas de 1867 e 1884,⁵³⁰ que deve muito à Revolução Francesa.

Assim, a função de controle é distribuída a todos os detentores do poder, “o governo, o parlamento e do eleitorado”.⁵³¹

Poder controlado não se confunde com poder compartilhado ou dividido. Poder dividido é um “controle mútuo de poder”,⁵³² onde um ato político somente se torna efetivo com a cooperação de vários poderes, “ninguém podendo impor sua própria

⁵²³ LOEWENSTEIN (Verfassungslehre, 1959, p. 40).

⁵²⁴ LOEWENSTEIN (Verfassungslehre, 1959, p. 40).

⁵²⁵ LOEWENSTEIN (Verfassungslehre, 1959, p. 45).

⁵²⁶ LOEWENSTEIN (Verfassungslehre, 1959, p. 45).

⁵²⁷ LOEWENSTEIN (Verfassungslehre, 1959, p. 46).

⁵²⁸ LOEWENSTEIN (Verfassungslehre, 1959, p. 46).

⁵²⁹ LOEWENSTEIN (Verfassungslehre, 1959, p. 46).

⁵³⁰ LOEWENSTEIN (Verfassungslehre, 1959, p. 46).

⁵³¹ LOEWENSTEIN (Verfassungslehre, 1959, p. 47).

⁵³² LOEWENSTEIN (Verfassungslehre, 1959, p. 48).

vontade sobre o outro. Contudo, “a divisão de poder não esgota a essência do controle de poder”,⁵³³ pois existem técnicas de controle de poder que se aplicam a critério de um poder e independentemente da vontade do outro poder, que impedem que um poder exerça seus atos ou coloque em jogo a existência do governo ou parlamento.⁵³⁴ São exemplos destas técnicas “a censura do parlamento contra o gabinete do governo; o direito do governo de dissolver o parlamento; o direito do eleitorado a rejeitar uma lei aprovada pelo parlamento e pelo governo por plebiscito; o veto do Presidente dos EUA sobre as leis aprovadas pelo Congresso; o direito à revisão judicial da constitucionalidade das leis do Congresso ou Parlamento”.⁵³⁵

Importa ressaltar que “o ponto central da função de controle político é reconhecimento e a implementação da responsabilidade política”, que é “uma invenção do constitucionalismo moderno”.⁵³⁶

É certo que “a responsabilidade dos eleitos foi, naturalmente, um dispositivo bastante comum do constitucionalismo da antiguidade, tais como, a prestação de contas dos funcionários atenienses perante uma autoridade judicial, as diversas formas que foram elaboradas em Roma para responsabilização dos oficiais republicanos pelo exercício das suas funções oficiais, ou a responsabilidade permanente e imprescritível de todos os funcionários na sempre surpreendente organização do Estado da República oligárquica de Veneza”.⁵³⁷ E “mesmo em um ambiente autocrático, a responsabilidade pessoal dos funcionários subordinados contra o titular exclusivo do poder continua a ser um requisito indispensável de monopólio do poder”.⁵³⁸ Contudo, a responsabilidade como um mecanismo constitucional de controle é uma invenção inglesa,⁵³⁹ como será demonstrado na seção 8.5.1.

Por fim, Loewenstein arremata: “o constitucionalismo não é apenas um governo de base constitucional, mas isso significa que o governo responsável”,⁵⁴⁰ entendido este governo responsável como aquele em que o exercício do poder político é dividido entre vários detentores de poder mutuamente controlados.⁵⁴¹

⁵³³ LOEWENSTEIN (Verfassungslehre, 1959, p. 48).

⁵³⁴ LOEWENSTEIN (Verfassungslehre, 1959, p. 48).

⁵³⁵ LOEWENSTEIN (Verfassungslehre, 1959, p. 48).

⁵³⁶ LOEWENSTEIN (Verfassungslehre, 1959, p. 48).

⁵³⁷ LOEWENSTEIN (Verfassungslehre, 1959, p. 48).

⁵³⁸ LOEWENSTEIN (Verfassungslehre, 1959, p. 48).

⁵³⁹ LOEWENSTEIN (Verfassungslehre, 1959, p. 48).

⁵⁴⁰ LOEWENSTEIN (Verfassungslehre, 1959, p. 48).

⁵⁴¹ LOEWENSTEIN (Verfassungslehre, 1959, p. 49).

3.3.2 Ackerman: legitimidade dos tribunais para aperfeiçoamento da separação dos poderes e instância de integridade

Ackerman aponta como desafio para o próximo século tanto na Europa quanto nos Estados Unidos a elaboração de “uma nova teoria da separação dos poderes para o estado burocrático”.⁵⁴²

Ackerman explica que não pode, numa circunstância de administração burocrática, com milhões de servidores públicos, o chefe do executivo ter ascendência técnica sobre todos eles, daí porque elogia a jurisprudência dos tribunais administrativos francês e alemão. Além disso, o governo decorrente da separação dos poderes é marcado por crises desnecessárias de governabilidade, e o exercício da “autoridade plena” privilegia “a imagem em detrimento da substância”, “o legalismo de longo prazo em detrimento da eficácia de médio alcance”.⁵⁴³

Para Bruce Ackerman, “a fraqueza do modelo ítalo-francês não é devida à separação dos poderes, mas ao sistema da representação proporcional pela qual os membros do parlamento são selecionados”.⁵⁴⁴

A separação dos poderes não pode mais ser vista apenas como relação entre presidente e parlamento, mas também “a posição constitucional de tribunais e das agências administrativas”.⁵⁴⁵

A partir do reconhecimento de três ideais de legitimidade da separação dos poderes (“separação de poder em nome de quê?”), quais sejam, a democracia (pois a separação impossibilita o “projeto populista de autogoverno”), a competência profissional (pois as leis democráticas necessitam dos tribunais e da burocracia para implementá-las, passando do plano puramente simbólico para a realidade) e a proteção e a ampliação dos direitos fundamentais,⁵⁴⁶ Ackerman defende, com intuito de evitar os abusos cometidos pelos poderes públicos, a criação de uma instância específica para frear e equilibrar as tendências de corrupção, de desmandos e de ineficiência da separação dos poderes, o que deveria ser uma prioridade para os constituintes atuais.⁵⁴⁷ Denominou de instância de integridade. Deve possuir poderes de fiscalização e ser composta por membros com remuneração alta e irredutível. Propõe também que esta

⁵⁴² Bruce ACKERMAN (A nova separação dos poderes, 2009, p. 71).

⁵⁴³ Bruce ACKERMAN (A nova separação dos poderes, 2009, p. 37).

⁵⁴⁴ Bruce ACKERMAN (A nova separação dos poderes, 2009, p. 24).

⁵⁴⁵ Bruce ACKERMAN (A nova separação dos poderes, 2009, p. 6).

⁵⁴⁶ Bruce ACKERMAN (A nova separação dos poderes, 2009, p. 7).

⁵⁴⁷ Bruce ACKERMAN (A nova separação dos poderes, 2009, p. 72).

instituição também seja submetida a controles.⁵⁴⁸ Cita, como exemplos já constatados na prática político-constitucional, os comitês permanente de fiscalização das contas públicas, no âmbito do Parlamento inglês, e a Comissão de Auditoria britânica, no âmbito do executivo. No Brasil, tanto o Tribunal de Contas da União quanto os tribunais de contas estaduais, ao contrário do que ocorre em Portugal, não exercem jurisdição, mas sim função administrativa, voltada ao controle dos gastos públicos, como órgão auxiliar do poder legislativo, enquadrando-se, assim, no conceito de instância de integridade de Ackerman, que, em última análise, visa a valorizar a responsabilidade financeira dos governantes, o que será abordado na seção 8.8.

A separação dos poderes está diretamente relacionada com a distinção das funções estatais, daí porque tal temática será analisada no capítulo 4, deixando para o capítulo 5 o princípio representativo.

⁵⁴⁸ Bruce ACKERMAN (A nova separação dos poderes, 2009, p. 73).

4 RESPONSABILIDADE, FUNÇÕES DO ESTADO, POLÍTICA E ADMINISTRAÇÃO

Neste capítulo, pretende-se demonstrar que a responsabilidade também é um elemento comum da teoria das funções do Estado, que, como visto, está diretamente associada com o princípio da separação dos poderes.

Examina-se também a interação entre a função administrativa e a função política, em especial os respectivos reflexos na responsabilidade dos governantes e de sua equipe (agentes públicos diretamente subordinados ao governante).

Inicia-se abordando o surgimento da função política como categoria autônoma, as razões desta ocorrência e suas origens teóricas (desde as mais remotas), verificando o seu conteúdo material e a distinção com as demais funções estatais. Imprescindível, na distinção entre função política e função administrativa, examinar as teorias dos atos políticos, desde os primórdios da corrente do móbil político na jurisprudência francesa, até as mais recentes teorias acerca da inexistência deste tipo de ato, como materialmente distinto dos demais.

Um problema que surge desta interação é justamente a politização da burocracia, que também tem implicações sobre os esquemas de responsabilização direta dos subordinados.

4.1 Funções do Estado

A separação dos poderes, em sua essência, pressupõe “a possibilidade lógica e prática de uma distinção material ou «divisão» substantiva das «funções», actividades, capacidades ou fins do Estado”.⁵⁴⁹ Como decorrência deste pressuposto, a cada poder corresponde uma função exclusiva e própria.⁵⁵⁰

⁵⁴⁹ Afonso QUEIRÓ (Poderes do Estado, 1995, p. 354).

⁵⁵⁰ Afonso QUEIRÓ (Poderes do Estado, 1995, p. 355) arrola KELSEN como integrante desta corrente doutrinária que advoga a impossibilidade de caracterizar cada poder do Estado a partir da natureza das funções exercidas. De fato, segundo KELSEN, as funções do Estado são as de criação (poder legislativo) e execução do Direito (poder executivo e poder judiciário), tais quais as “funções essenciais do Direito”, apontando que, entre o poder executivo e o poder judiciário, “a diferença é, simplesmente, que, num caso, a execução das normas gerais é confiada aos tribunais e, no outro, aos chamados órgãos ‘executivos’ ou administrativos” (KELSEN, Teoria geral do direito e do Estado, 2000, pp. 365-366). E mesmo a diferenciação entre criação e aplicação não se sustenta para KELSEN, pois “a aplicação do Direito é, simultaneamente, produção do Direito” (KELSEN, Teoria pura do direito, 1999, p. 164).

Contudo, nos sistemas constitucionais dos séculos XIX e XX, foram constatados muitos desvios a essa divisão pura dos poderes, chegando a se teorizar acerca da impossibilidade de os poderes serem distinguidos pela natureza das funções desempenhadas.⁵⁵¹

O problema das funções do Estado, notadamente a definição das funções de modo a abranger todas as funções desempenhadas pelo Estado para alcançar seus fins, desde Aristóteles e Montesquieu, teve seus contornos associados à questão da melhor organização do poder do Estado; e, somente, a partir de Jellinek, no entender de Marcello Caetano, “o problema das funções do Estado ganhou autonomia e relevo científicos”.⁵⁵²

4.1.1 Jellinek: três funções e as atividades extraordinárias do Estado

Segundo Jellinek,⁵⁵³ o Estado visa ao cumprimento de dois fins: o *fim jurídico*, consistente no estabelecimento e tutela do Direito; e o outro consistente em “afirmar a força do Estado e favorecer a civilização”. Este segundo fim pode ser sintetizado, nas palavras de Caetano,⁵⁵⁴ como *fim cultural*. E para alcançar este intento, conforme preconiza Jellinek,⁵⁵⁵ o Estado dispõe de dois meios de atuação: 1) estabelecendo normas jurídicas, abstratas; 2) atuando de maneira concreta para alcançar objetivos individualizados.

As funções do Estado resultam da combinação destas das duas funções estatais com os dois meios de atuação: a) *função legislativa* diz respeito à imposição de regras abstratas para realização tanto do *fim jurídico* quanto do *fim cultural*, por meio de atos legislativos; b) *função jurisdicional* consiste na definição de direitos incertos e

⁵⁵¹ Afonso QUEIRÓ (Poderes do Estado, 1995, p. 355) arrola KELSEN como integrante desta corrente doutrinária que advoga a impossibilidade de caracterizar cada poder do Estado a partir da natureza das funções exercidas. De fato, segundo KELSEN, as funções do Estado são as de criação (poder legislativo) e execução do Direito (poder executivo e poder judiciário), tais quais as “funções essenciais do Direito”, apontando que, entre o poder executivo e o poder judiciário, “a diferença é, simplesmente, que, num caso, a execução das normas gerais é confiada aos tribunais e, no outro, aos chamados órgãos ‘executivos’ ou administrativos” (KELSEN, Teoria geral do direito e do Estado, 2000, pp. 365-366). E mesmo a diferenciação entre criação e aplicação não se sustenta para KELSEN, pois “a aplicação do Direito é, simultaneamente, produção do Direito” (KELSEN, Teoria pura do direito, 1999, p. 164).

⁵⁵² Marcello CAETANO (Manual de Ciência Política ...Vol. I, 2012, p. 149). Destaca também o referido autor que, embora desde Aristóteles e Montesquieu tenha havido referência às funções do Estado, isso ocorria exclusivamente no âmbito do “estudo político da melhor forma de organização do poder supremo no Estado”.

⁵⁵³ JELLINEK (L'État moderne et son droit. Tome II, 1911, p. 317).

⁵⁵⁴ Marcello CAETANO (Manual de Ciência Política ...Vol. I, 2012, p. 150).

⁵⁵⁵ JELLINEK (L'État moderne et son droit. Tome II, 1911, pp. 318-322).

resolução de conflitos em procedimento com regras rígidas para se atingir o *fim jurídico* do Estado, por meio de decisões judiciais; c) *função administrativa* corresponde à realização de objetivos concretos para alcançar o *fim cultural*, por meio de atos administrativos.

Jellinek⁵⁵⁶ teve o mérito de perceber que estas três funções não exauriam todas as atividades desempenhadas pelo Estado, especialmente algumas atividades desempenhadas pelo governo (*Regierung*), como os atos de guerra. Por isso, Jellinek criou a categoria das *atividades extraordinárias* do Estado, as quais não estão submetidas a nenhuma regra jurídica. Contudo, Jellinek não avançou em sua classificação das funções a ponto de adotar um critério que integrasse estas atividades não abrangidas com as três funções já consagradas.⁵⁵⁷

Cabe antecipar que Jellinek⁵⁵⁸ compreendia o governo como um corpo ou órgão administrativo superior, é dizer, não deixava de ser administrativo, mas que consistia em uma esfera política no âmbito da administração, onde havia manifestação mais intensa de um poder discricionário.

4.1.2 O critério material de Duguit

Em vez de partir dos fins do Estado, como fez Jellinek, Duguit tomou como referencial seu conceito de ato jurídico,⁵⁵⁹ o qual pode se revestir das seguintes formas: a) *ato-regra*, de “caráter objetivo”, “geral e abstrato”, que é “feito com intenção de produzir modificação nas regras (...) do direito objetivo”, tais como regulamentos, cláusulas regulamentares do ato de concessão, estatuto de uma associação;⁵⁶⁰ b) *ato-condição*, que permite aplicação de um conjunto de regras abstratas (caráter objetivo) a um indivíduo (caráter subjetivo), que antes não lhe eram aplicáveis;⁵⁶¹ c) *ato subjetivo*, de caráter “puramente subjetivo”, o qual estabelece “uma obrigação especial, concreta,

⁵⁵⁶ JELLINEK (L'État moderne et son droit. Tome II, 1911, p. 328). O autor constatou a existência de uma margem dentro da atividade estatal governamental que não se submete às prescrições legais: “*Un État dont le Gouvernement (Regierung) n'agirait que d'après les prescriptions légales, serait politiquement impossible. Ce n'est pas une règle de droit qui peut jamais décider de la direction de l'activité imprimée à l'État par le gouvernement*”.

⁵⁵⁷ Marcello CAETANO (Manual de Ciência Política ... Vol. I, 2012, p. 154).

⁵⁵⁸ JELLINEK (L'État moderne et son droit. Tome II, 1911, pp. 321, 328 e 330).

⁵⁵⁹ DUGUIT (Traité de droit constitutionnel - Tome I, 1921, p. 219).

⁵⁶⁰ DUGUIT (Traité de droit constitutionnel - Tome I, 1921, p. 221).

⁵⁶¹ DUGUIT (Traité de droit constitutionnel - Tome I, 1921, p. 222). O autor cita como exemplos de ato-condição a nomeação de funcionário público, reconhecimento de um evento natural, o casamento, a naturalização. No caso de nomeação, todas as regras que disciplinam direitos e deveres dos funcionários passam a ser aplicáveis ao nomeado.

individual e momentânea”, que não era imposta por nenhuma regra abstrata, de que é exemplo o contrato.⁵⁶²

Aduz Duguit que, para distinguir do ponto de vista jurídico as diversas funções do Estado, é necessário adotar um critério exclusivamente material, que significa considerar a natureza interna do ato, abstraindo completamente o órgão ou o agente público que realiza o ato, situação esta que corresponderia a um critério formal.⁵⁶³

Duguit sustenta que resulta de critério econômico a classificação das funções conforme as atividades que cada uma realiza. Para classificar as funções de acordo com critério jurídico, deve-se partir do caráter interno dos atos praticados.⁵⁶⁴ E para tanto, “é apenas a partir das modificações ocorridas, após a prática do ato, no ordenamento jurídico, seja no âmbito do direito objetivo, seja nas situações jurídicas subjetivas, que devem ser distinguidas as categorias diferentes de funções jurídicas do Estado”.⁵⁶⁵

Nesta linha de entendimento, Duguit afirma que “as funções jurídicas do Estado podem ser classificadas, do ponto de vista material, em três categorias, consistentes na realização dos atos-regra, dos atos-condição e dos atos subjetivos”.⁵⁶⁶ Não obstante esta afirmativa, que, a princípio, levaria a concluir que cada função teria por específico um dos três atos jurídicos, Duguit atribui à função administrativa dois atos jurídicos. Para o mencionado doutrinador, enquanto a *função legislativa* consiste na prática dos *atos-regra*, a *função administrativa* consiste na prática dos *atos-condição* e dos *atos subjetivos*.

Forçoso concluir que a classificação de Duguit, baseada nas espécies de atos jurídicos, esgotou-se na diferenciação entre função administrativa e função legislativa. E embora reconheça uma terceira função estatal, qual seja, a *função jurisdicional*, consistente na resolução pelo Estado de uma questão de direito que lhe é submetida, Duguit não conseguiu defini-la com base em sua classificação de atos jurídicos.⁵⁶⁷ Assim, Duguit considerou uma nova categoria de atos, *atos jurisdicionais*,⁵⁶⁸ sendo que

⁵⁶² DUGUIT (Traité de droit constitutionnel - Tome I, 1921, p. 222).

⁵⁶³ DUGUIT (Traité de droit constitutionnel - Tome II, 1923, p. 136).

⁵⁶⁴ DUGUIT (Traité de droit constitutionnel - Tome II, 1923, p. 135).

⁵⁶⁵ DUGUIT (Traité de droit constitutionnel - Tome II, 1923, p. 135).

⁵⁶⁶ DUGUIT (Traité de droit constitutionnel - Tome II, 1923, p. 134).

⁵⁶⁷ DUGUIT (Traité de droit constitutionnel - Tome II, 1923, p. 137). Ele lembra que à época uma boa parte da doutrina francesa dividia as funções em apenas duas funções (função legislativa e função executivo, esta última abrangendo a função administrativa e a função jurisdicional), ao passo que outra parte relacionava três funções, ao considerar a função jurisdicional distinta materialmente da função administrativa.

⁵⁶⁸ DUGUIT (Traité de droit constitutionnel - Tome II, 1923, p. 138). Adiciona o referido autor que os atos jurisdicionais não são atos judiciais, estes são praticados pelos órgãos judiciais; que os órgãos

estes poderiam constituir tanto um *ato-condição* quanto um *ato-subjetivo*.⁵⁶⁹

Como ambas se concretizam pela prática das mesmas duas espécies de atos jurídicos, percebe-se que a função administrativa e a função jurisdicional convergem. Esta posição de Duguit se aproxima da corrente doutrinária majoritária francesa da época, a qual englobava a função jurisdicional e a função administrativa numa função macro, a função executiva. Contudo, o autor expressamente rejeitava a especificidade material da função executiva, a qual, para ele, resulta de aplicação de critério formal, relacionado com o órgão que incorpora o poder executivo.⁵⁷⁰

A classificação segundo os atos jurídicos não foi frutífera também em outro aspecto. Duguit esclarece que seria uma definição muito estreita das funções estatais se se entender que a função jurídica do Estado somente se manifesta quanto se realiza um ato jurídico, assim entendido pelo critério material da natureza do ato.⁵⁷¹ Daí porque Duguit teve que incluir na função administrativa os “atos puramente materiais”, sem caráter jurídico, realizados pelos agentes públicos “para assegurar o funcionamento de um serviço público”.⁵⁷²

Cumprido anotar que Duguit, ao levar em conta os tipos de atos e os resultados dos atos, adota um critério material para definição das funções estatais, contudo, sua teoria “conduz mais a uma determinação das funções dos diversos órgãos, do que às do Estado, pela análise que leva a fazer da natureza dos actos que cada órgão pratica”.⁵⁷³

4.1.3 Kelsen: a função de observância do Direito

Rejeitando a dualidade de Direito e Estado, onde Direito é o sistema de normas e o Estado é a realidade social subjacente, Kelsen aponta que o Estado “não é algo separado de sua ordem jurídica”, é ele próprio “um sistema de normas”, é a “personificação da ordem jurídica nacional”.⁵⁷⁴

Como corolário desta identidade, as funções do Estado são, para Kelsen, apenas

judiciais praticam outros atos além dos atos jurisdicionais; e ainda que os atos jurisdicionais são também praticados por órgãos não judiciais. Daí porque sustenta que o correto é função jurisdicional, e não função judicial.

⁵⁶⁹ Marcello CAETANO (Manual de Ciência Política ...Vol. I, 2012, p. 155).

⁵⁷⁰ DUGUIT (Traité de droit constitutionnel - Tome II, 1923, p. 138).

⁵⁷¹ DUGUIT (Traité de droit constitutionnel - Tome II, 1923, p. 134).

⁵⁷² DUGUIT (Traité de droit constitutionnel - Tome II, 1923, p. 137).

⁵⁷³ Marcello CAETANO (Manual de Ciência Política ...Vol. I, 2012, p. 155).

⁵⁷⁴ Hans KELSEN (Teoria geral do direito e do Estado, 2000, pp. 261-263).

as funções de criação e de aplicação do direito.⁵⁷⁵

Em obra posterior (Teoria pura do direito), Kelsen admitiu uma terceira função, qual seja, a obediência ao Direito (ou observância do Direito).⁵⁷⁶ Kelsen parte da constatação de que a eficácia da norma jurídica compreende não apenas a aplicação da sanção em caso de descumprimento da norma, mas também a observância da norma pelos indivíduos,⁵⁷⁷ o que quer dizer que a “essência do Direito” não é “obter à força” a conduta conforme a norma prescrita pela ordem jurídica, a conduta também é obtida pela “efetivação do ato coativo”.⁵⁷⁸ A motivação para a realização da obediência ao Direito, consistente no desejo de evitar a sanção, é uma função possível, mas não uma função necessária do Direito, não se podendo examinar com precisão se o motivo para o cumprimento se deu pela coação da norma jurídica ou por outras “ideias religiosas ou morais”, tratando-se de uma coação psíquica, não exclusiva do Direito.⁵⁷⁹

As atividades de observância do Direito, “quando desempenhadas por indivíduos qualificados como funcionários estaduais”, por meio de “funções de diversa espécie que formam o conteúdo dos deveres de cargo impostos a estes indivíduos”, “dentro da função estadual designada como administração do Estado”, são atribuídas ao Estado e correspondem à função estatal de obediência ao Direito.⁵⁸⁰ Em outras palavras, a função estatal de obediência ao Direito é “constituída por actividades imputáveis ao Estado por serem desenvolvidas por funcionários como tais qualificados e habilitados por lei”.⁵⁸¹

Com a conceituação desta função estatal (obediência do Direito), Kelsen resolveu um problema que se impunha, que era o enquadramento de algumas operações materiais e atividades de caráter técnico, realizadas pelo Estado, mas que não se encaixavam nas suas duas primeiras funções.⁵⁸²

Conclui Kelsen que as funções de criação e aplicação do Direito são funções jurídicas em sentido estrito, ao passo que a função de obediência ao Direito, ao lado das

⁵⁷⁵ Hans KELSEN (Teoria geral do direito e do Estado, 2000, p. 366).

⁵⁷⁶ Marcello CAETANO (Manual de Ciência Política ...Vol. I, 2012, p. 153).

⁵⁷⁷ Hans KELSEN (Teoria pura do direito, 1999, p. 8).

⁵⁷⁸ Hans KELSEN (Teoria pura do direito, 1999, p. 24).

⁵⁷⁹ Hans KELSEN (Teoria pura do direito, 1999, p. 24).

⁵⁸⁰ Hans KELSEN (Teoria pura do direito, 1999, p. 110). Mais a adiante, KELSEN analisa a função de obediência do Direito sob o ângulo institucional, onde se encaixam atividades não jurídicas (em sentido estrito) necessárias para a realização do fim da corporação: “Aqui importa notar que os órgãos da corporação podem, segundo o estatuto, não só realizar funções jurídicas - como sejam a modificação dos estatutos, a propositura de ações, a interposição de reclamações, a celebração de negócios jurídicos - mas também outras funções - correspondentes ao eventual fim da corporação” (p. 124).

⁵⁸¹ Marcello CAETANO (Manual de Ciência Política ...Vol. I, 2012, p. 156).

⁵⁸² Marcello CAETANO (Manual de Ciência Política ...Vol. I, 2012, p. 156).

duas anteriores, compõe a função jurídica em sentido amplo.⁵⁸³

4.1.4 Caetano: função política enquanto função não jurídica

Em Portugal, Marcello Caetano desenvolveu o que intitulou de *teoria integral das funções do Estado*, partindo da premissa de que, para além das atividades com conteúdo jurídico, o Estado também sempre desempenhou atividades sem conteúdo jurídico, embora “exteriormente reguladas pelas leis”.⁵⁸⁴

É certo que todas as atividades do Estado podem “constituir objecto do Direito”, é dizer que “o Estado cerca todas as suas actividades de uma rede de regulamentação jurídica”, contudo, há atividades “que se processam através de actos materiais, embora exercidas nos termos da lei e podendo vir a influir na esfera do Direito”, mas que não têm conteúdo jurídico em si.⁵⁸⁵

Nesta esteira, as funções estatais podem ser jurídicas (função legislativa, função administrativa, aqui incluída a função jurisdicional) e não-jurídicas (função técnica e função política).

A função técnica, segundo Marcello Caetano, é a “actividade dos agentes do Estado cujo objecto directo e imediato consiste na produção de bens ou na prestação de serviços destinados à satisfação de necessidades colectivas de carácter material ou cultural, de harmonia com preceitos práticos tendentes a obter a máxima eficiência dos meios empregados”.⁵⁸⁶ Assim conceituada, a função técnica corresponde basicamente aos “atos puramente materiais” de Duguit e às atividades de obediência ao Direito exercidas por servidores e instituições públicas, tal qual descrita por Kelsen. A outra função estatal não-jurídica corresponde à função política, que será desbravada na seção seguinte (4.2).

Ainda segundo Marcello Caetano, as relações entre as funções estatais são marcadas pela “complementaridade e interdependência”.⁵⁸⁷ São complementares porque uma função estatal pressupõe ou é pressuposto do exercício de outra função, como ocorre na execução, que depende da legislação. São interdependentes, porque elas sofrem influências recíprocas, não em termos absolutos, mas sendo possível verificar

⁵⁸³ Hans KELSEN (Teoria pura do direito, 1999, p. 165).

⁵⁸⁴ Marcello CAETANO (Manual de Ciência Política ...Vol. I, 2012, p. 157).

⁵⁸⁵ Marcello CAETANO (Manual de Ciência Política ...Vol. I, 2012, p. 157).

⁵⁸⁶ Marcello CAETANO (Manual de Ciência Política ...Vol. I, 2012, p. 174).

⁵⁸⁷ Marcello CAETANO (Manual de Ciência Política ...Vol. I, 2012, p. 174).

que elas não estão no mesmo plano: “a função política, antes de mais, e a função legislativa são funções dominantes. A função executiva, sobretudo, mas também a função técnica serão funções dependentes”.⁵⁸⁸

4.2 Função política

4.2.1 Origem, evolução e concepção

A autonomia da função política surgiu a partir de dois movimentos de diferenciação ocorridos dentro das funções estatais já consagradas.⁵⁸⁹

O primeiro partiu de dentro da função legislativa, quando se passou a verificar que havia vários atos e fases prévias à feitura da legislação, onde se estabeleciam as metas e objetivos políticos a serem perseguidos pela legislação.⁵⁹⁰ É certo também que, no moderno Estado de Direito, a própria lei deixa “de ser apenas regra de Direito para passar a instrumento político por excelência”,⁵⁹¹ de forma que é forçoso reconhecer que há, “no âmbito da actividade legislativa, indiscutivelmente, uma relevância jurídica autônoma do *indirizzo* político, enquanto expressão de uma função política”.⁵⁹²

O segundo surgiu dentro da função administrativa, onde se começa a perceber que o executivo também praticava certos atos que não se enquadravam como mera execução das leis, representando eles próprios instrumentos de realização de objetivos políticos, mas que também não podiam ser considerados atos praticados no exercício da função legislativa.⁵⁹³ Disso decorre a distinção entre “esfera de governo” e “esfera da administração”, sendo que “a primeira se caracteriza por uma ampla margem de liberdade e mobilidade na escolha dos seus pressupostos de decisão”, ao passo que “a segunda caracteriza-se como uma actividade submetida de pleno à execução das medidas e objectivos determinados pelas instâncias políticas”.⁵⁹⁴ Nesse particular, tem-

⁵⁸⁸ Marcello CAETANO (Manual de Ciência Política ...Vol. I, 2012, p. 175).

⁵⁸⁹ Otto MAYER (Le droit administratif allemand - Tome I, 1903, p. 2) tem uma visão diferente, entende ele que a utilização da palavra Governo antecede à de Administração, sendo que esta surgiu “não para substituir a palavra Governo, mas para designar um novo braço de atividade que, destacando-se do governo, é colocado ao lado da justiça, como seu oposto”. Isso de fato ocorreu na Alemanha, onde desde o período monarquista, incluindo o período da Monarquia Constitucional, até o período republicano atual, a tomada de decisão política nunca passou para a chefia do poder executivo.

⁵⁹⁰ Marcello CAETANO (Manual de Ciência Política ...Vol. I, 2012, p. 175).

⁵⁹¹ Nuno PIÇARRA (A separação dos poderes como doutrina ..., 1989, p. 254).

⁵⁹² Paulo OTERO (Legalidade e Administração Pública, 2003, p. 789).

⁵⁹³ Marcello CAETANO (Manual de Ciência Política ...Vol. I, 2012, p. 175).

⁵⁹⁴ Cristina QUEIROZ (Os actos políticos no estado de direito, 1990, p. 73).

se constatado que uma boa parte da própria legislação, na atualidade, embora tenha conteúdo geral e inovador, está “vinculada a situações concretas às quais reagiria e não valeria senão enquanto meio para alcançar certos e determinados objectivos de carácter político ou administrativo”, deixando de ser regra ou critério de atuação para ser “uma forma imediata de acção do Estado”.⁵⁹⁵

A decadência do Estado legislativo parlamentar no período entre as duas Guerras Mundiais⁵⁹⁶ provoca o deslocamento do núcleo da tomada de decisão política do Parlamento para a instância executiva, como uma instância de governo.⁵⁹⁷ Carl Schmitt inclusive defende o Estado governamental (*Regierungsstaat*), onde a função de governo assume relevo destacado na repartição de poderes, como solução para superar a “neutralidade apolítica” do “Estado legislativo parlamentar”.⁵⁹⁸

Em grande medida, a decadência do Estado legislativo parlamentar se deu pela transformação da sociedade civil ocorrida nesta época. A sociedade liberal pressupunha uma homogeneidade de interesses, que deixou de existir a partir da erupção dos grupos organizados de pessoas e de interesses, que se colocavam entre o indivíduo e o Estado, que foi sendo potencializado com o alargamento gradativo do direito ao sufrágio, chegando cada vez mais perto da totalidade das pessoas em idade adulta. Em vez de atomística-liberal, a sociedade passou a ser organizada e estruturada em grupos de interesse e de partidos. Há, com isso, uma repolitização da sociedade civil, marcada profundamente pelo pluralismo.

Estas mudanças também contribuíram, na Alemanha weimariana, para o deslocamento da “regra da política” para o núcleo do debate de renovação metodológica do Direito como ciência, no período pós Primeira Guerra Mundial, como demonstram as contribuições teóricas de Heinrich Triepel, Carl Schmitt, Hermann Heller e Rudolf

⁵⁹⁵ Marcello CAETANO (Manual de Ciência Política ...Vol. I, 2012, p. 176). Esse tipo de legislação tem sido referido de lei-medida ou lei-providência, pela doutrina alemã, desde o trabalho seminal de FORSTHOF, em 1956, intitulado *Über Massnahmegesetze*.

⁵⁹⁶ Como reação para evitar a decadência do Estado legislativo parlamentar, foram estabelecidos procedimentos de racionalização do parlamento, como a divisão de trabalho interno, bem como foi normatizada a relação de confiança entre o parlamento e o executivo governamental. Importa anotar também que, desde a Alemanha Monarquista, passando pela Monarquia Constitucional, até a República Federativa atual, o centro das tomadas de decisões políticas nunca passou para o chefe do executivo, como ocorre nos sistemas presidencialistas, assim, a rigor, a função de governo, neste país, não se desmembrou da função administrativa. Daí porque Otto MAYER (Le droit administratif allemand - Tome I, 1903, p. 2) entende que a palavra Governo antecedeu à Administração.

⁵⁹⁷ Cristina QUEIROZ (Os actos políticos no estado de direito, 1990, p. 77).

⁵⁹⁸ Carl SCHMITT (Legalidade e legitimidade, 2007). Nesse sentido, Cristina QUEIROZ (Os actos políticos no estado de direito, 1990, p. 75).

Smend.⁵⁹⁹

O pluralismo que surge com a repolitização da sociedade civil até hoje ainda não está inteiramente equacionado. Sofreu os maiores ataques com os Estados totalitários surgidos após a Primeira Guerra Mundial, que não aceitavam o pluralismo como regra de convivência comunitária. As experiências negativas do Estado nacional-socialista na Alemanha e do Estado fascista na Itália, especialmente com a centralidade da tomada de *todas* as decisões políticas (em vez de serem apenas as diretrizes políticas), “forçaram em definitivo a ciência do direito constitucional a debruçar-se sobre a possibilidade da existência de uma quarta função ou actividade público-estadual”.⁶⁰⁰

A constatação de uma quarta função impôs um rearranjo da doutrina da separação dos poderes, que, como já afirmado, pressupunha uma função para cada poder, funções materialmente distintas entre si. Simultaneamente ao movimento de afirmação teórica de uma quarta função, dentro da teoria da separação dos poderes, esta última que objetivou desde sempre limitar o poder do soberano ou governante, ocorre, em movimento oposto à limitação do poder, o desenvolvimento de teoria segundo a qual os atos relacionados à função política ou de governo estariam imunes ao controle judicial.

Resquícios teóricos (origem remota) de uma quarta função estatal (a função política) podem ser encontrados no conceito de prerrogativa de Locke.⁶⁰¹ Por outro lado, Afonso Queiró⁶⁰² identifica a gênese da função política ou de governo na ideia de poder moderador (“*puissance réglante*”) de Montesquieu. De fato, Montesquieu defende a necessidade de um moderador entre as relações dos poderes legislativo e executivo (o judiciário já é neutro por natureza, conforme sua doutrina), que, segundo ele, pode muito bem ser a câmara dos nobres, espécie de segunda câmara do poder legislativo.⁶⁰³ A noção de função política também está presente na concepção de “poder neutro” ou “poder real” de Benjamin Constant,⁶⁰⁴ ao retomar o poder de prerrogativa de Locke.

A primeira norma jurídica que veiculou este conceito foi a Constituição de

⁵⁹⁹ Cristina QUEIROZ (Os actos políticos no estado de direito, 1990, p. 14).

⁶⁰⁰ Cristina QUEIROZ (Os actos políticos no estado de direito, 1990, p. 74). Importa anotar que o Estado Totalitário sucedeu o Estado legislativo parlamentar e não o contrário.

⁶⁰¹ Cristina QUEIROZ (Os actos políticos no estado de direito, 1990, p. 70).

⁶⁰² Afonso QUEIRÓ (Poderes do Estado, 1995, p. 356).

⁶⁰³ MONTESQUIEU (O espírito das leis, 1996, p. 172).

⁶⁰⁴ A ideia de poder moderador de Benjamin CONSTANT foi adotada na Constituição do Império brasileiro de 1824, que, segundo Paulo BONAVIDES (Ciência Política, 2011, p. 156), foi o primeiro país no mundo a fazer “aplicação constitucional do novo sistema preconizado por Benjamin Constant”. Da mesma forma a CRP/1826, no artigo 71: “O Poder Moderador é a chave de toda a organização política e compete privativamente ao Rei (...)”. No sentido do texto, anota também Cristina QUEIROZ (Os actos políticos no estado de direito, 1990, p. 70).

Weimar,⁶⁰⁵ onde, em seu artigo 56, dispôs que “*der Reichskanzler bestimmt die Richtlinien der Politik und trägt dafür gegenüber dem Reichstag die Verantwortung*” (o Chanceler determina as diretrizes da política e fica responsável perante o Reichstag). Na sequência, surgiram outras denominações na doutrina para a função política, como “*Richtungsgebend*”,⁶⁰⁶ “*politisches Führtum*”⁶⁰⁷ e “*indirizzo político*”.⁶⁰⁸

A função política não está atribuída exclusivamente a um poder específico. As concepções variam de acordo com cada ordenamento constitucional, especialmente em razão da “forma de governo”, que distribui a função política pelos três poderes (legislativo, executivo e judicial).⁶⁰⁹

Função política tem um conteúdo próprio, não se identificando com “qualquer definição da Política em geral, como conceito filosófico-jurídico”,⁶¹⁰ que corresponde à “arte do governar”, compreendendo todos os atos públicos destinados à realização do bem comum.⁶¹¹ Nesse sentido geral, enquadram-se todas as atividades do Estado. O sentido específico da função política é de *direção política*, uma direção geral e ampla, onde se fazem as grandes opções políticas acerca dos objetivos e metas a serem alcançados pelo Estado, além de uma macrocoordenação das instituições políticas com vistas a estes mesmos fins. A expressão *função de governo* ou *função governamental* tem o demérito de confundir com todas funções exercidas pelo governo, excluindo funções exercidas por outros poderes.

4.2.2 Conteúdo material da função política e distinção com as demais funções

Não foi difícil constatar a existência da função política. Isso porque nem toda ação do Estado pode se confinar a legislar, julgar ou administrar.⁶¹² A própria Constituição é elaborada por meio de atos sem qualquer fundamento em direito positivo (a não ser no

⁶⁰⁵ Nesse sentido, Cristina QUEIROZ (Os actos políticos no estado de direito, 1990, p. 75).

⁶⁰⁶ Hans KELSEN (Allgemeine Staatslehre, 1979, pp. 321) *apud* Cristina QUEIROZ (Os actos políticos no estado de direito, 1990, p. 75).

⁶⁰⁷ Carl SCHMITT (Verfassungslehre, pp. 316, 326 ss) *apud* Cristina QUEIROZ (Os actos políticos no estado de direito, 1990, p. 75).

⁶⁰⁸ Vezio CRISAFULLI (Per una teoria giuridica dell'indirizzo político, 1939, pp. 55 ss) *apud* Cristina QUEIROZ (Os actos políticos no estado de direito, 1990, p. 75).

⁶⁰⁹ Afonso QUEIRÓ (Poderes do Estado, 1995, p. 356). Por conta desta diluição da função política entre os três poderes, alguns não reconheciam a quarta função e, por consequência, de um quarto poder, de que é exemplo Otto Mayer, conforme percepção de Afonso QUEIRÓ (Poderes do Estado, 1995, p. 355).

⁶¹⁰ Afonso QUEIRÓ (Teoria dos actos de governo, 1948, p. 33).

⁶¹¹ Marcello CAETANO (Manual de Ciência Política ...Vol. I, 2012, p. 15).

⁶¹² Afonso QUEIRÓ (A função administrativa, 1977, p. 41). Constatação esta que há muito já se fazia, como, por exemplo, Otto MAYER (Le droit administratif allemand - Tome I, 1903, p. 9).

direito natural), que nada mais são que exercício de função política.⁶¹³ Muitas decisões são realizadas previamente à elaboração de leis, como a definição dos programas de ação ou objetivos gerais a serem materializados na legislação, e não se enquadram propriamente na função legislativa. E, como diz Marcello Caetano,⁶¹⁴ “nos momentos críticos, de revolução ou de necessidade pública, é ainda a função política que toma o passo sobre o Direito para impor soluções de emergência, mesmo contrárias às leis vigentes”.

Por outro lado, não é fácil conceituá-la, a função política é “meio misteriosa e dificilmente discernível”.⁶¹⁵ Muitas vezes a distinção com as demais funções estatais não é nítida.

Numa primeira aproximação, pode-se afirmar que a função política caracteriza-se “por uma grande margem de liberdade de conformação”,⁶¹⁶ encontrando apenas os limites impostos pela Constituição. Ela se materializa em atos de “direcção, iniciativa, coordenação, combinação, planificação”.⁶¹⁷ A função política ou de governo é “um complexo de funções legislativas, regulamentares, planificadoras, administrativas e militares, de natureza económica, social, financeira e cultural dirigidas à individualização e graduação dos fins constitucionalmente estabelecidos”.⁶¹⁸ Scheuner, ao definir governo, traz a noção de que seria a parcela do executivo que corresponde a uma decisão criadora, de iniciativa política, cujo objeto é a direcção completa do Estado,⁶¹⁹ ou seja, são atos de direcção política, relacionados à totalidade do Estado.⁶²⁰

A distinção entre função política e função legislativa não é automática. A partir das constatações iniciais de que havia atividades no âmbito da função legislativa que transbordavam a finalidade de regular a conduta humana (lei como regra de direito), possuindo uma finalidade maior de direcção política do Estado como um todo, a doutrina, numa estratégia defensiva, sustentou a incorporação de um teor político na função legislativa, passando ambas a integrar a “função político-legislativa”.⁶²¹ Eis a

⁶¹³ Marcello CAETANO (Manual de Ciência Política ...Vol. I, 2012, p. 171).

⁶¹⁴ Marcello CAETANO (Manual de Ciência Política ...Vol. I, 2012, p. 171).

⁶¹⁵ Afonso QUEIRÓ (A função administrativa, 1977, p. 41). Constatação essa que já fazia Otto MAYER (Le droit administratif allemand - Tome I, 1903, p. 9).

⁶¹⁶ Gomes CANOTILHO (Direito constitucional e teoria da constituição, 2003, p. 648).

⁶¹⁷ Gomes CANOTILHO (Direito constitucional e teoria da constituição, 2003, p. 648).

⁶¹⁸ Gomes CANOTILHO (Direito constitucional e teoria da constituição, 2003, p. 648).

⁶¹⁹ EMBID IRUJO (La justiciabilidad de los actos de gobierno, 1991, p. 2730).

⁶²⁰ Gomes CANOTILHO (Direito constitucional e teoria da constituição, 2003, p. 277).

⁶²¹ Marcelo Rebelo de SOUSA, em suas primeiras obras, sustentou que a função política era incidível da função legislativa, integrando-se na função político-legislativa. Posteriormente, ele reformulou tal pensamento, passando a admitir a autonomização da função política, evolução esta que foi

primeira corrente.

Uma segunda corrente incorporou a própria função legislativa na função política. Nesse contexto, Burdeau classifica as funções pela intensidade do poder que implementa o titular, sendo que para o “poder inicial” não há subordinação a nenhuma regra anterior, e, ao contrário, para o exercício dos poderes em níveis mais baixo da organização política, os atos praticados sempre encontram abrigo em regras anteriores, é uma atividade secundária e subordinada. Assim, há duas funções, “uma, através da qual o poder do Estado se manifesta em toda a sua plenitude, criativo, autônomo e incondicionado, é a função governamental; outra, abrangendo atividades que traduzem um poder derivado, secundário e subordinado, é a função administrativa”.⁶²² Aduz que a função jurisdicional é também subordinada como a função administrativa, mas difere em algumas circunstâncias, que podem justificar a criação dentro da função administrativa, de uma categoria própria à atividade jurisdicional. Já a função governamental “é primeiramente legislar”, pois “governa-se dando ordens, editando regras vinculativas para os governados”.⁶²³ Contudo, “a elaboração da lei não merece ser considerada em função especial. Ela é uma parte da atividade governamental, e a lei é, entre outros, um instrumento de governação”.⁶²⁴

Uma terceira corrente, ao contrário, defendeu a autonomização da função política, criando uma categoria-macro de função política, a qual estaria dividida em função legislativa e função política estrito senso.⁶²⁵

O advento das Constituições nos estados modernos e do constitucionalismo proporcionou o surgimento de teorias que afirmam a necessidade de uma quarta função estatal.

Na Alemanha, prevaleceu a corrente segundo a qual a função de governo ou política corresponde a uma “atividade auxiliar de direito constitucional”.⁶²⁶ Para Otto

relatada pelo próprio Marcelo Rebelo SOUSA (O valor jurídico do acto inconstitucional, 1988, p. 298).

⁶²² Georges BURDEAU (Remarques sur la classification des fonctions étatiques, 1945, p. 218). Esclarece o autor que a dualidade de intensidade do poder (poder inicial e poder derivado) foi inspirada em CARRÉ DE MALBERG (Contribution à la théorie générale de l'État. Vol. I, 1920, pp. 115-117).

⁶²³ Georges BURDEAU (Remarques sur la classification des fonctions étatiques, 1945, p. 222).

⁶²⁴ Georges BURDEAU (Remarques sur la classification des fonctions étatiques, 1945, p. 224).

⁶²⁵ Nesta corrente, enquadra-se Jorge MIRANDA (Manual de direito constitucional. Vol. V, 1997, p. 22), Jorge MIRANDA (Funções, Órgãos e Actos do Estado, 1990, pp. 19-20) e Carlos Blanco de MORAIS (Justiça Constitucional. Vol. 1, 2002, p. 522).

⁶²⁶ Otto MAYER (Le droit administratif allemand - Tome I, 1903, p. 9). Otto MAYER utiliza o termo governo, em vez de função ou atividade política. Ele mesmo referiu-se a LOENING (*Verwaltungsrecht*, p. 2) como o primeiro a adotar a expressão “atividade auxiliar de direito constitucional”.

Mayer,⁶²⁷ a função de governo ou política se destacou das três funções clássicas, reunindo o que cada uma tem em comum, compreendendo, assim, “a alta direção, a impulsão que parte do centro para fazer funcionar os negócios no sentido de uma boa política e interesse geral”. A função política corresponde a “uma gama de decisões e atos de gestão para colocar a Constituição em movimento e para prover o seu funcionamento”,⁶²⁸ dentre as quais estão a convocação da Assembleia Nacional, as eleições, o referendo, as relações diplomáticas e a guerra. Além destas, Otto Mayer ainda inclui as medidas extraordinárias tomadas sob o amparo de um direito de suprema necessidade (*Staatsnotrecht* ou *droit de haute nécessité*) e as “medidas individuais tomadas na forma de uma lei”.⁶²⁹ Otto Mayer,⁶³⁰ ao contrário de Jellinek, autonomizou o governo não como um corpo político dentro da administração, mas como um corpo político “*sui generis*”, que influencia todas as três funções “sem pertencer a nenhuma delas”, traduzindo-se, assim, numa quarta função.

Na França, ao tratar sobre ato político, Ducroq já o compreendia como “a execução direta de uma disposição formal da constituição”.⁶³¹ Posteriormente, Carré de Malberg reergueu esta doutrina, sustentando que tais atos decorrem de permissão da Constituição, ou seja, são habilitados pela Constituição, não pelas leis.⁶³²

Como adverte Canotilho, “não é fácil distinguir «funções de governo» e «funções administrativas»”.⁶³³ A teoria da execução da Constituição, vista linhas acima, contribui sobremaneira para a *distinção entre função administrativa e função política*. Ao contrário da função administrativa, que está vinculada às regras de direito positivamente estabelecidas pela função legislativa, a função política atua também fora da esfera da ordem jurídica, com o escopo de cumprir os fins do Estado, por meio de execução direta e imediata da Constituição, sem interposição de lei, daí porque designá-la de atividade auxiliar de direito constitucional.⁶³⁴ A função administrativa, já assentou Canotilho,⁶³⁵

⁶²⁷ Otto MAYER (Le droit administratif allemand - Tome I, 1903, p. 3). Importa anotar que este autor afirma ainda que o governo fica a cargo do príncipe e seus auxiliares, e que tal atividade não se movimenta no terreno do direito, sai da ordem jurídica.

⁶²⁸ Otto MAYER (Le droit administratif allemand - Tome I, 1903, p. 9).

⁶²⁹ Otto MAYER (Le droit administratif allemand - Tome I, 1903, p. 12).

⁶³⁰ Otto MAYER (Le droit administratif allemand - Tome I, 1903, p. 10).

⁶³¹ DUCROQ (Cours de Droit Administratif, 7. ed., 1897, I, p. 88) *apud* Cristina QUEIROZ (Os actos políticos no estado de direito, 1990, p. 125).

⁶³² CARRÉ DE MALBERG (Contribution à la théorie générale de l'État. Vol. I, 1920, pp. 523-530).

⁶³³ Gomes CANOTILHO (Direito constitucional e teoria da constituição, 2003, p. 649).

⁶³⁴ Otto MAYER (Le droit administratif allemand - Tome I, 1903, p. 10). Otto Mayer, na seqüência do texto, ainda esclarece que a separação da administração do governo ocorreu, simultaneamente, com a implantação nos Estados modernos do princípio do Estado de Direito. Cabe

“consiste na concretização e realização dos interesses públicos da comunidade, quer dando execução a decisões ou deliberações, constantes de actos legislativos, actos de governo e actos de planificação, quer intervindo, conformadora ou ordenadoramente, na prossecução de fins (de interesse público) individualizados na Constituição e nas leis”, incluindo nesta concepção “os actos chamados de alta administração”.

Em Portugal, um dos primeiros a aderir a esta corrente foi Afonso Queiró. Em seu livro *Teoria dos Actos de Governo*, indagou Afonso Queiró basicamente se haveria lugar para uma quarta função ou atividade do Estado, e, em caso positivo, qual o seu conteúdo específico e, caso não tenha, pelo menos quais traços de seu regime podem identificá-lo.⁶³⁶ Embora reconheça o autor que “a actividade legislativa exprime-se, ao contrário da actividade política, em via de princípio, pela emanção de comandos hipotéticos, de comandos condicionais, destinados a terem aplicação concreta no futuro, à medida que tiverem lugar na realidade os factos ou condições previstas”,⁶³⁷ aduz que “a actividade do Parlamento é bem, por conseguinte, actividade política, no mesmo sentido em que o é a actividade governamental da Administração”.⁶³⁸ Percebe-se ao longo do texto uma certa indefinição do autor quanto à existência material da função política, ora destacando distinções, ora destacando aproximações, chegando a afirmar que o cerne de seu trabalho era apenas analisar a atividade política exercida pelo executivo e eventual distinção com a função administrativa.⁶³⁹ Ao final do livro, posicionou-se pela inexistência: “a actividade política não é, pois, alguma coisa que se contraponha à actividade legislativa, administrativa e jurisdicional, já que qualquer destas formas de actividade estadual, quando exercida pelo Executivo, pode ser erigida em actividade «de governo»”.⁶⁴⁰

Afonso Queiró limitou “o problema do reconhecimento de uma actividade política do Executivo (...) à consagração legal de um controlo jurisdicional mais ou menos

assinalar que JELLINEK (*L'État moderne et son droit*. Tome II, 1911, p. 327) também constatou a existência de uma margem dentro da atividade estatal governamental que não se submete às prescrições legais: “*Un État dont le Gouvernement (Regierung) n'agirait que d'après les prescriptions légales, serait politiquement impossible. Ce n'est pas une règle de droit qui peut jamais décider de la direction de l'activité imprimée à l'État par le gouvernement*”.

⁶³⁵ Gomes CANOTILHO (*Direito constitucional e teoria da constituição*, 2003, p. 651).

⁶³⁶ Afonso QUEIRÓ (*Teoria dos actos de governo*, 1948, p. 9). Importante anotar que o texto foi escrito durante a República de Weimar, antes da Constituição de Bonn, quando se concretizou uma proteção judicial ampla as direitos fundamentais.

⁶³⁷ Afonso QUEIRÓ (*Teoria dos actos de governo*, 1948, p. 19).

⁶³⁸ Afonso QUEIRÓ (*Teoria dos actos de governo*, 1948, p. 36).

⁶³⁹ Afonso QUEIRÓ (*Teoria dos actos de governo*, 1948, p. 31).

⁶⁴⁰ Afonso QUEIRÓ (*Teoria dos actos de governo*, 1948, p. 177).

desenvolvido da actividade da Administração”.⁶⁴¹ Segundo o autor, se não há controle contencioso da Administração, não se suscita a problemática da existência de uma actividade política ao lado da actividade administrativa. Para ele, “a actividade de governo é uma certa parcela da actividade do Executivo que o legislador subtrai à regra da sujeição ao contencioso administrativo por considerar que nesse domínio convém deixar toda a independência aos respectivos agentes em face dos tribunais”.⁶⁴² Em outras palavras, “é o regime de isenção absoluta do controlo jurisdicional que antes de tudo lhes confere a natureza de matérias políticas —e não qualquer *quid* «metafísico» especial”.⁶⁴³

Afonso Queiró⁶⁴⁴ prossegue consolidando os critérios encontrados em diversos sistemas de controle de contencioso da Administração para se saber qual é a actividade política: a) critério da qualificação política da actividade governamental (móvil político): cabia ao executivo reconhecer no caso concreto a finalidade política de uma actividade ou ato, tornando-o insuscetível de apreciação judicial; b) critério da cláusula geral: o legislador “deixará ao intérprete e portanto ao juiz a tarefa de, integrativamente, descobrir o critério com base no qual circunscreverá a esfera própria da actividade governamental”; nesse caso, a qualificação é jurisdicional, e representou uma enorme garantia dos particulares frente ao avanço da política na ordem jurídica, que ocorria com o primeiro critério; c) critério da enumeração: o próprio legislador “pronunciar-se-á taxativamente a respeito dos vários tipos de actos ou de atribuições excluídas em absoluto do controlo judicial por causa da sua importância política”.

Em obra posterior, Afonso Queiró, ao partir da distinção entre sistemas de constituição rígida e de constituição flexível, mudou de posição, defendendo a autonomia conceitual da função política nos sistemas de constituição rígida. Para o doutrinador, em sistemas de constituição rígida, a actividade estatal divide-se em duas grandes parcelas: “uma que representa o exercício de faculdades soberanas, sem qualquer mediação em relação à constituição; outra que representa o exercício de faculdades em último termo conferidas por normas que, por sua vez, são o produto do exercício de poderes soberanos, ou seja, de poderes directamente conferidos pela

⁶⁴¹ Afonso QUEIRÓ (Teoria dos actos de governo, 1948, p. 28).

⁶⁴² Afonso QUEIRÓ (Teoria dos actos de governo, 1948, p. 178).

⁶⁴³ Afonso QUEIRÓ (Teoria dos actos de governo, 1948, p. 32).

⁶⁴⁴ Afonso QUEIRÓ (Teoria dos actos de governo, 1948, pp. 29-30). O autor faz um apanhado doutrinário da Alemanha, Itália e França sobre a actividade/ato político e critérios para delimitação.

constituição”.⁶⁴⁵ A primeira atividade, cujo exercício decorre de faculdades conferidas diretamente pela Constituição, subdivide-se em duas funções, função legislativa (de carácter geral e abstrato) e função política (de carácter individual e concreto), que “são funções gêmeas”, “situam-se no mesmo plano (...) em relação à Constituição”, são desempenhadas por “órgãos de soberania”, “órgãos estaduais supremos”.⁶⁴⁶ Assim, deixa claro que a função política seria uma função de execução da Constituição, ao passo que a função administrativa apenas executaria as leis ordinárias.⁶⁴⁷ Já nos sistemas de Constituição flexível, a distinção entre função política e função administrativa, assim como entre seus respectivos atos, “não existe ou é arbitrária, não podendo a doutrina fornecer mais do que directivas de oportunidade, referidas a um determinado condicionalismo político”.⁶⁴⁸

Contra esta teoria foram levantadas, basicamente, duas críticas: a) há atos decorrentes da função política que não estão previstos na Constituição, mas sim na lei ordinária, de que é exemplo a nomeação de embaixadores; b) há atos políticos que têm carácter geral e abstrato, não são individuais e concretos, como, por exemplo, o programa do governo.⁶⁴⁹

Freitas do Amaral⁶⁵⁰ faz uma análise bem aprofundada e condensadora, apresentando os seguintes critérios diferenciadores: 1) critério do fim: a função política persegue o interesse geral da coletividade, ao passo que a função administrativa visa, em termos concretos, o interesse geral definido pela política; 2) critério do objeto: o objeto da função política são as grandes opções necessárias para guiar o destino da coletividade, sendo que a função administrativa tem por objeto a satisfação regular e contínua das necessidades coletivas; 3) critério da natureza: a natureza da função política é criadora, inovadora, já a da função administrativa é executiva, põe em prática as decisões tomadas na esfera política; 4) critério do carácter: a função política possui

⁶⁴⁵ Afonso QUEIRÓ (Actos de governo e contencioso de anulação, 1969, p. 13).

⁶⁴⁶ Afonso QUEIRÓ (Actos de governo e contencioso de anulação, 1969, p. 14).

⁶⁴⁷ Afonso QUEIRÓ (Actos de governo e contencioso de anulação, 1969, p. 25).

⁶⁴⁸ Afonso QUEIRÓ (Actos de governo e contencioso de anulação, 1969, p. 26).

⁶⁴⁹ Diogo Freitas do AMARAL (Direito administrativo. Vol. IV., 1985, p. 159). Jorge MIRANDA (Funções, Órgãos e Actos do Estado, 1990, pp. 126-127) também aponta que há “actos jurídico-constitucionais” (categoria que, segundo ele, abrange os atos políticos) que não estão integralmente regulados na Constituição. No mesmo sentido em outra obra, Jorge MIRANDA (Manual de direito constitucional. Vol. V, 1997, pp. 96-97). Importante salientar que Afonso QUEIRÓ (A função administrativa, 1977, p. 47), em obra posterior, admitiu que os atos políticos têm carácter individual e concreto “em regra - porque também os actos de governo podem não ter destinatários, ou, como os «actos administrativos gerais», não ter destinatários desde logo determinados”.

⁶⁵⁰ Diogo Freitas do AMARAL (Curso de direito administrativo. Vol. I, 2006, p. 44).

um carácter livre e primário; por seu turno, a função administrativa tem um carácter condicionado e secundário; 5) critério orgânico: a função política é desempenhada pelos órgãos superiores do Estado, enquanto a função administrativa é realizada por órgãos secundários e subalternos, embora, neste último caso, os órgãos superiores possam exercer revisão e fiscalização.

Importante lembrar que a distinção entre função política e função administrativa é enuviada pela circunstância de que um dos principais órgãos constitucionais que executam a função política é, simultaneamente, o órgão superior de toda a Administração Pública.⁶⁵¹ A dificuldade em distinguir com clareza os territórios de cada uma destas funções também advém de dois fenômenos ou tendências da moderna ordem jurídica: “a sujeição da atividade política a vínculos cada vez mais estreitos” e “a difusão do poder político”.⁶⁵² A crescente vinculação jurídica da função política vem ocorrendo em duas frentes, quanto ao conteúdo/finalidade e quanto à forma. As constituições rígidas, por veicularem expressamente fins a serem alcançados, os quais não podem ser alterados facilmente, acabam vinculando a atividade política quanto ao conteúdo e finalidade.⁶⁵³ No que tange à forma, constata-se uma progressiva procedimentalização da função política, que está tornando a atividade enormemente vinculada tal como o é a atividade administrativa.⁶⁵⁴ A segunda tendência (difusão do poder político) surgiu naturalmente no seio da nossa sociedade política contemporânea, onde se busca profunda democratização das estruturas políticas, como resultado de exigência de ordem prática e racional para se garantir a melhor adequação técnica e viabilidade das decisões de política, é dizer, o interesse público a ser alcançado pela função política já não é simplesmente dado, revelado pelas grandes opções políticas, mas sim construído, como resultado pontual e mutável de um processo concreto e complexo a partir do aporte de experiências de vários atores da sociedade.⁶⁵⁵

A distinção entre função política e função jurisdicional é bem menos problemática. Se adotarmos o entendimento de que a função jurisdicional é apenas uma espécie da função administrativa, como sustentam Kelsen e Marcello Caetano, toda discussão se resume ao que já se falou sobre distinção entre função política e função administrativa. E mesmo se for compreendida como autônoma a função jurisdicional, a

⁶⁵¹ Diogo Freitas do AMARAL (Curso de direito administrativo. Vol. I, 2006, p. 45).

⁶⁵² Mário NIGRO (Lineamenti generali, 1984, p. 10).

⁶⁵³ Mário NIGRO (Lineamenti generali, 1984, p. 10).

⁶⁵⁴ Mário NIGRO (Lineamenti generali, 1984, p. 10).

⁶⁵⁵ Mário NIGRO (Lineamenti generali, 1984, p. 10).

discussão não foge muito destas linhas. A função política tem caráter primordialmente primário, incondicionado às regras jurídicas, a não ser os limites impostos pela Constituição, ao passo que a função jurisdicional tem caráter secundário, condicionado às regras jurídicas, constitucionais ou infraconstitucionais. Acresce-se que a função política é uma função ativa, não depende de provocação de nenhum interessado, cabendo-se tomar iniciativa para resolução dos problemas fundamentais da comunidade, enquanto a função jurisdicional é passiva, entendido assim porque depende de intervenção dos interessados, regido que está pelo princípio dispositivo.⁶⁵⁶

4.3 As teorias dos atos de governo

Para o exercício da função ou atividade estatal, praticam-se vários atos, que são a materialização ou resultado daquele exercício, razão pela qual a mesma problemática da autonomização da função estatal é transferida quanto à especificidade de cada ato destes. Aliás, muitos doutrinadores fazem o estudo das funções do Estado a partir da classificação dos atos jurídicos, o que há muito se revelou equivocado. De fato, como diz Burdeau, “é uma aberração sustentar que a função do Estado é para praticar atos jurídicos”, pois “definir a função pelo ato é esquecer que a função tem, em primeiro lugar, um objeto”, e este último “deve ser observado antes de se considerar os meios utilizados”.⁶⁵⁷ É com estas ponderações que deve ser lida a afirmativa segundo a qual “não há função estadual que não pressuponha a existência de um tipo específico de actos”.⁶⁵⁸ Por outro lado, é “petição de princípio” tentar derivar da “diferença qualitativa entre Política e Administração” a “diferença de regime jurídico” do ato correspondente.⁶⁵⁹

A teoria dos atos políticos ou de governo está entrelaçada com a conceituação da função política enquanto função autônoma e distinta da função administrativa. A teoria dos atos de governo preconiza, basicamente, a imunidade ao controle jurisdicional. Pode-se dizer que é o reverso da luta contra as imunidades do poder. Daí porque Burdeau há muito afirmou que “atos de governo são uma categoria que coincide com o domínio do arbitrário”.⁶⁶⁰

⁶⁵⁶ Marco CALDEIRA (Actos políticos, direitos fundamentais e constituição, 2014, p. 42).

⁶⁵⁷ Georges BURDEAU (Remarques sur la classification des fonctions étatiques, 1945, p. 209).

⁶⁵⁸ Marco CALDEIRA (Actos políticos, direitos fundamentais e constituição, 2014, p. 54).

⁶⁵⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA (La lucha contra las inmunidades del poder ..., 1979, p. 56).

⁶⁶⁰ Georges BURDEAU (Remarques sur la classification des fonctions étatiques, 1945, p. 221).

Como bem aponta García de Enterría, “a ideia de se submeter o Poder sistematicamente a um juízo no qual qualquer cidadão pode exigir justificações de seu comportamento frente ao Direito é uma ideia que surge com a Revolução Francesa, porém aparece de modo ocasional”.⁶⁶¹ Ocasional, porque tal ideia e especialmente o surgimento da Justiça Administrativa não se encontram nas grandes fontes doutrinárias da Revolução Francesa, decorrendo basicamente do desenvolvimento (muitas vezes motivado por circunstâncias casuais) dos grandes dogmas revolucionários: o princípio da legalidade e o princípio da liberdade.⁶⁶² Estes dogmas estavam amparados, nos textos revolucionários, em “duas garantias inteiramente toscas”: a) “a técnica medieval do direito à resistência”; b) “a técnica do processo penal contra o agente arbitrário, ao agente que não legitima sua atuação com o mandato da lei”.⁶⁶³ Contudo, estas duas técnicas não se tornam suficientemente capazes para se “exigir o respeito à lei de uma ação administrativa que se manifesta de maneira concreta, constante e detalhada”, pois desde o início houve “um obstáculo inesperado, que é o dogma da separação entre Administração e Justiça”,⁶⁶⁴ que deu a origem ao contencioso-administrativo.

Importa dizer que o sentido do adjetivo *inesperado* somente pode ser entendido como não previsto pelos doutrinadores em suas teorias, pois, desde sempre os Revolucionários receavam que suas decisões fossem controladas pelos juízes, identificados à época com as classes conservadoras. Outra razão para o surgimento do dogma da separação entre Administração e Justiça era a necessidade que os governantes tinham naquela época revolucionária de controlar os excessos dos funcionários, optando, por isso, por uma centralização da Administração Pública.⁶⁶⁵

Importa anotar que os três grandes círculos de imunidades do Poder sempre foram os atos discricionários, os atos normativos e os atos políticos ou de governo.⁶⁶⁶ É sobre estes últimos que se irá discorrer.

A consequência prática da qualificação dos atos como atos políticos é a retirada da via do recurso judicial no âmbito contencioso administrativo, deixando a tutela dos direitos fundamentais lesados apenas para a jurisdição penal, o que García de Enterría considera “uma consequência inadmissível”, pois a jurisdição penal é “violenta e

⁶⁶¹ GARCÍA DE ENTERRÍA (La lucha contra las inmunidades del poder ..., 1979, p. 13).

⁶⁶² GARCÍA DE ENTERRÍA (La lucha contra las inmunidades del poder ..., 1979, p. 14).

⁶⁶³ GARCÍA DE ENTERRÍA (La lucha contra las inmunidades del poder ..., 1979, p. 15).

⁶⁶⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA (La lucha contra las inmunidades del poder ..., 1979, p. 16).

⁶⁶⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA (La lucha contra las inmunidades del poder ..., 1979, p. 19).

⁶⁶⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA (La lucha contra las inmunidades del poder ..., 1979, p. 22).

inadequada como meio de defesa efetiva frente à Administração”.⁶⁶⁷

4.3.1 A teoria dos “actes de gouvernement” na França

A necessidade de uma teoria de atos do governo, em França, foi se consolidando com a progressiva judicialização do controle da Administração.⁶⁶⁸ Como já dito linhas acima, “inicialmente, nem para a própria protecção dos direitos adquiridos, dos direitos privados, frente ao Executivo, se julgou legítima a intervenção dos Tribunais, mesmo tribunais especiais do contencioso-administrativo”.⁶⁶⁹ A protecção dos “interesses legítimos” era efetuada “por meio do controlo parlamentar, do recurso hierárquico e da forma colegial de resolução de certas matérias”.⁶⁷⁰ No Antigo Regime, desde o século VIII, o rei e seus agentes diretos exerciam a função jurisdicional, como uma prerrogativa real, era a fase da “justiça reservada” (*justice retenue*).

Logo após a Revolução, precisamente em 1790, foi promulgada a Lei de 16-24 de agosto, onde se estabeleceu “*la separación radical entre la Administración y la Justicia*”.⁶⁷¹ Esta separação significava que o controle sobre a Administração era feito pela própria Administração, era um autocontrole, uma espécie de controle interno.

Em 1799, a Constituição de 22 de Primário, ano VIII, criou o Conselho de Estado, que, além de órgão consultivo da Administração, era encarregado da resolução dos litígios jurídico-administrativos, mas suas decisões não eram definitivas, pois submetidas ao Chefe de Estado para homologação.

O Conselho de Estado, nesse período, integrava a Administração, e frequentemente opunha “um absoluto *fin de non-recevoir*, a pretexto da natureza política ou governamental dos actos impugnados, aos recursos interpostos contra certas medidas do Executivo”.⁶⁷²

A excelente atuação do Conselho de Estado, cujas decisões eram quase sempre homologadas, contribuiu para que fosse promulgada a Lei de 24 de maio de 1872, que instituiu o Conselho de Estado como tribunal especial independente, incumbido de decidir os conflitos soberanamente “em nome do povo francês”. Como se entendeu à época que se tratava de uma delegação de poderes do Executivo para o Conselho de

⁶⁶⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA (La lucha contra las inmunidades del poder ..., 1979, p. 67).

⁶⁶⁸ Afonso QUEIRÓ (Teoria dos actos de governo, 1948, p. 44).

⁶⁶⁹ Afonso QUEIRÓ (Teoria dos actos de governo, 1948, p. 42).

⁶⁷⁰ Afonso QUEIRÓ (Teoria dos actos de governo, 1948, p. 43).

⁶⁷¹ GARCÍA DE ENTERRÍA (La lucha contra las inmunidades del poder ..., 1979, p. 18).

⁶⁷² Afonso QUEIRÓ (Teoria dos actos de governo, 1948, p. 45).

Estado, o sistema ficou conhecido como “justiça delegada” (*justice déléguée*). Somente assim, o contencioso-administrativo consubstanciou em heterocontrole, um controle jurisdicional (feito por juízes) sobre a Administração Pública.⁶⁷³

É neste contexto de autonomia conquistada pelo contencioso-administrativo que surge a teoria dos atos políticos, que representou um “custo para a Justiça Administrativa”,⁶⁷⁴ em face da “necessidade de se elevar uma barreira perante a Justiça Administrativa, (...) implementada pela distinção entre governo e administração”,⁶⁷⁵ e com vistas à manutenção do equilíbrio entre as forças do executivo e do judiciário.

Até a Terceira República francesa, o Conselho de Estado adotava a *teoria do fim ou móbil político*, pela qual prevalecia a qualificação dada pelo executivo ao ato praticado. Caso fosse invocado um motivo político para a prática do ato, o ato estaria imune ao controle judicial. Aqui trata-se de uma qualificação política do ato, pois é o executivo, não judiciário, que qualifica o ato como político. É uma orientação subjetivista, porque pouco importa o conteúdo do ato.⁶⁷⁶

Pouco a pouco, a luta contra tais imunidades foi ganhando forças na jurisprudência e na doutrina francesas, com defesa de uma esfera mais ampla de controle judicial sobre a Administração Pública. Em 1864, além do já consagrado recurso subjetivo, baseado na ofensa a direitos adquiridos, o Conselho de Estado admitiu o recurso objetivo por abuso de poder (*détournement du pouvoir*).⁶⁷⁷ Em seguida, a Lei de 24 de maio de 1872, que tornou independente o Conselho de Estado, dispôs, em seu artigo 26, que “os ministros têm o direito de reivindicar perante o Tribunal de Conflitos as questões apresentadas à secção do contencioso, que não pertençam ao contencioso administrativo”, sem, contudo, indicar quais seriam tais questões.

Na ausência de um comando legislativo suficientemente preciso, a doutrina tentou determinar uma característica essencial comum aos atos administrativos e aos atos de governo que pudesse materialmente distingui-los. Surgem, então, as vertentes da teoria do ato político “à *raison de sa nature*”, segundo a qual os atos que, por sua natureza fossem políticos, estariam imunes ao controle judicial. Trata-se de uma qualificação

⁶⁷³ GARCÍA DE ENTERRÍA (La lucha contra las inmunidades del poder ..., 1979, p. 21). Letícia FONTESTAD PORTALÉS (La jurisdicción contencioso-administrativa en España, 2006) apresenta um preciso histórico da evolução legislativa acerca do contencioso administrativo na Espanha.

⁶⁷⁴ Afonso QUEIROZ (Teoria dos actos de governo, 1948, p. 45).

⁶⁷⁵ Maurice HAURIUO (Précis de Droit Administratif et Droit Public, 1919, p. 400).

⁶⁷⁶ Cristina QUEIROZ (Os actos políticos no estado de direito, 1990, p. 119).

⁶⁷⁷ Afonso QUEIROZ (Teoria dos actos de governo, 1948, p. 49).

jurisdicional do ato de governo. Em vez de o executivo ele mesmo afirmar que o ato era político, o judiciário é quem realizaria esta tarefa.

Hauriou, por exemplo, trouxe um critério para diferenciá-los: os atos de governo destinavam a solucionar negócios excepcionais e de grande interesse nacional, ao passo que os atos administrativos seriam para os negócios correntes.⁶⁷⁸

Os critérios doutrinários eram, contudo, vagos e imprecisos, não colaborando para a diminuição da discricionariedade dos tribunais na qualificação do que seria ato de governo. Embora tenha sido um avanço na luta contra as imunidades do poder, pois retirava de quem praticava o ato a prerrogativa de imunizá-lo, bastando invocar a motivação política, a falta de critério legal e doutrinário estabeleceu uma discricionariedade muito grande aos tribunais, os quais passaram a invocar “natureza objetiva das coisas” ou “princípios gerais do direito” para retirar da apreciação jurisdicional determinados atos.⁶⁷⁹ O protagonismo coube, então, aos tribunais (Conselho de Estado e Tribunal de Conflitos), que passam a casuisticamente indicar quais atos seriam atos de governo, de onde se pôde extrair uma lista dos atos políticos: atos de segurança pública interna em situação de crise, atos de segurança externa, relações diplomáticas, atos de guerra. Cuida-se de *concepção empírica de atos de governo*.

Foi somente a partir da consolidação da lista jurisprudencial dos atos de governo que os doutrinadores, debruçando sobre a casuística, chegaram a um critério material mais adequado, como ocorreu com Drucoq e Carré de Malberg, que defenderam o ato político como ato de execução da Constituição, mas ainda assim receberam muitas críticas, entre as quais a de que há nas Constituições competências que não se enquadram na função governamental, como a de fazer regulamentos, nomear funcionários.

4.3.2 Jurisprudência da discricionariedade na Alemanha e o contributo de Scheuner

Na Alemanha, onde se cunhou pela primeira vez a expressão *direção política* e onde muito se contribuiu para a conceituação da função política, não houve acolhimento jurisprudencial de teoria dos atos políticos. Isso porque não havia necessidade de se

⁶⁷⁸ Maurice HAURIOU (Précis de Droit Administratif et Droit Public, 1919, p. 15).

⁶⁷⁹ Cristina QUEIROZ (Os actos políticos no estado de direito, 1990, p. 120).

recorrer a qualquer teoria para se afastar da jurisdição determinados atos políticos. Já no século XIX, o legislador, para fixar a competência dos respectivos tribunais, quanto ao contencioso administrativo de anulação, utilizou ora o sistema da enumeração (*Zuständigkeitskatalogssystem, Enumerationsmethode*) ou sistema prussiano, ora o sistema da cláusula geral (*Generalklauselsystem*) ou sistema “sud-alemão”.⁶⁸⁰ No sistema de enumeração, o legislador já indicava os atos insuscetíveis de controle judicial. No sistema da cláusula geral, a exclusão decorria do conteúdo discricionário ou do fato de não serem os atos suscetíveis de atingir direitos subjetivos dos particulares.⁶⁸¹ Assim, “uma jurisprudência dos «actos de governo» foi conseqüentemente obstaculizada pela jurisprudência da discricionarietà”.⁶⁸²

Grandes nomes da doutrina alemã, como Mayer e Jellinek, caminharam no sentido de considerar o ato de governo como ato de execução da Constituição, decorrente de uma atividade livre do Estado, em contraponto aos demais atos resultantes de atividade regulada por normas jurídicas. Contudo, mesmo na doutrina, havia vozes relevantes que não vislumbrava nada de peculiar quanto à função ou ato político, como a de Merkl, para o qual “não existe, fora e acima da legislação, da justiça e da administração, nenhuma misteriosa direção suprema que se possa opor, com o título de «Governo», aos poderes tradicionais, senão que estas três funções estatais mantêm-se reciprocamente numa relação de dar e receber directrizes, de dirigir e de obedecer, de reger e de executar”.⁶⁸³

Não obstante o tratamento doutrinário que recebia o assunto, os tribunais alemães, sejam do contencioso administrativo, sejam do *Reichsgericht*, até à Revolução Nacional-Socialista, não acolheram qualquer teoria dos atos de governo, e, mesmo quando não admitiam a sindicabilidade de “medidas urgentes” ou medidas adotadas em caso de “perturbação grave” ou de “perigo” à “segurança” e à “ordem”, não o fazia com base na natureza política do ato, mas sim na discricionarietà.⁶⁸⁴

A Lei de 22 de maio de 1910 estabeleceu o contencioso de responsabilidade civil do Estado germânico, mas isentou o Estado da obrigação de reparar os danos provocados por funcionário no exercício da função diplomática. A jurisprudência estendeu esta isenção aos atos praticados durante estado de sítio. Nestas duas situações,

⁶⁸⁰ Afonso QUEIRÓ (Teoria dos actos de governo, 1948, p. 86).

⁶⁸¹ Afonso QUEIRÓ (Teoria dos actos de governo, 1948, p. 88).

⁶⁸² Afonso QUEIRÓ (Teoria dos actos de governo, 1948, p. 87).

⁶⁸³ Adolf MERKL (Teoría general de derecho administrativo [1935], 2014, p. 73).

⁶⁸⁴ Afonso QUEIRÓ (Teoria dos actos de governo, 1948, p. 89).

quem qualificava o ato como inserido na atividade diplomática ou em estado de sítio era a própria Administração. Em razão disso, houve quem apregoasse que seria a adoção da teoria dos atos de governo.⁶⁸⁵

Com a Constituição de Weimar, em 1919, estabeleceu-se o controle de atos concernentes às relações entre os poderes do Estado a ser exercido pelo Tribunal Constitucional (*Staatsgerichtshof*) quanto à sujeição às normas jurídicas, contudo, somente por meio de requerimento de partidos, parlamentares ou pessoas jurídica (coletiva) de direito público.⁶⁸⁶

A concepção nacional-socialista do Estado germânico veio demandar a teoria do ato de governo, na modalidade mais arcaica, a de qualificação política do ato de governo, onde cabia ao próprio governo proceder com a caracterização do ato como ato de governo, o qual se tornaria imune à apreciação judicial.⁶⁸⁷

Com a promulgação da Constituição de Bonn, cujo artigo 19.4 prescreveu que qualquer pessoa que for lesada em seus direitos poderá recorrer à via judicial (trata-se de proteção judicial ampla dos direitos fundamentais), iniciou-se amplo debate acerca da persistência dos atos de governo e sua judiciabilidade. Alguns sustentaram que não existiam mais, outros sustentaram que, embora reconhecesse a Constituição a universalização do controle judicial, remanesceriam controvérsias puramente políticas, não jurídicas, para as quais, mesmo que não haja norma expressa, não caberia sua apreciação aos tribunais.

A corrente que logo predominou foi a doutrina de Scheuner,⁶⁸⁸ a partir dos anos 50. Para Scheuner, não é a natureza específica ou o caráter político de certos atos que impede o controle judicial, mas sim a configuração constitucional acerca da separação dos poderes e da competência do Tribunal Constitucional. A divisão de tarefas entre os poderes conjugada com as competências do Tribunal Constitucional pode implicar que alguns atos não estejam submetidos ao controle judicial. O fundamental é o exame da própria Constituição. Defende Scheuner que, na Constituição alemã, o âmbito político está estritamente vinculado, muito mais que na França e Inglaterra. Isso em grande medida por conta da jurisdição constitucional na Alemanha, onde se admite que o papel dos juízes seja também de fazer o controle das leis. Assim, na Alemanha, o controle de

⁶⁸⁵ Rudolf SMEND (Les actes de gouvernement en Allemagne, 1931, p. 228) *apud* Afonso QUEIRÓ (Teoria dos actos de governo, 1948, p. 97).

⁶⁸⁶ Afonso QUEIRÓ (Teoria dos actos de governo, 1948, p. 90).

⁶⁸⁷ Afonso QUEIRÓ (Teoria dos actos de governo, 1948, p. 97).

⁶⁸⁸ Ulrich SCHEUNER (Der Bereich der Regierung, 1952).

atos de governo está inserido na problemática do controle judicial da Administração Pública. Ele defende que o controle dos atos de governo deve ser efetuado por meio da jurisdição do Tribunal Constitucional, mas este controle não é amplo, podendo o Tribunal reformar ou anular a decisão apenas quando o ato governamental tenha sido praticado com “*claro abuso de la competencia, discrecionalidad partidista o abierta inconstitucionalidad*”.⁶⁸⁹

As contribuições teóricas posteriores reforçam a ideia inicial de um controle judicial limitado dos atos de governo,⁶⁹⁰ em razão, basicamente, de dois fundamentos. O primeiro (sujeição ao Direito) diz respeito à constatação de que está consolidada a ideia de que não existem atos públicos à margem das regras jurídicas, sendo que a competência do órgão, os fins do Estado estabelecidos na Constituição, as normas constitucionais sobre direitos fundamentais e os preceitos constitucionais sobre objetivos econômicos formam um emaranhado jurídico vinculante para a decisão política.⁶⁹¹ O segundo é a liberdade de configuração política (*politische Gestaltungsfreiheit*) atribuída ao governo, que, pela natureza de sua função, não pode ser substituído com a mesma legitimidade por qualquer outro órgão.⁶⁹² Da conjugação destes dois fundamentos (a sujeição ao Direito, que indica que nenhum ato está imune ao controle judicial, salvo as normas constitucionais que excepciona este controle; e a liberdade de configuração política do governo, que impõe um espaço constitucionalmente reservado a este órgão, com possibilidade de exercício de medidas discricionárias, de juízos, de prognoses), conclui-se que o controle judicial sobre o ato de governo é, quando existente, limitado, sendo inexistente quando não há ofensa a direito fundamental e quando não há uma competência expressa para o Tribunal Constitucional.⁶⁹³

Assim, o controle dos atos de governo na dogmática alemã reconduz “*a los principios generales sobre el control judicial de los actos de los poderes públicos, lo que transforma el problema de naturaleza y lo hace más fácilmente reconducible a esquemas generales*”.⁶⁹⁴

⁶⁸⁹ *apud* EMBID IRUJO (La justiciabilidad de los actos de gobierno, 1991, p. 2728).

⁶⁹⁰ EMBID IRUJO (La justiciabilidad de los actos de gobierno, 1991, p. 2729).

⁶⁹¹ EMBID IRUJO (La justiciabilidad de los actos de gobierno, 1991, p. 2729).

⁶⁹² EMBID IRUJO (La justiciabilidad de los actos de gobierno, 1991, p. 2729).

⁶⁹³ EMBID IRUJO (La justiciabilidad de los actos de gobierno, 1991, p. 2730).

⁶⁹⁴ EMBID IRUJO (La justiciabilidad de los actos de gobierno, 1991, p. 2733).

4.3.3 Falso ato de governo

A doutrina mais recente tem combatido a existência de categoria jurídica autônoma amparada na imunidade de jurisdição do ato político.

Em França, Michel Virally tem defendido que “ato de governo, subtraído de controle jurisdicional por motivos puramente políticos, não pode ser encontrado (*introuvable*)”,⁶⁹⁵ e que a doutrina do ato de governo “traz uma explicação meta-jurídica, reintroduzindo, na realidade, a *razão de Estado*, há muito solenemente rejeitado”.⁶⁹⁶ Esta corrente doutrinária procurou “explicar esta insindicabilidade por princípios gerais de direito processual administrativo, os quais tornariam dispensável o recurso à categoria dos atos de governo”.⁶⁹⁷

Em Espanha, García de Enterría é contrário à autonomia científica do ato político, sustentando que os atos considerados atos políticos pela legislação e, assim, excluídos de controle judicial, à exceção de dois deles, são “*actos administrativos puros y simples, sólo que dotados de una especial importancia política (ordinariamente en el sentido de la lucha política)*”.⁶⁹⁸ Os únicos atos que efetivamente são distintos dos atos administrativos são os atos de relação internacional praticados por órgãos superiores e atos de relação interconstitucional dos órgãos superiores do executivo e do parlamento, mas que “*no proceden, con toda claridad, de la Administración como persona*”, já que, no âmbito internacional, atua “*no la Administración, sino la persona internacional do Estado*”, e, nas relações entre órgãos constitucionais, não age a “*Administración como tal, sino simplemente los titulares de los puestos supremos da Administración*”.⁶⁹⁹ A exclusão destes dois tipos de atos do contencioso-administrativo decorre do fato de não serem atos administrativos; e, mesmo assim, eles se submetem a outras jurisdições: “*los actos de relación internacional, ante los órganos jurisdiccionales internacionales; los actos constitucionales de relación con el Parlamento o con las Cortes ante los órganos de la jurisdicción constitucional*”.⁷⁰⁰ Assim, “*los actos políticos o de Gobierno, como un supuesto límite de la jurisdicción contencioso-administrativa, han quedado erradicados de nuestro Derecho y con ello dicha jurisdicción ha ganado*

⁶⁹⁵ Michel VIRALLY (L'introuvable "acte de gouvernement", 1952, p. 355).

⁶⁹⁶ Michel VIRALLY (L'introuvable "acte de gouvernement", 1952, p. 357). No mesmo sentido, GARCÍA DE ENTERRÍA (La lucha contra las inmunidades del poder ..., 1979, p. 70).

⁶⁹⁷ Afonso QUEIRÓ (Actos de governo e contencioso de anulação, 1969, p. 5).

⁶⁹⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA (La lucha contra las inmunidades del poder ..., 1979, p. 62).

⁶⁹⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA (La lucha contra las inmunidades del poder ..., 1979, p. 59).

⁷⁰⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA (La lucha contra las inmunidades del poder ..., 1979, p. 61).

definitivamente su universalidad”.⁷⁰¹

Em Portugal, Cristina Queiroz assenta que “o ‘acto de governo’ como categoria jurídica autónoma, pura e simplesmente, não existe. Todos esses actos são afinal objectos de um ‘direito judicial de controle’, desde que para tanto se proceda a uma interpretação jurídico-constitucional ‘adequada’ das normas de competência das diferentes jurisdições”.⁷⁰² E com essa diretriz Cristina Queiroz,⁷⁰³ na esteira de Afonso Queiró,⁷⁰⁴ defende que os atos concernentes às relações entre órgãos de soberania sejam sindicáveis, na ausência de uma jurisdição constitucional, perante os órgãos competentes da jurisdição comum.

4.3.4 Cláusula geral de competência dos tribunais, proteção judicial ampla e a teoria da constituição dirigente: fim do ato político?

Como corolário do princípio do Estado de Direito Democrático tem-se a vinculação ao Direito tanto da organização da sociedade quanto das estruturas do poder político (princípio da juridicidade).⁷⁰⁵

Na medida em que o princípio da juridicidade se mostrou insuficiente para se evitar os abusos dos atos estatais, surge, com o constitucionalismo, enquanto corolário do Estado de Direito Democrático, a vinculação à Constituição de todos os poderes públicos (princípio da constitucionalidade).⁷⁰⁶ Neste contexto, pressupondo que Política e o Direito não são categorias antagónicas, mas sim dimensões das mesmas estruturas globais da sociedade, surge a teoria da constituição dirigente, a qual buscou uma vinculação jurídica dos atos políticos.⁷⁰⁷

Em que pese teorias sobre conformação dos atos dos poderes públicos ao Direito, ainda subsistem atos que estão à margem desta vinculação, ou melhor, que submetem a um grau mínimo de juridicidade, quais sejam, as relações especiais de poderes, os atos de jurisdição e os atos de governo.⁷⁰⁸

Embora seja difícil dar operatividade prática ao controle dos atos políticos, é

⁷⁰¹ GARCÍA DE ENTERRÍA (La definitiva erradicación de los actos de Gobierno ..., 2000, p. 233).

⁷⁰² Cristina QUEIROZ (Os actos políticos no estado de direito, 1990, p. 127).

⁷⁰³ Cristina QUEIROZ (Os actos políticos no estado de direito, 1990, p. 127).

⁷⁰⁴ Afonso QUEIRÓ (Actos de governo e contencioso de anulação, 1969, pp. 28-29).

⁷⁰⁵ Gomes CANOTILHO (Direito constitucional e teoria da constituição, 2003, p. 243).

⁷⁰⁶ Gomes CANOTILHO (Direito constitucional e teoria da constituição, 2003, p. 245).

⁷⁰⁷ Gomes CANOTILHO (Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador, 2001, p. 171).

⁷⁰⁸ Gomes CANOTILHO (Direito constitucional e teoria da constituição, 2003, p. 277).

forçoso reconhecer que eles se submetem ao princípio da constitucionalidade e ao princípio da eficácia direta dos direitos fundamentais.⁷⁰⁹ O controle fica mais fácil quando o ato político tem efeitos concretos, consubstanciando em verdadeiro ato administrativo, como foi a demissão de funcionário de carreira diplomática por meio de decreto do Presidente da República de Portugal.

A ideia de Estado Constitucional impõe a vinculação jurídica de todos os atos do poder, inclusive os atos de governo. A vinculação se dá “como a competência e os princípios gerais do direito”.⁷¹⁰

A vinculação jurídica é, contudo, sujeita a gradações: “(a) vinculação do exercício de uma função à competência de determinado órgão (competência constitucionalmente vinculada); (b) vinculação jurídico-material através de simples limites, deixando aos órgãos competentes larga liberdade de conformação política; (c) vinculação jurídico-material, positiva e determinante, estando os órgãos com competência para o exercício de funções políticas obrigados a «executar» os programas ou imposições constitucionais (exercício de funções políticas com simples discricionariedade)”.⁷¹¹ Adicionam-se a estas gradações os princípios gerais do direito, bem lembrado por García de Enterría.⁷¹²

A cláusula geral de competência dos tribunais judiciais para apreciar toda e qualquer lesão a direitos fundamentais tem contribuído para “*eliminación de la doctrina de los actos de Gobierno, en su tradicional expresión*”.⁷¹³

4.4 O reflexo da distinção entre função política e função administrativa na responsabilidade do ministro e de seus dirigentes-subordinados

O poder executivo, seja por meio do presidente (presidencialismo), seja por meio do chefe de Governo (regime de base parlamentarista), pratica tanto atos políticos (função política) quanto atos administrativos (função administrativa).

A relação entre a função política e a função administrativa foi marcada, inicialmente, em inúmeros sistemas jurídicos, por uma lógica hierárquico-piramidal,

⁷⁰⁹ Gomes CANOTILHO (Direito constitucional e teoria da constituição, 2003, p. 443).

⁷¹⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA (La definitiva erradicación de los actos de Gobierno ..., 2000, p. 232).

⁷¹¹ Gomes CANOTILHO (Direito constitucional e teoria da constituição, 2003, p. 649).

⁷¹² GARCÍA DE ENTERRÍA (La definitiva erradicación de los actos de Gobierno ..., 2000, p. 232).

⁷¹³ GARCÍA DE ENTERRÍA (La lucha contra las inmunidades del poder ..., 1979, p. 75). É o que sucede com a Constituição Austríaca (art. 132), Constituição Italiana (art. 113) e Constituição Alemã de 1949 (art. 19, parágrafo IV).

onde se considerava a Administração como integrante do Poder Executivo, no qual ficavam tanto a atividade política (ato de governo) quanto a atividade propriamente administrativa, e entre elas haveria uma continuação suave, não se podendo traçar uma linha de demarcação.⁷¹⁴ A responsabilidade por todos os atos, nesta situação, recaía inteiramente sobre o chefe do executivo e o ministro.

Foi o que ocorreu na Itália a partir da Lei Cavour 1.483, de 1853, onde não havia nenhuma responsabilidade fora do âmbito da chefia do ministério, ficando a responsabilidade concentrada exclusivamente nas mãos do ministro, seja pelas decisões tomadas, seja pelas execuções procedidas pelo corpo administrativo.

Após um período de não-distinção, muitos Estados modernos começaram a buscar certas diferenciações entre a função política e a função administrativa.⁷¹⁵

Uma distinção precisa entre atos políticos e atos de gestão surge como uma exigência necessária para melhor operacionalização da estrutura governamental com vistas a alcançar seus objetivos públicos. Mas não apenas por isso. Atualmente, a necessidade de melhor distribuição entre as atribuições políticas e administrativas decorre, sem sombras de dúvidas, também de “exigências internas do mundo político”.⁷¹⁶ Estas exigências internas do mundo político estão relacionadas com o problema de individualização da responsabilidade penal, direta e pessoal, na atividade administrativa.⁷¹⁷

Deve-se ter em mente que, na configuração da distinção (não separação) entre ato político e ato de gestão, “não se pode reduzir a responsabilidade dos órgãos de direção política a uma responsabilidade meramente política”.⁷¹⁸

Há vários modelos onde se pode encaixar o relacionamento entre as funções políticas e administrativas: a) *osmose*, no qual a administração é uma extensão do corpo governante, cuja apreciação política permeia as decisões de gestão garantindo a coerência absoluta entre a direção política e gestão, num quadro de plena relação fiduciária do primeiro para com o segundo; modelo típico da administração ainda

⁷¹⁴ Saul MONZANI (Il principio di separazione tra funzione ..., 2014, p. 131). No mesmo sentido, Mário NIGRO (Lineamenti generali, 1984, pp. 9-10) afirma que há uma linha contínua entre política e administração e que a dificuldade em distinguir com clareza a separação entre as duas atividades decorre de duas ordens de fenômenos: a) sujeição da atividade política a vínculos cada vez mais estreitos, ocorrendo a procedimentação da atividade política; b) difusão do poder político, com a democratização das estruturas políticas.

⁷¹⁵ Saul MONZANI (Il principio di separazione tra funzione ..., 2014, p. 131).

⁷¹⁶ Francesco MERLONI (La distinción entre «política» y «administración», 1998, p. 45).

⁷¹⁷ Francesco MERLONI (La distinción entre «política» y «administración», 1998, p. 45).

⁷¹⁸ Francesco MERLONI (La distinción entre «política» y «administración», 1998, p. 69).

embrionária do final do século XVIII e, nos tempos modernos, dos regimes totalitários; b) *separação* estrutural e funcional entre órgãos de direção política e o aparato da burocracia administrativa, que fica responsável pela mera execução de comandos recebidos; a administração é vista como atividade estritamente executiva, sem discricionariedade; possui raízes, no final do século XIX, a partir dos contributos de Woodrow Wilson (EUA), Max Weber (Alemanha) e Marco Minghetti e Silvio Spaventa (Itália); c) *interconexão*, que é um modelo intermediário, que tende a legitimar o governo em termos democráticos e, ao mesmo tempo, garantir o exercício autônomo e profissional da função administrativa, sob o manto da imparcialidade; a separação estrutural não corresponde uma separação funcional.⁷¹⁹

A questão da responsabilidade direta dos dirigentes administrativos foi abordada, na Itália, pela primeira vez na Assembleia Constituinte, onde se propôs a seguinte norma: “*Nell'ambito delle direttive del ministro, i dirigenti dei vari servizi si assumono la diretta responsabilità per gli atti inerenti ai medesimi*”.⁷²⁰ O texto realmente aprovado não ficou tão explícito quanto a esse ponto. O princípio da separação entre função política e função administrativa está previsto apenas implicitamente na Constituição da Itália (artigos 95 e 97), cabendo ao legislador ordinário formatá-lo, obedecendo as linhas gerais dos artigos 95 e 97, os quais, por um lado, estabelecem a unidade da direção e determinam a responsabilidade do ministro pelos atos do ministério, ao passo que o artigo 97 determina que seja prevista a responsabilidade do funcionário público em legislação específica. Anota-se que muitas vezes o legislador toma caminho divergente, principalmente porque a esfera política tende a querer influenciar o administrador, enfatizando o caráter da fidúcia nas nomeações.⁷²¹ O princípio da separação entre política e administração foi definitivamente instituído pelo artigo 3 do Decreto Legislativo 29 de 1993.⁷²² A jurisprudência administrativa e constitucional compreende o princípio da separação entre função política e função administrativa como corolário do princípio da boa administração e do princípio da imparcialidade.⁷²³

A imputação apenas aos ministros da responsabilidade pelos atos do ministério se

⁷¹⁹ Carlo D'ORTA (La riforma della dirigenza, 1994, p. 152). No mesmo sentido, Saul MONZANI (Il principio di separazione tra funzione ..., 2014, p. 131).

⁷²⁰ Saul MONZANI (Il principio di separazione tra funzione ..., 2014, p. 125).

⁷²¹ Saul MONZANI (Il principio di separazione tra funzione ..., 2014, p. 119).

⁷²² Francesco MERLONI (La distinción entre «política» y «administración», 1998, p. 36).

⁷²³ Saul MONZANI (Il principio di separazione tra funzione ..., 2014, p. 119).

baseia em leitura formalista da Constituição Italiana (artigo 95), quando na realidade referida Carta Magna reconhece não apenas como autonômas as atribuições administrativas quanto se pode depreender que a direção administrativa geral fica a cargo do ministro e que a direção administrativa intermediária ou estritamente operacional fica a cargo dos dirigentes do órgão.⁷²⁴ A unidade da direção administrativa e a correlativa responsabilidade política não implicam a atribuição aos ministros de tarefas concretas de administração.⁷²⁵

Ante os valores constitucionais do pluralismo, policentrismo e autonomia, a responsabilidade do ministro pelos atos dos ministérios não deve ser interpretada de forma rígida a resultar numa responsabilização política global por todos os atos que emana de qualquer órgão pertencente a essa organização, mas deve ser visto como responsabilidade mais específica reconectada a atos próprios da função do ministro, de modo que as disposições do artigo 95 vieram a constituir apenas um momento de evidenciação da função administrativa como um todo, para garantir a continuidade entre política e administração, sem impedir, ao mesmo tempo, a atribuição de competências e responsabilidades autônomas à burocracia.⁷²⁶

Na Alemanha, não é relevante a distinção entre funcionários de alto escalão (*hauts fonctionnaires*) e os demais funcionários, porque os primeiros não formam uma categoria homogênea, por falta de uma formação própria e de um prestígio diferenciado dos demais funcionários, inclusive os funcionários superiores da escala hierárquica.⁷²⁷ A única distinção que é cabível é a diferenciação entre agentes políticos e outros funcionários.⁷²⁸ Os agentes políticos (*politische Beamte*) são, no âmbito federal, os secretários-gerais dos ministérios e os diretores de ministérios, e no âmbito estadual, os funcionários dos estados (*Länder*)⁷²⁹ que “desempenham funções no exercício dos quais devem estar de acordo com conceitos e objetivos da política do governo: todos são susceptíveis de ser colocado temporariamente em licença por decisão discricionária”, conforme § 36 da Lei sobre os funcionários federais e § 31 da Lei-Quadro dos funcionários públicos estaduais. Em alguns aspectos, os funcionários eleitos

⁷²⁴ Saul MONZANI (Il principio di separazione tra funzione ..., 2014, p. 125).

⁷²⁵ Saul MONZANI (Il principio di separazione tra funzione ..., 2014, p. 125).

⁷²⁶ Saul MONZANI (Il principio di separazione tra funzione ..., 2014, p. 126).

⁷²⁷ FROMONT e SIEDENTOPF (Groupes de pression et administration en Allemagne, 1992, p. 105).

⁷²⁸ FROMONT e SIEDENTOPF (Groupes de pression et administration en Allemagne, 1992, p. 105).

⁷²⁹ FROMONT e SIEDENTOPF (Groupes de pression et administration en Allemagne, 1992, p. 105).

(*Wahlbeamte*) também podem ser categorizados funcionários “politizados”; são principalmente os funcionários locais: prefeito (*Bürgermeister*) e vice-prefeito (*Beigeordneter*), chefe da administração do distrito (*Landrat*) e secretário-geral do distrito (*Oberkreisdirektor*). É indiscutível que os funcionários “politizados” são muito mais sensíveis a pressões de grupos de interesse que outros funcionários.⁷³⁰

4.4.1 Politização da burocracia e parlamentarismo limitado

O legislador ordinário italiano, embora procure estabelecer, no plano funcional, uma nítida separação entre política e administração, acaba por vezes a introduzir formas de “interferência na fase executiva-operacional da ação administrativa”, pondo a direção, assim, sob o plano estrutural, a “uma certa influência da esfera política”, que se traduz numa “politização da administração”.⁷³¹

O resultado desta politização tem sido um fenômeno que, de certa forma, mais do que a interligação ou distinção, traduz uma sobreposição real da política sobre a administração, por meio do estabelecimento, entre os dois, de um canal do tipo fiduciário.⁷³²

O fenômeno da politização da administração ocorre com mais vigor no sistema presidencialista. No parlamentarismo, afirma Ackerman,⁷³³ os funcionários públicos “têm estímulos vigorosos para se manter atentos aos comandos do novo ministro quando ele descreve seus objetivos programáticos. Da mesma forma, são encorajados a adaptar a sabedoria profissional preexistente aos imperativos políticos que ascenderam junto com o novo ministro”. No presidencialismo, a divisão do poder legislativo entre presidente e parlamento provoca “um campo de batalha entre os burocratas ideológicos entrincheirados e os correligionários do Presidente que lutam infinitamente pelo suporte político”.⁷³⁴

Esta é uma das razões para Ackerman rejeitar o modelo presidencialista e preferir

⁷³⁰ FROMONT e SIEDENTOPF (Groupes de pression et administration en Allemagne, 1992, p. 105).

⁷³¹ Saul MONZANI (Il principio di separazione tra funzione ..., 2014, p. 132).

⁷³² Saul MONZANI (Il principio di separazione tra funzione ..., 2014, p. 132). No mesmo sentido, Carlo D'ORTA (La riforma della dirigenza, 1994, p. 189). Na contextualização de seu artigo, Carlo D'ORTA (La riforma della dirigenza, 1994, pp. 151-152) menciona que a política e administração estão em conflito em todas as democracias liberais: de um lado, o princípio da maioria e a supremacia do órgão político eleito pelo voto popular impõem uma supremacia da política sobre administração; por outro lado, o princípio da igualdade dos cidadãos e o princípio da imparcialidade da administração impõem que a administração pública não responda apenas ao político, mas a toda coletividade.

⁷³³ Bruce ACKERMAN (A nova separação dos poderes, 2009, p. 82).

⁷³⁴ Bruce ACKERMAN (A nova separação dos poderes, 2009, p. 82).

o modelo de “parlamentarismo limitado”. O parlamentarismo limitado não corresponde ao parlamentarismo da Inglaterra, onde o poder legislativo é soberano, não encontrando limites em uma constituição escrita e uma corte constitucional.⁷³⁵ No parlamentarismo limitado, “a nenhuma instituição única é concedido o monopólio sobre o poder legislativo”.⁷³⁶ Seria aquele onde o legislativo é limitado por uma constituição escrita, uma declaração de direitos e um poder judiciário, como se pode observar, segundo o autor, no Japão e Alemanha.⁷³⁷

Ackerman defende algumas adições a este modelo de parlamentarismo limitado, todas na linha de criação de uma gama de instâncias de controle dos poderes. Pertinente à especialização funcional, defende que, além de um sistema de tribunais independentes, haja uma “instância de integridade” capaz de reduzir o nível de corrupção na burocracia administrativa e melhorar, bem como uma “instância regulatória”, que “força a burocracia a explicar como o seu legislador suplementar melhorará de fato os resultados gerados pela ‘mão invisível’”.⁷³⁸ No campo da legitimidade democrática, defende a limitação do poder legislativo por decisões prévias do povo por meio de “referendos sequenciais e implementados por uma corte constitucional”.⁷³⁹ E para salvaguardar os direitos fundamentais, além de uma corte constitucional, o poder deve encontrar limites em uma “instância da democracia” que assegure a participação dos indivíduos, uma “instância da justiça distributiva”, “que se concentra na provisão econômica mínima daqueles cidadãos menos capazes de defender os seus direitos politicamente”.⁷⁴⁰

4.5 Responsabilidade como tarefas públicas

Da divisão de responsabilidade entre os atores sociais (Estado, sociedade, associações, empresas, indivíduos) como pressuposto de uma ordem social e política, na linha dos ensinamentos de Picht,⁷⁴¹ recorte este que é realizado pela Constituição, resultam as tarefas que estão a cargo do setor público, as tarefas públicas.⁷⁴² As tarefas

⁷³⁵ Bruce ACKERMAN (A nova separação dos poderes, 2009, p. 7). Cumpre anotar que, em outubro de 2009, foi criada a Suprema Corte do Reino Unido, órgão independente do Parlamento, o qual, até então, por meio do Comitê de Apelações da *House of Lords*, consistia na última instância judicial.

⁷³⁶ Bruce ACKERMAN (A nova separação dos poderes, 2009, p. 63).

⁷³⁷ Bruce ACKERMAN (A nova separação dos poderes, 2009, p. 1).

⁷³⁸ Bruce ACKERMAN (A nova separação dos poderes, 2009, p. 113).

⁷³⁹ Bruce ACKERMAN (A nova separação dos poderes, 2009, p. 113).

⁷⁴⁰ Bruce ACKERMAN (A nova separação dos poderes, 2009, p. 114).

⁷⁴¹ Georg PICHT (Wahrheit, Vernunft, Verantwortung, 1969, p. 336).

⁷⁴² Pode-se ainda diferenciar tarefas públicas de tarefas estatais, estas últimas a cargo do Estado, e

públicas, comparando com os demais conceitos estatais relativos à persecução do bem da comunidade política, situam-se numa escala menor de abstração que os fins do Estado (*Staatsziele*), os quais, por sua vez, estão abaixo em abstração que as finalidades do Estado (*Staatszwecke*); sendo que todas necessitam das funções públicas como meios para atingir o êxito de cada uma destas categorias.⁷⁴³

Importante anotar, com João Loureiro, que “os fins do Estado não se confundem com as finalidades do Estado (*Staatszwecke*)”, haja vista que, no que tange às finalidades, “a preocupação principal era a justificação ou legitimação desta entidade política”,⁷⁴⁴ o que não ocorre com os fins. Os fins são os interesses públicos que o Estado assume como seus; as tarefas são as competências materiais (*Sachzuständigkeiten*) correspondentes aos interesses públicos; as funções são as formas de ação que o Estado dispõe para realizar seus fins e tarefas.

Se a responsabilidade como categoria jurídica geral gera dimensões de deverosidade, no âmbito estatal, da mesma forma, “a responsabilidade do Estado, enquanto expressão de uma comunidade politicamente organizada, permite afirmar a existência de um conjunto de deveres de protecção dos bens, de promoção (prestação) e de respeito”.⁷⁴⁵

as primeiras a cargo de organizações públicas não estatais. No presente estudo, não será relevante esta diferenciação, razão pela qual optou-se em utilizar indistintamente tarefas públicas e tarefas estatais.

⁷⁴³ João Carlos LOUREIRO (Constituição e biomedicina. Vol. I, 2003, pp. 111-112) dá como exemplo de *finalidade* do Estado a garantia do Direito, da paz e da segurança; de *fim*, o Estado Social; de *tarefa*, as políticas de pleno emprego.

⁷⁴⁴ João Carlos LOUREIRO (Constituição e biomedicina. Vol. I, 2003, p. 111).

⁷⁴⁵ João Carlos LOUREIRO (Constituição e biomedicina. Vol. I, 2003, p. 110).

5 RESPONSABILIDADE E REPRESENTAÇÃO

Pretende-se neste tópico examinar o surgimento da conexão entre o princípio da responsabilidade e o sistema representativo de governo, incluindo, neste último, a técnica da maioria para tomada de decisão pública.

É claro que o sistema (ou princípio) representativo está atualmente associado à democracia, contudo, ambos sofreram influxos recíprocos.⁷⁴⁶ O sistema representativo não coincide com a forma democrática de organização do poder.⁷⁴⁷ Pode muito bem existir representação sem democracia, da mesma forma que pode existir democracia sem regime representativo.⁷⁴⁸

O sistema representativo significa, no magistério de Bobbio,⁷⁴⁹ que “as deliberações que dizem respeito à coletividade inteira são tomadas, não diretamente por aqueles que dela fazem parte, mas por pessoas eleitas para esta finalidade”, não sendo relevante “se os órgãos de decisão são o parlamento, o presidente da república, o parlamento mais os conselhos regionais”. Daí porque o sistema parlamentar é apenas uma forma particular do sistema representativo.⁷⁵⁰ O princípio parlamentar é o princípio representativo aplicado no poder legislativo. Pode muito bem existir “uma democracia sem aquilo que chamamos de sistema parlamentar moderno, e pode existir um sistema parlamentar sem democracia”.⁷⁵¹ Cumpre anotar que “a equiparação do sistema representativo com o sistema parlamentar é determinativo da confusão do século XIX”.⁷⁵²

Embora fincadas suas bases mestras na Inglaterra, no século XVIII, noções do princípio representativo já surgiam na antiguidade.

⁷⁴⁶ Maria Benedita URBANO (Apontamentos esparsos sobre a responsabilidade ..., 2012, p. 601) afirma que, embora tenha recebido influxo do princípio democrático, o conceito de representação evoluiu por si mesmo independentemente do fenómeno da democratização dos sistemas políticos.

⁷⁴⁷ Sabino CASSESE (Maggioranza e minoranza, 1995, p. 36) afirma, por exemplo, que “o princípio da maioria não vem com a democracia, nem a sua história coincide com a da democracia como forma de governo”.

⁷⁴⁸ Paulo BONAVIDES (O regime representativo e a democracia, 1968, p. 100). No primeiro caso (representativo sem ser democrático), referido autor inclui a monarquia inglesa até ao século XVIII. No segundo caso, a democracia direta na Grécia antiga. Maria Benedita URBANO (Representação política e Parlamento, 2009, p. 39), contudo, afirma que a eliminação do parlamento é um atentado à democracia.

⁷⁴⁹ Norberto BOBBIO (O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo, 1986, p. 56).

⁷⁵⁰ Norberto BOBBIO (O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo, 1986, p. 56).

⁷⁵¹ Carl SCHMITT (Situação intelectual do sistema parlamentar atual, 1996, p. 32).

⁷⁵² Carl SCHMITT (Situação intelectual do sistema parlamentar atual, 1996, pp. 74, nota n. 4).

5.1 Antigas repúblicas: decisão da maioria e representação em funções públicas

Entre as cinco características do governo do povo da antiguidade, nos termos do relato de Heródoto, estavam a deliberação e a decisão na assembleia popular, bem como o provimento de cargos públicos pelo sorteio.⁷⁵³

Quanto à decisão na assembleia popular, Heródoto ainda esclarece que a decisão era tomada pela maioria dos presentes (princípio da maioria), o que se pode inferir do fato de haver, além dos três persas referidos (Dario, Megabises e Otanes), mais quatro votantes, os quais acompanharam a opinião de Dario, de modo que a monarquia foi escolhida pelo voto de 5 (cinco) entre 7 (sete) que votaram.

Na Grécia antiga, por exemplo, uma multidão confusa de cidadãos se reunia em teatro em Atenas, e, “eles eram contados por cabeça, e cada um tinha o direito de falar”.⁷⁵⁴

O princípio da maioria está, pois, na essência da democracia direta, a qual pressupõe que todos os cidadãos tenham o mesmo valor. O princípio da maioria, portanto, surgiu muito antes do princípio representativo. Como discorre Bluntschli, “a decisão da maioria, provavelmente, corresponde ao verdadeiro caráter de toda a nação”,⁷⁵⁵ mas admite que “a assembleia popular de uma democracia direta não é meramente uma massa de indivíduos com direitos iguais, mas é facilmente influenciado pelos magistrados, pelos grandes oradores, e os cidadãos mais respeitados”.⁷⁵⁶

Alguns inconvenientes da democracia direta eram constatados. Ainda na Grécia antiga, Platão e Aristóteles ressaltaram que o governo de homens inexperientes na gestão pública pode se distanciar dos interesses do povo, transformando-se em governo contra o povo.⁷⁵⁷ Platão defendia que o governo recaísse sobre homens especializados na arte de governar, negando às pessoas comuns a competência para este mister, o que, na visão de Dahl, “sempre foi o mais importante rival das ideias democráticas”.⁷⁵⁸

Na antiguidade, apesar do modelo de democracia direta, onde todos participavam da decisão, era utilizado o sorteio para a escolha dos detentores de várias funções

⁷⁵³ BLUNTSCHLI (The theory of state, 1892, p. 475). Este tipo de governo (governo do povo ou de todo o povo) ainda não era designado de democracia.

⁷⁵⁴ BLUNTSCHLI (The theory of state, 1892, p. 513).

⁷⁵⁵ BLUNTSCHLI (The theory of state, 1892, p. 481).

⁷⁵⁶ BLUNTSCHLI (The theory of state, 1892, p. 481).

⁷⁵⁷ Hans Kelsen (Fundamentos da democracia, 2000, p. 141).

⁷⁵⁸ Robert Dahl (Sobre a democracia, 2001, p. 84).

públicas, que, “segundo Aristóteles, era ainda mais democrático”.⁷⁵⁹ Anota, contudo, Bobbio, que o sorteio, para não se consubstanciar em “procedimento arbitrário”, deve se basear na “igualdade dos cidadãos, isto é, de que todos valem o mesmo e que, portanto, qualquer que seja a indicação da sorte, o resultado tem o mesmo valor”.⁷⁶⁰

Com razão então os Federalistas, quando defendem a tese de que a ignorância das antigas repúblicas sobre o sistema representativo não era tão grande,⁷⁶¹ pois, “nas mais puras democracias da Grécia, muitas das funções executivas eram desempenhadas, não pelo povo, mas por magistrados da sua escolha, que o ‘representavam’ no exercício do Poder Executivo”.⁷⁶²

Por este motivo, a assertiva de Rousseau⁷⁶³ no sentido de que a ideia de representantes é moderna, e que não havia nas antigas Repúblicas, surgindo nos governos feudais, deve ser compreendida exclusivamente com relação à representação *legislativa*. De fato, embora tenha criticado a representação para o poder *legislativo*, Rousseau reconhece como indispensável a representação para o poder *executivo*.⁷⁶⁴ O que é moderna, então, é a representação *legislativa*, não o conceito de representação.

5.2 Princípio da maioria x princípio da unanimidade.

5.2.1 Do princípio da maioria para decidir

O princípio da maioria⁷⁶⁵ antecede ao sistema representativo e à democracia como forma de governo. Desde a antiguidade, o homem enfrenta a problemática da decisão

⁷⁵⁹ Raymond ARON (Democracia e totalitarismo, 1986, p. 79).

⁷⁶⁰ Norberto BOBBIO (A teoria das formas de governo, 1980, p. 42).

⁷⁶¹ HAMILTON, MADISON e JAY (O federalista, 2003, p. 383).

⁷⁶² HAMILTON, MADISON e JAY (O federalista, 2003, p. 384).

⁷⁶³ Jean-Jacques ROUSSEAU (O contrato social ou princípio do direito político, 1999, p. 114).

⁷⁶⁴ Jean-Jacques ROUSSEAU (O contrato social ou princípio do direito político, 1999, p. 115). Diz o autor justamente que, “sendo a lei apenas a declaração da vontade geral, torna-se claro que, no poder legislativo, o povo não pode ser representado; mas pode e deve sê-lo no poder executivo, que nada mais é que a força aplicada à lei”. A propósito, convém lembrar o que afirmou Paulo BONAVIDES (Ciência Política, 2011, p. 299): “Se na região da doutrina Rousseau é tão severo contra o princípio da representação, veremos no entanto que o seu pensamento anti-representativo se abrandava em presença das necessidades de auto-organização que o Estado moderno produziu, daqui nascendo transigências que doutra forma não se explicariam. Em primeiro lugar, estabelece ele uma distinção entre o poder legislativo e o poder executivo, tocante à representação. Diz que no primeiro, relativo à lei e à declaração da vontade geral, o povo não pode ser representado, ao passo que no segundo, que outra coisa não é senão a força aplicada à lei, o povo não somente pode como deve ser representado”.

⁷⁶⁵ Ou princípio da decisão majoritária. O princípio da maioria para eleger os representantes acaba sendo, em última instância, uma concretização do princípio da maioria como técnica de decisão (ou princípio da decisão majoritária).

em órgãos colegiados (incluindo aí as assembleias nas democracias diretas), compostos que são por uma pluralidade de participantes.

O ideal seria que as decisões fossem tomadas por unanimidade dos participantes, pois, assim, todos teriam consentido com o determinado desfecho. Não havendo quem discorde da decisão, não há nenhuma mácula à vontade e à liberdade individual dos participantes.

Mas este critério da unanimidade não é prático, o que poderia levar à inoperatividade do órgão, dadas as extremas dificuldades de se obter consenso entre pares, especialmente nos assuntos mais polêmicos. Tanto é assim que até Rousseau, reconhecido filósofo defensor da liberdade, somente exigiu unanimidade para o contrato fundante do Estado (contrato inicial), reservando a decisão por maioria para as demais deliberações.⁷⁶⁶

Arendt afirma que “o princípio majoritário é inerente ao próprio processo de tomada de decisão”, concluindo que “passível que seja adotado quase automaticamente em todos os tipos de assembleias ou conselhos deliberativos”.⁷⁶⁷

Por isso, desde sempre, o princípio da maioria foi utilizado como técnica para tomada de decisão em órgãos colegiados, em substituição ao princípio da unanimidade.⁷⁶⁸

Como aponta Waldron, “a decisão majoritária é, no mínimo, tão antiga quanto a democracia ateniense”.⁷⁶⁹ Não obstante a democracia direta em Atenas tenha desaparecido, “o princípio majoritário resistiu e prevaleceu em quase todos os contextos em que são tomadas decisões por corpos compostos por mais de dois ou três indivíduos que se consideram iguais”.⁷⁷⁰

⁷⁶⁶ Jean-Jacques ROUSSEAU (O contrato social ou princípio do direito político, 1999, p. 129). Afirma ainda ROUSSEAU que, “se, no momento do pacto social, houver, pois, opositores, sua oposição não invalida o contrato, impede apenas que se incluam nele: serão estrangeiros entre os cidadãos. Quando o Estado é instituído, a residência implica o consentimento; habitar o território é submeter-se à soberania. (...) Fora desse contrato primitivo, o voto da maioria obriga sempre os demais — e uma consequência do próprio contrato”.

⁷⁶⁷ Hanna ARENDT (Sobre a revolução, 2011, p. 215).

⁷⁶⁸ Sabino CASSESE (Maggioranza e minoranza, 1995, p. 37). Uma exceção à aplicação do princípio da maioria é a decisão do júri, em que, em alguns países, exige-se que a condenação seja por unanimidade de seus integrantes.

⁷⁶⁹ Jeremy WALDRON (A dignidade da legislação, 2003, p. 152). Referido autor acrescenta que Bernard BOSANQUET (The Philosophical Theory of the State, 2. ed., Londres, Macmillan & Co., 1910. pp. 4-5) já apregoava que a decisão majoritária era “o genuíno instrumento de toda ação política, (...) inventada, tanto quanto podemos perceber, pelos gregos. O simples expediente pelo qual é feita uma votação organizada e a minoria aquiesce à vontade da maioria como se fosse a sua ... é encontrado pela primeira vez, como método cotidiano de decisão, na vida política grega”.

⁷⁷⁰ Jeremy WALDRON (A dignidade da legislação, 2003, p. 152).

Políbio, por exemplo, já indicava que, para que houvesse democracia no período romano, era necessário, além da obediência às leis, que “as decisões políticas [fossem] tomadas pela maioria”.⁷⁷¹

O princípio da maioria foi utilizado pelos *comitia* romanos, colégios de bispos, senado da república veneziana, conselhos da Florença de Maquiavel, parlamentos medievais, entre outros.⁷⁷²

O princípio da maioria são, para Becker, “regras básicas estatais”.⁷⁷³ Não obstante, a discussão teórica em torno deste princípio não foi aprofundada no que tange a “sua natureza, sua base e sua justificativa”.⁷⁷⁴ Daí indaga Waldron: “o princípio majoritário é óbvio demais para exigir qualquer gasto de energia filosófica?”.⁷⁷⁵

Locke defende o princípio majoritário utilizando simplesmente uma analogia com o deslocamento de um corpo através de uma força física. O corpo é a comunidade política e a força, o consentimento da maioria. Assim, o referido filósofo apega-se a “uma concepção da ciência natural para explicar o princípio majoritário”.⁷⁷⁶ Não há outro raciocínio além da analogia. Não há sequer uma justificativa para aplicação do conceito da ciência natural. Locke afirma simplesmente que, “se a maioria não for capaz de resolver pela totalidade, não poderá agir como um corpo e por isso, será imediatamente dissolvida”.⁷⁷⁷ Está implícito em seu raciocínio a dificuldade de se obter a unanimidade entre os membros da comunidade, o que faz com que o princípio da maioria seja a única regra de decisão possível.⁷⁷⁸

Rousseau apresenta preceitos gerais para disciplinar a utilização das variantes do

⁷⁷¹ POLÍBIO (História da conquista romana do mundo helênico, 1981, p. 118).

⁷⁷² Jeremy WALDRON (A dignidade da legislação, 2003, p. 152).

⁷⁷³ Werner BECKER (La libertad que queremos, 1990, p. 63). Referido autor cita alguns teóricos que abordaram a questão com mais vagar: “Há uma linha em Aristóteles, algumas linhas no Leviatã [Hobbes], uma página no Segundo tratado do governo, de Locke, e alguns comentários esquivos e ambíguos no Contrato Social, de Rousseau. Há mais nos escritos de Condorcet - Marie-Jean-Antoine-Nicolas Caritat de Condorcet - no século XVIII e muito mais na ciência política do século XX, graças em boa parte aos esforços de teóricos da opção social que foram influenciados pelo Ensaio sobre a aplicação da matemática à probabilidade das decisões alcançadas pelo voto majoritário de Condorcet ou que (sob sua influência ou não) exploraram os caminhos dos quais ele foi pioneiro”.

⁷⁷⁴ Jeremy WALDRON (A dignidade da legislação, 2003, p. 151).

⁷⁷⁵ Jeremy WALDRON (A dignidade da legislação, 2003, p. 158).

⁷⁷⁶ Jeremy WALDRON (A dignidade da legislação, 2003, p. 152).

⁷⁷⁷ John LOCKE (Segundo tratado sobre o governo [1690], 2002, p. 77). Em outra passagem, John LOCKE (p. 76) diz que “apenas o consentimento dos indivíduos leva a comunidade a agir, e é necessário, para que um corpo se mova em certo sentido que o faça movido pela força maior, ou seja, a do consentimento da maioria”.

⁷⁷⁸ Já Jeremy WALDRON (A dignidade da legislação, 2003, p. 163) não tem tanta certeza de que esta justificativa subjaz ao raciocínio do Locke: “Locke às vezes parece dar a entender que é na sua sugestão de que o princípio majoritário é a única regra de decisão possível para um corpo eficaz incapaz de unanimidade”.

princípio da maioria: “primeiro, quanto mais graves e importantes sejam as deliberações, mais se deve aproximar da unanimidade o parecer aprovado; segundo, quanto mais rapidez exige o assunto debatido, mais se deve restringir a diferença prescrita na divisão dos pareceres, e, nas deliberações a serem encerradas imediatamente, o excedente de um só voto deve bastar”.⁷⁷⁹

Através de um simples raciocínio lógico-matemático, constata-se que há inúmeras variantes para o princípio da maioria que vão desde a *igualdade mais um* à *unanimidade menos um*.⁷⁸⁰ Pode-se destacar as mais utilizadas: maioria simples (metade dos presentes mais um), maioria absoluta (metade mais um dos membros que compõe o órgão colegiado ou assembleia), e maioria qualificada (2/3, 3/5, ou seja, percentuais mais gravosos que 1/2 mais 1).

Se, como diz Schumpeter, “evidentemente, a vontade da maioria é a vontade da maioria e não a vontade do ‘povo’”,⁷⁸¹ qual o fundamento para vinculação da minoria à decisão da maioria? Associa-se em regra ao princípio da igualdade, que pressupõe que as vontades dos indivíduos são iguais. Mas como justificar que uma quantidade maior de votos tem mais poder do que poucos votos?

Não se pode simplesmente deduzir do fato de que um indivíduo não vale mais que outro que a vontade da maioria é a que deve prevalecer.⁷⁸² Para Kelsen, contudo, “o princípio da maioria absoluta (e não qualificada) representa a aproximação relativamente maior da ideia de liberdade”.⁷⁸³ E conclui Kelsen que a ideia que leva racionalmente ao princípio majoritário é a “ideia de que, se nem todos os indivíduos são livres, pelo menos o seu maior número o é, o que vale dizer que há necessidade de uma ordem social que contrarie o menor número deles”.⁷⁸⁴ O certo é que “a aplicação dos processos de maioria no domínio estatal depende de um clima de tolerância”.⁷⁸⁵

Kelsen defende o princípio da maioria de forma pragmática.⁷⁸⁶ Para Kelsen, o

⁷⁷⁹ Jean-Jacques ROUSSEAU (O contrato social ou princípio do direito político, 1999, p. 131).

⁷⁸⁰ Nesse sentido, Jean-Jacques ROUSSEAU (O contrato social ou princípio do direito político, 1999, p. 131) afirma que “a diferença de um único voto rompe a igualdade; um único oponente rompe a unanimidade; no entanto, entre a unanimidade e a igualdade, há várias divisões desiguais, para cada uma delas pode-se fixar esse número segundo a situação e as necessidades do corpo político”.

⁷⁸¹ Joseph A. SCHUMPETER (Capitalism, socialism and democracy, 2010, p. 244).

⁷⁸² Hans KELSEN (Essência e valor da democracia, 2000, p. 31).

⁷⁸³ Hans KELSEN (Essência e valor da democracia, 2000, p. 31).

⁷⁸⁴ Hans KELSEN (Essência e valor da democracia, 2000, p. 32).

⁷⁸⁵ Werner BECKER (La libertad que queremos, 1990, p. 65).

⁷⁸⁶ Hans KELSEN (Essência e valor da democracia, 2000, p. 31). O autor não esclarece, contudo, se está a tratar do princípio da maioria como técnica de decisão, como método para eleger os representantes ou como sistema para os representantes decidirem as matérias postas à discussão no parlamento.

princípio da maioria tem condições de impedir o domínio de classe na democracia. Diz ainda que “a existência da maioria pressupõe, por definição, a existência de uma minoria e, por consequência, o direito da maioria pressupõe o direito à existência de uma minoria. Disso resulta não tanto a necessidade, mas principalmente a possibilidade de proteger a minoria contra a maioria”.⁷⁸⁷ Diz também que, “ao se considerar a realidade social, o significado do princípio de maioria não é que a vontade da maioria numérica tenha a supremacia, mas que, admitida essa ideia e exercendo tal ideologia sua influência, os membros da comunidade social organizem-se essencialmente em dois grupos”.⁷⁸⁸

Há quem diga, como Waldron, que “não há nada especificamente democrático na decisão majoritária. Por si, o princípio nada implica quanto ao sufrágio. A corrupta Câmara dos Comuns, comprada e vendida pelos proprietários ingleses do século XVIII, usou a decisão majoritária”.⁷⁸⁹ Contudo, Waldron conclui que a decisão majoritária, além de um processo decisório eficaz, é um processo respeitoso, porque considera com seriedade as diferenças de opinião quanto ao objeto da decisão.⁷⁹⁰

Para responder à indagação sobre a finalidade e os resultados da aplicação do princípio da maioria, há cinco teorias, muito bem sintetizadas por Becker:⁷⁹¹ teoria da indução, teoria do aperfeiçoamento da racionalidade, teoria do incremento do proveito individual, teoria da transmissão e a teoria da luta controlada pelo poder.

A teoria da indução pressupõe a existência de uma concepção de proveito comunitário, e que este proveito pode ser aferido através da manifestação das opiniões das pessoas. Segundo esta teoria, se a maioria de pessoas expressa a mesma opinião sobre o proveito comunitário, então esta opinião é a máxima aproximação possível da concepção do proveito comunitário. Rousseau, ao introduzir em sua doutrina o conceito de vontade geral, e defender a democracia direta, sem partidos políticos, se alinha a esta teoria da indução.

A teoria do aperfeiçoamento da racionalidade prescinde de ideias como proveito comunitário. Seu fundamento é a notória constatação de que, quanto mais informações se tem sobre o assunto a ser deliberado, melhor é a decisão. A decisão tomada por muitos é mais sensata, mais razoável, mais racional que a tomada por um indivíduo.

⁷⁸⁷ Hans Kelsen (Essência e valor da democracia, 2000, p. 67).

⁷⁸⁸ Hans Kelsen (Essência e valor da democracia, 2000, p. 69).

⁷⁸⁹ Jeremy Waldron (A dignidade da legislação, 2003, p. 152).

⁷⁹⁰ Jeremy Waldron (A dignidade da legislação, 2003, p. 192).

⁷⁹¹ Werner Becker (La libertad que queremos, 1990, pp. 65-74).

Hayek destaca a significação social do fato aparentemente trivial de que o saber de uma sociedade nunca pode ser acumulado em uma cabeça, sendo resultado de “um processo de discussão realizado em outro nível entre os que estão mais interessados pelas ideias gerais do que por problemas concretos”.⁷⁹²

A teoria do incremento do proveito individual justifica a finalidade do princípio da maioria na crença de que, somente com a participação do cidadão na formação democrática da vontade, o indivíduo consegue extrair sua essência individual. Rousseau também adota esta corrente ao considerar a emancipação ou libertação do indivíduo pela participação social.

A teoria da transmissão apregoa a transformação de interesses sociais em política estatal por meio de partidos políticos, os quais possuem a tarefa de filtrar e consolidar os interesses que se encontram difusos na sociedade.

A teoria da luta controlada pelo poder preconiza que a finalidade do processo majoritário é propiciar o exercício não ditatorial do poder político. Defende uma solução para tomada de decisão sem utilização de atos de violência, onde os meios para alcançá-la são apenas as discussões e os debates. Desde a antiguidade, encontram-se resquícios desta corrente da finalidade dos processos de maioria, tendo ganhado mais destaque recentemente pelas letras de Schumpeter e Kelsen.

Madison, Thomas Jefferson, e Tocqueville,⁷⁹³ segundo a doutrina de Cassese,⁷⁹⁴ “falaram do majoritário como sistema de decisão em assembleias eleitas de minoria (um pequeno número de eleitores)”, não tratando sobre o problema da representação. Apenas posteriormente, por influência do modelo Westminster, o princípio da maioria passa a ser utilizado para eleger os representantes.⁷⁹⁵

5.2.2 Maioria para eleger (representação)

Não há grandes problemas na aplicação do princípio da maioria para a escolha de um governante ou um assento qualquer. Será escolhido aquele que obtiver a maioria dos votos. Problemas começam a surgir quando são vários assentos a serem escolhidos, como é o caso da escolha dos parlamentares para comporem a Assembleia Legislativa. Por isso, “temos de distinguir maioria popular ou eleitoral de maioria de governo,

⁷⁹² Friedrich August von HAYEK (Os fundamentos da liberdade, 1983, p. 124).

⁷⁹³ TOCQUEVILLE (Da democracia na América, 2001).

⁷⁹⁴ Sabino CASSESE (Maggioranza e minoranza, 1995, p. 32).

⁷⁹⁵ Sabino CASSESE (Maggioranza e minoranza, 1995, p. 37).

sistema eleitoral majoritário de maioria parlamentar”.⁷⁹⁶

A questão crucial e pouco debatida é, assim reputou Cassese, “a transposição da regra da maioria do sistema de tomada de decisão em um colegiado ao sistema de cálculo de votação, que se atribui, por convenção, um valor de maioria a uma entidade não majoritária”.⁷⁹⁷

O sistema usual é de votação única, em que cada eleitor escolhe um único representante, e ao final, preenche-se o número de assentos com os mais votados. A fórmula eleitoral majoritária pode ser diferente, entrando variáveis como a quantidade de votações, quantidade de representantes existentes na cédula de votação, a existência ou não de colégios (eleitores divididos em colégio).

De qualquer forma, o sistema majoritário, “pelo qual transformam-se votos em cadeiras, atribui contabilmente um número de assentos não proporcional àqueles dos votos”.⁷⁹⁸

Por fim, imperioso destacar que, mais recentemente, com o surgimento das teorias deliberativas da democracia, a unanimidade, ao lado da conversação, passa a ser valorizado.⁷⁹⁹

5.3 Representação

5.3.1 Soberania popular x soberania nacional

Sem dúvidas, o “ponto de partida para a boa compreensão de todo o sistema representativo nas instituições do Estado moderno” são as “doutrinas básicas da soberania”.⁸⁰⁰

Hobbes desenvolveu a doutrina da soberania popular para deduzir da vontade popular a justificação do poder monárquico na sua teoria do contrato social.⁸⁰¹

Segundo Rousseau,⁸⁰² o mais destacado filósofo político da soberania popular, a soberania popular é a soma das frações de soberania de que são titulares os cidadãos. Cada cidadão é titular de uma fração do poder soberano, intervindo, nessa condição, na

⁷⁹⁶ Sabino CASSESE (Maggioranza e minoranza, 1995, p. 34).

⁷⁹⁷ Sabino CASSESE (Maggioranza e minoranza, 1995, p. 33).

⁷⁹⁸ Sabino CASSESE (Maggioranza e minoranza, 1995, p. 33).

⁷⁹⁹ Jeremy WALDRON (A dignidade da legislação, 2003, p. 184).

⁸⁰⁰ Paulo BONAVIDES (O regime representativo e a democracia, 1968, p. 103).

⁸⁰¹ Paulo BONAVIDES (Ciência Política, 2011, p. 141).

⁸⁰² Jean-Jacques ROUSSEAU (O contrato social ou princípio do direito político, 1999, pp. 33-45).

afirmação da vontade política. Rousseau defende, por isso, a universalidade do sufrágio e a igualdade política dos cidadãos. O sufrágio é um direito, não uma função.

A soberania popular é o exercício da vontade geral, e, dessa forma, não pode nunca ser alienada, ou seja, não pode ser representada. Rousseau sustenta que é até possível transmitir o poder, contudo, não se pode transmitir a vontade. Merecem relevo as seguintes palavras de Rousseau: “a soberania não pode ser representada pela mesma razão que não pode ser alienada; consiste essencialmente na vontade geral, e a vontade não se representa: ou é a mesma, ou é outra — não existe meio-termo. Os deputados do povo não são, pois, nem podem ser os seus representantes; são simples comissários, e nada podem concluir definitivamente. Toda lei que o povo não tenha ratificado diretamente é nula, não é uma lei”.⁸⁰³

Convém anotar que, para Rousseau,⁸⁰⁴ “sendo a lei apenas a declaração da vontade geral, torna-se claro que, no poder legislativo, o povo não pode ser representado; mas pode e deve sê-lo no poder executivo, que nada mais é que a força aplicada à lei”.

Basicamente com intuito de possibilitar a continuação do regime monárquico e coibir eventuais despotismos das multidões, os publicistas franceses da primeira fase da Revolução (1789-1791) desenvolveram outra doutrina da soberania, qual seja, a doutrina da soberania nacional.

Pela teoria jurídica da representação que surge com os constituintes franceses de 1791, a representação política cria, não apenas traduz, a vontade geral de Rousseau, dissociando-se, assim, da vontade dos representados, de forma que “podem os representantes legislar e governar de costas voltadas para o corpo político, para o eleitorado, para aquela coletividade democrática, contemporaneamente conhecida pelo nome de povo”.⁸⁰⁵

A titular única e exclusiva do poder soberano é a Nação, que exerce a soberania por meio de seus representantes.

A Revolução Francesa proclamou esse princípio tanto na DDHC de 1789 quanto na Constituição de 1791. O artigo 3º da Declaração prescreve que “o princípio de toda a soberania reside essencialmente na Nação” e que “nenhuma corporação, nenhum indivíduo pode exercer autoridade que dela não emane expressamente”.

⁸⁰³ Jean-Jacques ROUSSEAU (O contrato social ou princípio do direito político, 1999, p. 114).

⁸⁰⁴ Jean-Jacques ROUSSEAU (O contrato social ou princípio do direito político, 1999, p. 115).

⁸⁰⁵ Paulo BONAVIDES (O regime representativo e a democracia, 1968, p. 102).

No artigo 1º, do Título III, da Constituição de 1791, por seu turno, constou que “a soberania é una, indivisível, inalienável e imprescritível. Pertence à nação; nenhuma seção do povo, nenhum indivíduo pode atribuir-se-lhe o exercício”.

5.3.2 Origens do sistema representativo

O sistema representativo contrapõe-se ao sistema democrático-direto (ou plebiscitário), em que o povo é chamado a opinar em todas as matérias.

Há três ordens de razões para a justificação do sistema representativo, conforme catalogação de Paulo Bonavides:⁸⁰⁶ a) como razões de ordem *prática* estão o grande número de cidadãos dos estados modernos e a conseqüente impossibilidade fática de se organizarem em assembleias.; b) razão de ordem *racional* corresponde a “insuficiente educação política” que tem o povo para governar, como, por exemplo, a incapacidade de o povo tomar medidas urgentes, apesar da habilidade para escolher os governantes; c) razão de ordem *política* consiste na “introdução pelo sistema representativo de *um corretivo* na democracia, fazendo da Nação o sujeito do poder soberano, a Nação ou o Povo como acontece agora nas democracias de sufrágio universal”⁸⁰⁷.

Como resultado da luta da nobreza com a realeza no período feudal, criou-se na Inglaterra a instituição que, posteriormente, foi denominada de governo representativo.⁸⁰⁸

Guizot,⁸⁰⁹ eminente constitucionalista conservador do século XIX, inspirado no modelo anglo-saxão, aduz que a essência do sistema representativo é a limitação ao poder dos governantes.⁸¹⁰ São elementos essenciais do sistema representativo, segundo Guizot,⁸¹¹ a divisão dos poderes, a eleição e a publicidade. Paulo Bonavides,⁸¹² com referência à doutrina inovadora de Guizot, sustenta que o sistema representativo é “a antítese de toda organização absolutista de poder” e se caracteriza pela observância do “princípio de limitação da autoridade”, referindo-se ainda as três “formas exteriores” do sistema representativo: “a divisão dos poderes, a eleição e a publicidade”.⁸¹³

⁸⁰⁶ Paulo BONAVIDES (O regime representativo e a democracia, 1968, p. 102).

⁸⁰⁷ Paulo BONAVIDES (O regime representativo e a democracia, 1968, p. 102). Grifos originais.

⁸⁰⁸ José de ALENCAR (Systema representativo, 1868, p. 13).

⁸⁰⁹ Ocupou o cargo de Primeiro-Ministro da França, entre 19 de setembro de 1847 a 23 de fevereiro de 1848.

⁸¹⁰ François GUIZOT (A história das origens do governo representativo na Europa, 2008).

⁸¹¹ François GUIZOT (A história das origens do governo representativo na Europa, 2008, p. 169).

⁸¹² Paulo BONAVIDES (O regime representativo e a democracia, 1968, p. 99).

⁸¹³ Paulo BONAVIDES (O regime representativo e a democracia, 1968, p. 99).

5.3.3 Doutrinas políticas da representação

Há diversas doutrinas políticas da representação, mas que se reconduzem a basicamente duas visões sobre os elementos essenciais da relação entre representante e representado (vontade do representante e independência do representante).

Quanto à vontade, busca-se saber se a vontade do representante é ou não a mesma do representado. A doutrina da identidade ou doutrina monista apregoa que a vontade do representante é a mesma do representado, que a vontade do representante necessita da vontade do representado para se aperfeiçoar. Por outro lado, a doutrina da duplicidade ou doutrina dualista, a vontade do representante é distinta da vontade do representado, prescindindo do alinhamento com a vontade do representado para sua validade.⁸¹⁴

Como corolário das duas doutrinas da vontade tem-se a questão da independência ou dependência do representante para com o representado, fazendo com que o mandato seja compreendido ora como mandato imperativo, onde o representante praticamente não tem independência na sua atuação (corolário da doutrina da identidade das vontades), e o de mandato livre, onde o representante tem independência para com o representado (corolário da doutrina da duplicidade das vontades).

Até o século XVIII, antes da Revolução Francesa, prevaleceu a doutrina da “identidade”, segundo a qual a representação é vinculada ou imperativa, de forma que o representante se limita, no legislativo, a transmitir as solicitações realizadas pelos representados. Estas solicitações ou instruções eram geralmente escritas e específicas para cada deliberação. Corresponde, na visão de Bobbio, a uma “concepção privatista do mandato”, em que “o mandatário age em nome e por conta do mandante e, se não age nos limites do mandato, pode ser dele destituído”.⁸¹⁵

A doutrina da duplicidade foi um dos fundamentos principais para a elaboração do moderno sistema representativo, que marca o advento do Estado liberal, com a ascensão política da classe burguesa.⁸¹⁶

No esteio da doutrina da “duplicidade”, a representação é livre, o representante, uma vez eleito, se destaca dos eleitores e decide livremente os interesses a serem tutelados. Presume-se que os eleitores concederam o mandato para que o representante

⁸¹⁴ Paulo BONAVIDES (Ciência Política, 2011, p. 218) refere-se à identidade e duplicidade.

⁸¹⁵ Norberto BOBBIO (O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo, 1986, p. 152).

⁸¹⁶ Paulo BONAVIDES (Ciência Política, 2011, p. 218).

atue no interesse coletivo, estando o interesse individual subordinado ao coletivo.⁸¹⁷ Corresponde, ainda na síntese de Bobbio, “a uma concepção publicista segundo a qual a relação entre eleitor e eleito não pode mais ser figurada como uma relação contratual, pois um e outro estão investidos de uma função pública e a relação entre eles é uma típica relação de investidura, na qual o investido recebe um poder público e deve portanto exercer este poder em favor do interesse público”.⁸¹⁸ Nesta linha de raciocínio, representação não se confunde com mandato, substituição, delegação, institutos do direito privado.⁸¹⁹ Quanto à terminologia, Dallari esclarece que ambos (representação e mandato) têm a mesma inconveniência, por serem institutos do direito privado que são transpostos para o direito público,⁸²⁰ preferindo, segundo o autor, o mandato por ter em seu favor muitos séculos de uso.

A independência do representante é o pilar da doutrina da duplicidade, e a partir dela surgiram, durante os séculos XVIII e XIX, as seguintes teses liberais: “a publicidade, o livre debate no plenário das assembleias, o bem comum fortalecido pelas inspirações da razão, o culto da verdade, o princípio de justiça”.⁸²¹

A representação livre era defendida por Montesquieu, o qual reconhecia que, se os representantes seguissem instruções específicas (para cada assunto a ser deliberado), como ocorria à época na Alemanha, “a palavra dos deputados seria a melhor expressão da nação”. Contudo, ponderando que tal hipótese traria muitos inconvenientes (demora excessiva na deliberação, falta de agilidade nas situações urgentes), conclui que os representantes devem receber apenas instruções gerais, consistentes nas dadas por ocasião da eleição.⁸²²

Antes mesmo de Montesquieu, na Inglaterra, John Milton defendeu em 1660 a tese de que, após as eleições, os representantes já não eram mais responsáveis perante os eleitores, ao passo que Algernon Sidney, em sua obra *Discourses on Government* (1698), entendia que os representantes tinham competência para atuar em nome de todo o reino, não estando vinculados ao seu distrito de origem.⁸²³

No século XVIII, na França, a doutrina da “duplicidade” ganhou relevo. Burke⁸²⁴

⁸¹⁷ Norberto BOBBIO (O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo, 1986, p. 152).

⁸¹⁸ Norberto BOBBIO (O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo, 1986, p. 152).

⁸¹⁹ Carl SCHMITT (Situação intelectual do sistema parlamentar atual, 1996, pp. 74, nota n. 4.).

⁸²⁰ Dalmo DALLARI (Elementos de teoria geral do estado, 2005, p. 156).

⁸²¹ Paulo BONAVIDES (Ciência Política, 2011, p. 223).

⁸²² MONTESQUIEU (O espírito das leis, 1996, p. 171).

⁸²³ Paulo BONAVIDES (Ciência Política, 2011, p. 219).

⁸²⁴ Edmund BURKE (Discurso aos eleitores de Bristol [1774], 2012).

defendeu veementemente que era um erro fundamental sobre a ordem e o espírito da Constituição admitir que o eleitor pudesse enviar instruções vinculativas para os representantes seguirem. Ao defender o mandato livre, Burke⁸²⁵ sustenta que o representante deve sacrificar o seu repouso, seu prazer, suas satisfações, em prol do benefício dos representados, contudo, não pode sacrificar a sua opinião, sua consciência e seu julgamento, pois “esses atos que ele pratica não derivam do prazer de vocês - não, nem da lei ou da Constituição. Eles são uma confiança na Providência, por cujo abuso ele é profundamente responsável. Seu representante deve-lhes não somente sua diligência, mas seu julgamento; ele trai-os, em vez de servi-los, caso ele sacrifique seu julgamento em favor da opinião de vocês”. Burke esclarece que o governo e a legislação não são “questões de vontade”, mas sim “temas de razão e julgamento”, daí porque incompatível com o regime de “subserviência” do representante para com o representado, pois “que tipo de razão é essa em que a determinação precede a discussão”, indaga o autor.⁸²⁶ Outro argumento utilizado por Burke consistiu na natureza do Parlamento. Por ser “assembleia deliberativa da nação”, e não “congresso de embaixadores dos interesses diferentes e hostis”, deve buscar a definição do bem comum em prol do *interesse* da totalidade e não de um grupo ou de uma localidade; o representante, após eleito, torna-se membro do Parlamento, não da localidade.⁸²⁷

A Revolução Francesa consolidou de vez a representação livre. A representação imperativa foi expressamente abolida pela Constituição francesa de 1791, quando estabeleceu que “os representantes eleitos nos departamentos não serão representantes de nenhum departamento em particular, mas de toda a nação, e não lhes poderá ser dado nenhum mandato”. O termo mandato utilizado neste dispositivo constitucional corresponde “às instruções ou ordens específicas dadas pelos eleitores”.⁸²⁸

A adoção do sistema representativo é calcada na falta de tempo e de instrução dos cidadãos da nação para tratar dos projetos de lei, tornando-se imperioso “que os cidadãos nomeiem representantes, bem mais aptos que eles próprios a conhecerem o interesse geral e a interpretar sua própria vontade”.⁸²⁹ Todo cidadão que reúne as condições determinadas pela legislação tem direito de eleger representante, e sua

⁸²⁵ Edmund BURKE (Discurso aos eleitores de Bristol [1774], 2012).

⁸²⁶ Edmund BURKE (Discurso aos eleitores de Bristol [1774], 2012).

⁸²⁷ Edmund BURKE (Discurso aos eleitores de Bristol [1774], 2012).

⁸²⁸ Dalmo DALLARI (Elementos de teoria geral do estado, 2005, p. 157).

⁸²⁹ Emmanuel SIEYÈS (Escritos y discursos de la revolución, 1990). Conferir também Paulo BONAVIDES (Ciência Política, 2011, p. 221).

representação deve ter o mesmo valor que a representação de outro cidadão, não podendo ser uma fração.⁸³⁰ De fato, “como é possível sustentar-se, por um lado, que a lei é a expressão da vontade geral, quer dizer, da maioria, e querer, ao mesmo tempo, que dez vontades individuais possam contrabalançar mil vontades particulares? Isso não equivale a se expor a deixar que a minoria faça a lei, o que é contrário, evidentemente, à natureza das coisas?”.⁸³¹ Evidentemente que sim.

Após o conturbado período revolucionário, o sistema representativo com mandato livre se institucionaliza na França.⁸³² Para a Benjamin Constant, “o sistema representativo outra coisa não é senão uma organização, mediante a qual a nação incumbe alguns indivíduos de fazerem aquilo que ela não pode ou não quer fazer por si mesma”.⁸³³ Além do nascimento e da idade legal, Benjamin Constant inclui um terceiro requisito para ser eleitor, qual seja, “o tempo livre indispensável para informar-se e atingir a retidão de julgamento”, acrescentando que “somente a propriedade assegura o ócio necessário à capacitação do homem para o exercício dos direitos políticos”.⁸³⁴

Na mesma linha, Guizot sustentou que os eleitores não desfrutam do poder de indicar o que deve ser a lei, “simplesmente concedem a seus representantes a missão de examinar e decidir de acordo com sua razão”, precisando, assim, “necessariamente confiar na sabedoria daqueles a quem elegem”.⁸³⁵ O governo representativo se baseia na ideia de que “todo poder que existe como um fato, para que possa tornar-se um direito, deve agir de acordo com a razão, a justiça e a verdade, as únicas fontes de direito”.⁸³⁶

Por influência da doutrina francesa do sistema representativo, a proibição do mandato imperativo tornou-se regra dominante no direito constitucional europeu.⁸³⁷ Desde então, como constatou Carl Schmitt, pouco se aprofundou na Teoria do Estado sobre a “independência” do representante, remanescendo a ideia de que “o representante não se encontra ligado a instruções e mandatos de seus eleitores”,⁸³⁸ tal como elaborada

⁸³⁰ Emmanuel SIEYÈS (Qu'est-ce que le Tiers état?, 2002, p. 21).

⁸³¹ Emmanuel SIEYÈS (Qu'est-ce que le Tiers état?, 2002, p. 21).

⁸³² Paulo BONAVIDES (Ciência Política, 2011, p. 222).

⁸³³ Benjamin CONSTANT *apud* Paulo BONAVIDES (Ciência Política, 2011, p. 222).

⁸³⁴ Benjamin CONSTANT (Princípios políticos constitucionais [1814], 1989, p. 118)

⁸³⁵ GUIZOT (A história das origens do governo representativo na Europa, 2008, p. 147).

⁸³⁶ GUIZOT (A história das origens do governo representativo na Europa, 2008, p. 149).

⁸³⁷ Constituição Federal da Suíça, de 1874: “Os membros dos dois Conselhos votam sem instruções” (art. 91). Constituição Federal Alemã de 1919: “Os deputados são os representantes de todo o povo, não obedecem senão a sua consciência e não se acham presos a nenhum mandato” (art. 21). A CRP/1911, em seu art. 15, prescreve que o voto dos deputados é livre e independente de toda instrução ou injunção.

⁸³⁸ Carl SCHMITT (Teoría de la constitución, 1996, p. 209).

no Estado Liberal, enfrentando crítica de Paulo Bonavides, para quem, na altura do século XX, a doutrina do mandato imperativo estava “ultrapassada pela doutrina e pelos fatos”.⁸³⁹ Indiscutível é que a doutrina da representação livre sempre encontrou opositores, como a pretendida substituição pela “representação dos interesses”.⁸⁴⁰

Ainda no século XIX, os teóricos da Restauração Monárquica na Alemanha, com intuito de enfraquecer a burguesia liberal, tentaram implantar uma “representação de interesses estamentais” em vez de representação popular.⁸⁴¹ No artigo 13 da Ata Federal de Viena é substituída a expressão Constituição representativa por Constituição estamental.⁸⁴²

No século XX, a doutrina do mandato livre entra definitivamente em declínio, surgindo diversas Constituições que passaram a adotar princípios que flexibilizaram o rigor daquela doutrina.

A própria Constituição Alemã de 1919, embora proibindo o mandato imperativo, inovou com o acolhimento de instrumentos da democracia semidireta, apartando-se de um sistema de governo representativo autenticamente liberal.

A Constituição Brasileira de 1967 e a Emenda Constitucional de 1969 possibilitaram “a adoção eventual do Estado partidário e seus anexos plebiscitários”.⁸⁴³

Como destaca Bobbio, “jamais uma norma constitucional foi mais violada que a da proibição de mandato imperativo”.⁸⁴⁴ E sequer há sanção para seu descumprimento, aliás, como ressaltou Bobbio, a sanção que há é justamente “a derivada da transgressão da regra oposta, que o obriga a se considerar vinculado ao mandato recebido do próprio partido”.⁸⁴⁵

A “disciplina partidária”, por vincular o parlamentar em algumas matérias, constitui “uma aberta violação da proibição de mandatos imperativos”.⁸⁴⁶

Há quem considere como dever fundamental do representante o respeito à vontade popular, não numa concepção de mandato imperativo, mas como ao menos uma “adesão a um programa político definido, ainda que de forma claudicante e pouco

⁸³⁹ Paulo BONAVIDES (Ciência Política, 2011, p. 222).

⁸⁴⁰ Norberto BOBBIO (O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo, 1986, p. 37).

⁸⁴¹ Carl SCHMITT (Teoría de la constitución, 1996, p. 210).

⁸⁴² Carl SCHMITT (Teoría de la constitución, 1996, p. 210).

⁸⁴³ Paulo BONAVIDES (Ciência Política, 2011, p. 226).

⁸⁴⁴ Norberto BOBBIO (O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo, 1986, p. 37).

⁸⁴⁵ Norberto BOBBIO (O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo, 1986, p. 37).

⁸⁴⁶ Norberto BOBBIO (O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo, 1986, p. 37).

consistente”.⁸⁴⁷

Também devemos considerar que o representante quando descumpra a disciplina partidária o faz para defender interesses que não são da Nação, obedecendo “a grupos de pressão que num certo sentido representam interesses ainda mais particulares do que os dos partidos”,⁸⁴⁸ pelo que não tem o menor cabimento afirmar que “todo membro do parlamento representa a Nação”, como dispõe o artigo 67 da Constituição italiana. A propósito, Ackerman defende que se abandone “a ideia de que o Congresso (ou o Presidente ou a Corte) possa representar genuinamente a vontade do povo”, pois uma parte (representante) não pode se constituir no todo (povo), problema retórico antigo conhecido por sinédoque.⁸⁴⁹

Além da introdução da disciplina partidária, com possibilidade de perda de mandato, como destaca Bonavides,⁸⁵⁰ “o estreitamento das imunidades parlamentares, que retirou ao representante aquela tradicional esfera de autonomia de palavra e expressão no uso das prerrogativas de seu mandato” flexibilizou a regra do mandato livre.

É certo que não se defende o retorno do mandato imperativo, mas também é correto dizer que “não se pode rejeitar categoricamente a ideia de um controle permanente dos deputados por parte dos grupos de eleitores constituídos em partidos políticos”,⁸⁵¹ o que levaria a melhorar a credibilidade da instituição parlamentar, pois a

⁸⁴⁷ Barbalho MARTINS (Do direito à democracia: neoconstitucionalismo, princípio democrático e a crise no sistema representativo, 2007, p. 196). Outra solução passa por aumentar o controle sobre a atuação parlamentar.

⁸⁴⁸ Norberto BOBBIO (O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo, 1986, p. 152).

⁸⁴⁹ Bruce ACKERMAN (Nós, o povo soberano, 2006, pp. 252-254). Ainda segundo ACKERMAN (Nós, o povo soberano, 2006, p. 255), os Federalistas rejeitavam a ideia de representação exclusivamente eleitoral, pois poderia haver também despotismo do eleito, desde que o poder estivesse concentrado em suas mãos; e utilizaram um conceito de representação semiótica, segundo a qual “se comunica por meio da capacidade autoconsciente e cognitiva do receptor de identificar que o quadro ou retrato é somente um símbolo e não a coisa em si que o símbolo representa”. Assim, o Parlamento, o Presidente e os Tribunais, nesta vertente semiótica, representavam o povo dos Estados Unidos por meio de um texto escrito: a Constituição. Eles não são o povo em si, mas representam-no, são um retrato do povo. E a melhor maneira para retratar o povo é “por meio de proliferação da quantidade e das espécies de instituições ‘representativas’ dentro do conjunto constitucional”, arremata ACKERMAN (Nós, o povo soberano, 2006, p. 256). Diz ainda o autor: “dessa forma, a Câmara ‘representa’ o povo de uma determinada maneira, por meio da eleição direta de todos os seus cidadãos; o Senado ‘representa’ o povo de outra, concedendo o poder de escolha às legislaturas estaduais; e a Presidência ‘representa’ o povo de uma terceira maneira, por meio do Colégio Eleitoral. Por intermédio da manipulação do termo da função constitucional e de ofício de cada ‘representante’, o sistema atribui a cada instituição representativa, virtudes que faltariam às demais. Assim, a Câmara teria um incentivo para refletir todos os anseios da opinião pública; o Senado teria a capacidade de julgar conscientemente; e o Presidente, poderia contar com a energia e o poder de decisão”.

⁸⁵⁰ Paulo BONAVIDES (Ciência Política, 2011, p. 226).

⁸⁵¹ Hans KELSEN (Essência e valor da democracia, 2000, p. 54).

irresponsabilidade do parlamentar é uma das causas do descrédito em que hoje se afundou o Parlamento.⁸⁵²

A introdução do sistema proporcional demandou “uma organização partidária mais rígida do que a exigida pelo simples sistema da maioria”,⁸⁵³ o que contribuiu para a flexibilização do mandato livre.

5.4 Representatividade e representação não eletiva (representação argumentativa)

Já se realçou neste trabalho que há registros históricos de representação não associada às eleições. Na Idade Média, a natureza eletiva da representação foi em grande parte uma presunção; somente na modernidade o princípio representativo foi histórica e culturalmente interligado ao princípio eletivo.⁸⁵⁴

Em termos da relação entre a eleição e representação, configuram-se três combinações principais:⁸⁵⁵ a) eleição sem representação, mas que não dá lugar à representação (hipóteses de cargos eletivos, sem implicação representativa, ou seja, sem que o eleito represente o eleitor, como na eleição do Papa pelo colégio de cardeais); b) representação sem eleição (monarca hereditário representa a nação; embaixador, apenas nomeado, representa o país no exterior); c) representação com eleição.

Questionando as diferenças existentes entre os representantes eleitos e os representantes não eleitos, Fisichella⁸⁵⁶ introduz o conceito de representatividade (representação como representatividade), um conceito descritivo da representação, que significa o grau de similitude entre eleitos e eleitores, que pode ser avaliado em dois segmentos: a) representatividade sociológica, que significa a semelhança sociológica entre os eleitos e os eleitores, uma reprodução no microcosmo representativo do macrocosmo social, em termos econômicos, sociais e territoriais; b) representatividade psicológica, que traduz uma convergência entre eleitos e eleitores quanto ao sentimento sobre a coisa pública.

Fisichella, com referências a dados estatísticos, conclui que a representatividade (função da representação como semelhança sociológica) não é exclusiva da

⁸⁵² Hans KELSEN (Essência e valor da democracia, 2000, p. 54).

⁸⁵³ Hans KELSEN (Essência e valor da democracia, 2000, p. 54).

⁸⁵⁴ FISICHELLA (La rappresentanza politica, 1996, p. 16).

⁸⁵⁵ FISICHELLA (La rappresentanza politica, 1996, pp. 15-16).

⁸⁵⁶ FISICHELLA (La rappresentanza politica, 1996, p. 17).

representação eletiva, podendo ser observada também na representação não eletiva.⁸⁵⁷ Sem recorrer a dados estatísticos, apenas referindo-se a exemplos específicos, como a teoria da liderança carismática, onde o líder, não necessariamente eleito, tem a capacidade de interpretar e expressar os sentimentos mais profundos da comunidade, Fisichella chega à mesma conclusão quanto à representatividade psicológica. Assim, a representatividade é compatível com uma representação eletiva e representação não eletiva.⁸⁵⁸

Sob outro fundamento, Alexy indaga como uma espécie de representação sem eleições poderia ter primazia diante da representação eletiva.⁸⁵⁹ Para solucionar esta questão, Alexy introduz o conceito de representação argumentativa ou discursiva.⁸⁶⁰ A representação entre o representante e o povo não se materializa apenas em eleições, votações e princípio da maioria, mas também em argumentos.⁸⁶¹ Ou seja, além da representação volitiva ou decisional, há a representação argumentativa ou discursiva. A representação argumentativa ou discursiva corresponde a uma “representação do povo por melhores argumentos que os do dador de leis”.⁸⁶² A introdução de argumentos na tomada de decisão é a melhor maneira de institucionalização da razão e da correção.⁸⁶³

A representação do povo pelos parlamentares é tanto volitiva quanto argumentativa. Argumentativa, porque no parlamento ocorrem as discussões e os debates, oportunidades para as opiniões serem externadas. A aceitação deste fato (a representação pelo parlamento é tanto volitiva como argumentativa) demonstra que “representação e argumentação não são incompatíveis”.⁸⁶⁴ Necessário apenas que ocorram duas condições: “(1) a existência de argumentos válidos ou corretos e (2) a existência de pessoas racionais que são capazes e dispostas a aceitar argumentos válidos

⁸⁵⁷ FISICHELLA (La rappresentanza politica, 1996, pp. 18-20). No mesmo sentido, Maria Benedita URBANO (Representação política e Parlamento, 2009, p. 144). Esta constatação serve também de base para a *concepção constitucional ou co-participativa da Democracia* de DWORKIN (Direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana, 2006, p. 26).

⁸⁵⁸ Maria Benedita URBANO (Representação política e Parlamento, 2009, p. 143).

⁸⁵⁹ Robert ALEXY (Constitucionalismo discursivo, 2007, p. 163). Importante destacar que KANT (A paz perpétua: um projecto filosófico [1795], 2008, p. 14), no primeiro artigo definitivo para a paz perpétua, ao defender a constituição republicana e a representação do povo no parlamento, apontou que “quanto mais reduzido é o pessoal do poder estatal (o número de dirigentes), tanto maior é a representação dos mesmos”. Como diz Boaventura SANTOS (Pela mão de Alice. O Social e o Político na Pós-modernidade, 2008, p. 238), cuida-se do “caracter paradoxal da representação democrática”, onde “a representatividade dos representantes é tanto maior quanto menor for o seu número e quanto maior for o número dos representados”.

⁸⁶⁰ Robert ALEXY (Constitucionalismo discursivo, 2007, p. 163).

⁸⁶¹ Robert ALEXY (Constitucionalismo discursivo, 2007, p. 163).

⁸⁶² Robert ALEXY (Constitucionalismo discursivo, 2007, p. 11).

⁸⁶³ Robert ALEXY (Constitucionalismo discursivo, 2007, p. 165).

⁸⁶⁴ Robert ALEXY (Constitucionalismo discursivo, 2007, p. 164).

ou corretos porque eles são válidos ou corretos”.⁸⁶⁵

A representação do povo por um tribunal constitucional é puramente argumentativa.

É certo que, além de adotar procedimento não majoritário em várias situações, a concepção constitucional requer o princípio majoritário em outras situações, como para tomar decisões políticas do cotidiano. Mas quando adota o princípio majoritário, não o faz com fundamento no princípio da maioria, mas especialmente tendo em vista a igualdade dos cidadãos. Torna-se imperioso que as decisões políticas tomadas com base no princípio da maioria satisfaçam as condições democráticas. Quando as instituições majoritárias não respeitam as condições democráticas, os tribunais devem garantir que as decisões resultantes satisfaçam a tais exigências.

5.5 Representação como mediação e responsabilidade

Após as revoluções burguesas no final do século XVIII, a implantação dos sistemas representativos (parlamentares) veio atrelada ao problema de legitimação política, estando em causa a escolha do tipo de sistema de organização política: o sistema representativo e o sistema democrático (democracia direta).⁸⁶⁶ Duas concepções de representação jazem nesta problemática.

A concepção liberal da representação, que, nas palavras de Crisafulli e Paladin,⁸⁶⁷ é calcada no mandato independente, onde a representação era entendida como “uma forma de divisão do trabalho político”, sendo que a eleição dos representantes era vista como “uma escolha do pessoal parlamentar, um modo para conferir aos eleitos autoridade e independência em relação aos eleitores”. A essência da representação nesta concepção não é a reprodução, mas a interpretação e mesmo a criação da vontade popular dos representantes.⁸⁶⁸ A responsabilidade dos representantes era para com os interesses dos eleitores, não havendo obrigação para seguir ordens ou instruções específicas.

Já na concepção democrática da representação, a representação é, ainda no

⁸⁶⁵ Robert ALEXY (Constitucionalismo discursivo, 2007, p. 165).

⁸⁶⁶ Maria Benedita URBANO (Representação política e Parlamento, 2009, p. 91).

⁸⁶⁷ CRISAFULLI; PALADIN (Commentario breve alla Costituzione, 1990, pp. 407-408). No mesmo sentido, Maria Benedita URBANO (Representação política e Parlamento, 2009, p. 93).

⁸⁶⁸ Maria Benedita URBANO (Representação política e Parlamento, 2009, p. 95).

magistério de Crisafulli e Paladin,⁸⁶⁹ “um instrumento para fazer valer a responsabilidade dos representantes e para conferir-lhes directivas vinculativas”.

A oposição entre os dois sistemas (representativo e democracia direta) foi observada em maior grau no constitucionalismo continental, em especial em França, mas logo evoluiu para uma rejeição do modelo democrático direto, em contrapartida de uma “abertura do modelo representativo a um processo progressivo de democratização”, onde se encaixou o princípio eletivo (sistema representativo eletivo).⁸⁷⁰

Com a universalização do sistema representativo eletivo, a discussão teórica não era somente a legitimação dos representantes mas também saber se a função eletiva implica mais que a simples escolha dos eleitos, ou seja, saber que tipo de relação entre eleitos e eleitores existe após a eleição.⁸⁷¹ Surge então uma concepção intermediária de representação, advogando não uma independência ou vinculação, mas uma aproximação entre eleitos e eleitores. Pode-se denominar, nas palavras de Benedita Urbano, a concepção de “representação como mediação”, onde os representantes interpretam a vontade popular, “tendo em consideração não aquela massa amorfa que era a nação mas sim a articulação do povo real, composto não só por pessoas individualmente consideradas mas igualmente em grupos, associações, categorias de pessoas, comunidades territoriais, portadores de interesses, opiniões vontades, aspirações diversos”.⁸⁷² A responsabilidade dos representantes fica iluminada pelas ideias de responsividade e de controle.⁸⁷³ A responsabilidade, pois, é elemento integrador da representação.⁸⁷⁴

A ideia de representatividade, visto na seção 5.4, foi uma das dimensões de cunho democrático que se incorporou na concepção liberal de representação.⁸⁷⁵ Importa observar que a uma maior representatividade não vem acompanhada uma maior responsabilidade. Pelo contrário. Como percebe Benedita Urbano, “representatividade e responsabilidade correm em direcções opostas”.⁸⁷⁶ Quanto maior é a representatividade do órgão, menor é sua responsabilidade. Quanto menor a representatividade, maior é a

⁸⁶⁹ CRISAFULLI; PALADIN (Commentario breve alla Costituzione, 1990, p. 407).

⁸⁷⁰ Maria Benedita URBANO (Representação política e Parlamento, 2009, p. 92).

⁸⁷¹ Maria Benedita URBANO (Representação política e Parlamento, 2009, p. 93).

⁸⁷² Maria Benedita URBANO (Representação política e Parlamento, 2009, pp. 95-96).

⁸⁷³ Maria Benedita URBANO (Representação política e Parlamento, 2009, pp. 95-96).

⁸⁷⁴ Maria Benedita URBANO (Representação política e Parlamento, 2009, p. 96).

⁸⁷⁵ Maria Benedita URBANO (Representação política e Parlamento, 2009, p. 140).

⁸⁷⁶ Maria Benedita URBANO (Representação política e Parlamento, 2009, p. 146).

responsabilidade do órgão. Analisando a responsabilidade política entre governo e parlamento, e verificando que o governo possui uma menor representatividade que o parlamento, mas é sobre o governo que recai o maior peso a responsabilidade política, Nocilla constata “uma precisa correspondência entre o enfraquecimento da representatividade e um incremento da responsabilidade”.⁸⁷⁷ Mas esta circunstância não pode ser compreendida de maneira depreciativa. Na realidade, a representatividade e a responsabilidade devem ser vistas em conjunto. Como diz Crisafulli,⁸⁷⁸ representatividade e responsabilidade se complementam reciprocamente, sendo que a responsabilidade reforça-se e torna-se mais rigorosa e precisa onde a representatividade perde consistência, diluindo-se em presunções sempre mais abstratas. Mas a tendência inversa, bem adverte Nocilla,⁸⁷⁹ não pode ser encarada a ponto de reduzir a nada a responsabilidade do órgão, como ocorria nas monarquias ou nos regimes totalitários.

⁸⁷⁷ NOCILLA (Brevi note in tema di rappresentanza ..., 1985, p. 566).

⁸⁷⁸ CRISAFULLI *apud* NOCILLA (Brevi note in tema di rappresentanza ..., 1985, p. 566).

⁸⁷⁹ NOCILLA (Brevi note in tema di rappresentanza ..., 1985, p. 567).

6 RESPONSABILIDADE, CONTROLE E *ACCOUNTABILITY*

6.1 Poder e Controle

A formulação do princípio da separação dos poderes decorreu da “percepção histórica de que o poder concentrado, sem controle, tende sempre a ser exercido de forma abusiva, arbitrária ou caprichosa”.⁸⁸⁰ Desde quando surgiu preocupação teórica sobre o poder e seus fundamentos, nasceu também a busca pelo controle do poder, entendido originariamente como contenção ou limitação. Com vistas a impedir o abuso do exercício do poder, foram implementados diversos institutos político-jurídicos desde a modernidade do Estado, tais como separação dos poderes, distribuição do poder, sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*), interferência, fiscalização, supervisão, controle, responsabilidade, prestação de contas e *accountability*.

Distribuição de poder⁸⁸¹ não se confunde com controle de poder. Como assenta Loewenstein,⁸⁸² a distribuição de poder nada mais é do que a “atribuição de diferentes funções estatais a diferentes detentores de poder ou órgãos públicos”, com a “obrigação” de cooperarem, em determinadas matérias estipuladas pela Constituição, para realização do “ato político”, “não podendo impor um a outro sua opinião”. Ele oferece, como exemplo de distribuição de poder, “a divisão da função legislativa entre duas câmaras, a exigência de confirmação pelo Senado de nomeação de funcionário feito pelo Presidente, o referendo e o plebiscito”.⁸⁸³ Vê-se, apenas pelos exemplos, que o conceito de distribuição de poder de Loewenstein se aproxima bastante da doutrina inglesa dos freios e contrapesos (*checks and balances*). E é o próprio autor que assim enquadra: “a distribuição de poder entre diversos detentores significa uma limitação e um controle através dos *checks and balances*”.⁸⁸⁴ No fundo, para o autor, distribuição de poder também é controle, mas apenas “controle recíproco do poder”,

⁸⁸⁰ Ana Paula BARCELLOS (Separação de poderes ..., 2000, p. 91).

⁸⁸¹ Note-se que a diferença entre distribuição de poderes e separação de poderes consiste em que, segundo LOEWENSTEIN (Verfassungslehre, 1959, p. 39) (Teoría de la constitución, 1976, p. 62), “a primeira é uma necessidade funcional de distribuição de trabalho imanente a qualquer Estado organizado, mas a última é um problema que pertence ao processo de poder”.

⁸⁸² LOEWENSTEIN (Teoría de la constitución, 1976, pp. 69-70).

⁸⁸³ LOEWENSTEIN (Teoría de la constitución, 1976, p. 69).

⁸⁸⁴ LOEWENSTEIN (Teoría de la constitución, 1976, p. 69).

consubstanciado na obrigação de cooperar para que o ato seja “eficaz”.⁸⁸⁵ Ao lado da distribuição de poder (ou controle recíproco de poder), há meios autônomos de controle, como serão examinados mais adiante. Há que se apontar, ainda sobre este aspecto de distribuição de poder, que, se de um lado, a inexistência de controles pode levar à tirania, por outro, uma distribuição com excessivos controles recíprocos “pode conduzir à autodestruição da ordem constitucional”,⁸⁸⁶ pois paralisaria o processo de poder na política, razão pela qual se deve dosar o “grau e medida da autonomia e interdependência dos detentores de poder”,⁸⁸⁷ contudo, sem necessidade de que a recíproca interdependência seja “completamente simétrica e perfeitamente igual”.⁸⁸⁸

O sistema de freios e contrapesos está relacionado com o princípio da separação dos poderes, mas com ele não se identifica, mesmo que, na atualidade, o princípio da separação dos poderes tenha absorvido o sistema de freios e contrapesos como uma de suas dimensões. Para além da atribuição das funções governamentais a órgãos diferentes, o sistema de freios e contrapesos prescreve que cada órgão participa parcialmente na função primária exercida pelo outro (como, através de veto presidencial, revisão judicial), de modo que “*they can hold each other in check*”.⁸⁸⁹ Tanto o princípio da separação dos poderes quanto o sistema de freios e contrapesos reforçam o instituto da representação, ou, nas palavras de Susan Stokes, “a consequência destes dois mecanismos para a representação é a mesma”.⁸⁹⁰ De fato, sob esta perspectiva, tais mecanismos poderão induzir os detentores do poder ou governantes a revelarem as condições sob as quais opera o governo, que serão levadas em conta quando das eleições pelos cidadãos.⁸⁹¹

O controle do poder também é exercício de poder, ou, como bem ressalta Vasconcelos, “o controlo é também poder, outro poder — ou o poder «outro»”.⁸⁹² Percebe-se, pois, certa fungibilidade entre os dois conceitos, que, por vezes, tem motivado algumas diferenciações, como a que afirma subtender-se no poder a

⁸⁸⁵ LOEWENSTEIN (Teoría de la constitución, 1976, p. 69). Resta deixar claro que nem todo controle recíproco de poder é distribuição de poder, de acordo com o que se observa de outras passagens do autor, onde utiliza controle recíproco de poder para designar autênticos controles não recíprocos: voto de confiança, conforme LOEWENSTEIN (Teoría de la constitución, 1976, p. 34).

⁸⁸⁶ LOEWENSTEIN (Teoría de la constitución, 1976, p. 347).

⁸⁸⁷ LOEWENSTEIN (Teoría de la constitución, 1976, p. 50).

⁸⁸⁸ LOEWENSTEIN (Teoría de la constitución, 1976, p. 50).

⁸⁸⁹ Susan STOKES *et. al.* (Introduction, 1999, p. 20).

⁸⁹⁰ Susan STOKES *et. al.* (Introduction, 1999, p. 20).

⁸⁹¹ Susan STOKES *et. al.* (Introduction, 1999, p. 19).

⁸⁹² Pedro VASCONCELOS (Teoria geral do controlo jurídico do Poder Público, 1996, p. 86).

democracia e no controle, o direito, mas que não passa de um “subterfúgio ingênuo”.⁸⁹³

Pode-se compreender que controle e poder “opõem-se como termos simétricos ou equivalem-se como momentos distintos ou pulsões antitéticas de um mesmo fenómeno ou substância: imagem e objecto”.⁸⁹⁴

Em obra densa, publicada em 1965, Bergeron,⁸⁹⁵ constata que o termo poder é uma espécie de “concepção panteísta”, está presente em todos os conceitos sociopolíticos, o que revela “dupla inaptidão” do conceito de poder para investigação científica acerca do fenómeno político, não sendo tão efetivo como conceito de significação tampouco como conceito operacional. Por estas razões, o conceito de poder não potencializa o conhecimento sobre o fenómeno político, propondo, assim, Bergeron que o fenómeno seja investigado a partir de uma tríade conceitual (relação-função-controle), onde controle seria o “anti-conceito” de poder.⁸⁹⁶ Ao contrário da unilateralidade do conceito de poder, que dificulta a análise das interações entre órgãos, e prejudica a “neutralidade”, o conceito de controle contém, no magistério de Bergeron,⁸⁹⁷ ideia de “relação bilateral”, “reversível” e “retroativa” entre dois polos, controlador e controlado, que podem estar em situação de paridade ou de hierarquia, pela qual é estabelecida “a conformidade de uma coisa” com “outra coisa”.

6.2 Sentidos do termo controle

A palavra controle, como destaca Bergeron,⁸⁹⁸ advém da contração, em língua francesa, de dois termos: “*contre*” e “*rôle*”. Controle (“*contre-rôle*”) quer dizer, então, basicamente *contra-livro* ou *contra-papel*, cujo significado corresponde a “inscrever em duplo registro”,⁸⁹⁹ ou seja, registrar o fato em um segundo assento, possibilitando o confronto entre os dois registros. Bäumlín⁹⁰⁰ também aponta para a mesma origem linguística, consistente na expressão francesa “*contre-rôle*”, no sentido de “uma verificação ou exame de uma ação concluída”. A rigor, essa expressão francesa decorreu de um “termo latino-fiscal medieval *contra-rotulum*”, onde se possibilitava

⁸⁹³ Pedro VASCONCELOS (Teoria geral do controlo jurídico do Poder Público, 1996, p. 86).

⁸⁹⁴ Pedro VASCONCELOS (Teoria geral do controlo jurídico do Poder Público, 1996, p. 85).

⁸⁹⁵ Gérard BERGERON (Fonctionnement de l'État, 1965, pp. 35-36).

⁸⁹⁶ Gérard BERGERON (Fonctionnement de l'État, 1965, p. 41).

⁸⁹⁷ Gérard BERGERON (Fonctionnement de l'État, 1965, pp. 42-44). Em outras palavras, o controle estaria neste “processo de aproximação comparativa”.

⁸⁹⁸ Gérard BERGERON (Fonctionnement de l'État, 1965, p. 51).

⁸⁹⁹ Gérard BERGERON (Fonctionnement de l'État, 1965, p. 51).

⁹⁰⁰ Richard BÄUMLIN (Die Kontrolle des Parlamentes über Regierung ..., 1966, p. 231).

constatar a veracidade dos assentos registrados em outros.⁹⁰¹

Além deste sentido originário (segundo registro), o uso da palavra, nos diversos ordenamentos, gerou outras significações, que foram catalogadas Bergeron,⁹⁰² tais como, fiscalização, supervisão, inspeção, vistoria, revisão, interferência, restrição, tendo ele agrupado, em função da intensidade, todos os sentidos em seis principais: *domination* (dominação, subordinação, monopolização, centralização, apropriação), *direction* (direção, comando, gestão), *limitation* (limitação, regulação, interdição, restrição, contingenciamento), *surveillance* (fiscalização, supervisão, inspeção, censura), *vérification* (verificação, exame, constatação, comparação), *enregistrement* (registro, autenticação, identificação, equivalência). Segundo Bergeron, na Inglaterra, controle (*control*) tem um sentido mais forte, denotando poder, dominação e autoridade;⁹⁰³ enquanto em línguas europeias continentais tem um sentido menos forte, um degrau abaixo de dominação ou mesmo de interferência, significando supervisão, fiscalização, verificação ou inspeção.⁹⁰⁴ Manuel Aragón especifica melhor o sentido nestes idiomas continentais europeus: em francês (*controle*), preponderantemente registro, inspeção e verificação, mas também vigilância, domínio e revisão; em alemão (*Kontrolle*), notadamente comprovação, registro e vigilância, mas também intervenção, domínio e revisão; em italiano (*controllo*), revisão, inspeção e verificação, e, em menor medida, vigilância, freio e mando; em espanhol (*control*), inspeção, fiscalização, intervenção, preponderância e domínio.⁹⁰⁵ Em matéria econômica e financeira, o controle tem acepção bastante forte.⁹⁰⁶

Nas obras sociológicas francesas, a partir de Durkheim, o sentido fraco de controle cedeu espaço para o termo “*contrainte*” (coerção), um sentido bem mais forte de controle, representando dominação, direção e limitação.⁹⁰⁷ Contudo, o sentido forte de controle, inicialmente restrito à língua inglesa, foi universalizando em termos científicos, de maneira paulatina, especialmente após a reverberação da teoria do controle social em outros campos de conhecimento.

⁹⁰¹ Manuel ARAGÓN (Constitución, democracia y control, 2002, p. 121).

⁹⁰² Gérard BERGERON (Fonctionnement de l'État, 1965, p. 50).

⁹⁰³ Há também um sentido mais fraco também na Inglaterra (enquanto freio e comprovação), contudo, não é preponderante, como afirma Manuel ARAGÓN (Constitución, democracia y control, 2002, p. 121): “*En inglés significa ‘mando’, ‘gobierno’, ‘dirección’, pero también ‘freno’ y ‘comprobación’*”.

⁹⁰⁴ Gérard BERGERON (Fonctionnement de l'État, 1965, p. 45). Em Portugal, controle tem sentido também de “domínio”, “governo”, “fiscalização”, “equilíbrio”.

⁹⁰⁵ Manuel ARAGÓN (Constitución, democracia y control, 2002, p. 122).

⁹⁰⁶ Gérard BERGERON (Fonctionnement de l'État, 1965, p. 45).

⁹⁰⁷ Gérard BERGERON (Fonctionnement de l'État, 1965, p. 64).

6.3 Teoria do controle social

Embora Herbert Spencer tenha sido o primeiro a utilizar a expressão “controle social”, a teoria do controle social se desenvolveu, como ressalta Bergeron,⁹⁰⁸ com o americano Edward Ross. Referido cientista social publicou, entre março de 1896 e maio de 1898, no *American Journal of Sociology*, diversos artigos, que, três anos mais tarde, reuniu em seu clássico livro,⁹⁰⁹ no campo da “Psicologia Social”. Esta área de conhecimento tem por objeto o estudo das “interações psíquicas entre o homem e seu ambiente social”, incluindo a “dominação da sociedade sobre o indivíduo” (Ascendência Social) e “dominação do indivíduo sobre a sociedade” (Ascendência Individual). Enquanto a Ascendência Individual trata de temas como invenção e liderança, a Ascendência Social divide-se em Influência Social, onde se investigam os costumes, os desejos e a opinião pública, e em Controle Social, onde “a dominação é intencional e tem uma função na vida social”.⁹¹⁰

A partir da década de 1930, intensificou-se o estudo do controle social, abandonando-se a noção de capacidade de autorregulação da sociedade, passando a ser entendido como capacidade de conversão do indivíduo em conformidade com as regras de convivência social, “para regressar, ainda, nos anos 40, à ciência política, à economia e à cibernética”.⁹¹¹

No campo interdisciplinar da sociologia, política e economia, Bergeron atribui a Dahl e Lindblom, em livro de 1953 (*Politics, Economics and Welfare: systems resolved into basic social processes*), “le premier effort de construction conceptuelle du «contrôle»”.⁹¹²

O enfoque de Dahl e Lindblom é o controle direto ou simplesmente controle, que corresponde a uma “relação funcional, imediata e direta” entre duas ou mais pessoas, onde “A Controla as reações de B se agir para que este último reaja de maneira

⁹⁰⁸ Gérard BERGERON (Fonctionnement de l'État, 1965, p. 47).

⁹⁰⁹ Edward ROSS (Social control: a survey of the foundations of order, 1901).

⁹¹⁰ Edward ROSS (Social control: a survey of the foundations of order, 1901, pp. vii-viii).

⁹¹¹ Pedro VASCONCELOS (Teoria geral do controle jurídico do Poder Público, 1996, p. 85). Convém adicionar que a cibernética, como ramo científico autônomo, foi desenvolvida em meados do século XX por Norbert Wiener, com o fim de estudar mecanismos autorreguladores, envolvendo categorias como informação, transmissão, comunicação, *feedback*. Logo teve aplicação em outros ramos, tais como, Filosofia, Psicologia, Biologia, Fisiologia e Sociologia, tornando a cibernética uma ciência interdisciplinar. O termo cibernético tem origem grega, remonta a Platão, que utilizou *κυβερνητική* como arte de pilotar e, em sentido amplo, como arte de governar o Estado.

⁹¹² Gérard BERGERON (Fonctionnement de l'État, 1965, p. 48).

definida”.⁹¹³ Mesmo reconhecendo os limites do controle direto, aborda, apenas superficialmente, técnicas de controle indireto, tais como “os que afetam a personalidade”, “os que afetam funções” e “os que afetam agenda”.⁹¹⁴ Para os autores, há quatro técnicas básicas de controle direto: comando, controle manipulado de campo, controle espontâneo de campo e reciprocidade. No comando, a reação da pessoa controlada ocorre “exclusivamente em virtude de uma penalidade prescrita pelo Controlador por falta de execução de uma diretiva implícita ou estipulada”.⁹¹⁵ No controle manipulado de campo, a conduta almejada é influenciada pela “manipulação de sinais relativos a recompensas e privações”, através de outros meios que não o comando, tratando-se de “intervenção deliberada de um indivíduo no campo do outro”.⁹¹⁶ No controle espontâneo do campo, o controlador age sem intenção, em uma ação involuntária, emitindo sinais de recompensas e privações, os quais influenciam as expectativas de outras pessoas.⁹¹⁷ Por fim, a reciprocidade é basicamente um controle recíproco utilizando as três primeiras técnicas, ou nas palavras dos autores, “a essa relação bilateral ou multilateral em que duas ou mais pessoas controlam-se mutuamente através de comando ou manipulação de campos, ou ambos, chamaremos de reciprocidade”.⁹¹⁸ Para se alcançar efetividade no controle, faz-se necessária a presença de certas condições, dentre as quais as mais relevantes são compatibilidade entre fins de controladores e subordinados, comunicação eficaz e sistema adequado de recompensas e castigos.⁹¹⁹

Cumprido assinalar que estes quatro métodos básicos de controle nos ordenamentos estatais “tendem a se combinar em certas constelações típicas de técnicas político-econômicas”.⁹²⁰

Dahl entende poder, numa “relação mais realística”, como a “*capacidade* de atuar de maneira a *controlar* as respostas” de outrem,⁹²¹ ao contrário de Weber,⁹²² que destaca a *probabilidade* da obediência às regras sociais, daí porque o enfoque da análise de

⁹¹³ Robert DAHL e Charles LINDBLOM (Política, Economia e Bem Estar Social, 1971, p. 94).

⁹¹⁴ Robert DAHL e Charles LINDBLOM (Política, Economia e Bem Estar Social, 1971, p. 110).

⁹¹⁵ Robert DAHL e Charles LINDBLOM (Política, Economia e Bem Estar Social, 1971, p. 106).

⁹¹⁶ Robert DAHL e Charles LINDBLOM (Política, Economia e Bem Estar Social, 1971, p. 104).

⁹¹⁷ Robert DAHL e Charles LINDBLOM (Política, Economia e Bem Estar Social, 1971, p. 99).

⁹¹⁸ Robert DAHL e Charles LINDBLOM (Política, Economia e Bem Estar Social, 1971, p. 108).

⁹¹⁹ Robert DAHL e Charles LINDBLOM (Política, Economia e Bem Estar Social, 1971, pp. 111-115).

⁹²⁰ Robert DAHL e Charles LINDBLOM (Política, Economia e Bem Estar Social, 1971, p. 93).

⁹²¹ Robert DAHL (A preface to democratic theory, 1956, p. 13). Em artigo posterior, intitulado *The concept of power*, de 1957, DAHL desenvolveu longa discussão sobre o conceito de Poder.

⁹²² Max WEBER (Wirtschaft und Gesellschaft, 1922, p. 429).

Dahl recai sobre a figura dos líderes governamentais, acentuando a “qualificação do agente”.⁹²³ Também como decorrência desta compreensão de poder como capacidade, “relações de poder” e “processos de controle” são praticamente equivalentes, ficando a primeira reservada para as competências constitucionalmente prescritas ao legislativo, executivo e judiciário.⁹²⁴ Já governo (*government*) é entendido como “o grupo de indivíduos que detém um monopólio do controle suficiente para impor a resolução ordenada de disputas”.⁹²⁵

Adotando uma perspectiva “comportamental”, e focando na figura dos líderes, Dahl e Lindblom constroem quatro processos sociopolíticos básicos: 1) controle dos e por líderes (ou controle recíproco); 2) controle por líderes segundo um modelo hierárquico (ou controle hierárquico); 3) controle dos líderes segundo um modelo poliárquico; 4) controle do tipo negociação entre líderes.

Antes de se abordar o modelo poliárquico de governo, tem-se que observar que, “em termos psicológicos, a distinção entre controle externo e interno sobre o comportamento torna-se impreciso”.⁹²⁶

6.4 Controle e Poliarquia

Nesta obra conjunta com Lindblom, de 1953, Dahl trouxe pela primeira vez à baila o conceito de poliarquia,⁹²⁷ que foi aprofundado metodológico e conceitualmente em seus livros individuais posteriores. Dahl e Lindblom partem do antigo (mas sempre presente) problema da sociedade, que denominaram de Problema Fundamental da Política, consistente em saber como “os cidadãos podem impedir que seus governantes se tornem tiranos”.⁹²⁸ Para solucionar este problema, a democracia surgiu, historicamente (especialmente após Revolução Americana), como configuração estatal mais apropriada para evitar os abusos do poder, tendo no outro extremo a ditadura. Na democracia, segundo eles, “os não-líderes exercem um grau relativamente alto de controle sobre os líderes”,⁹²⁹ em razão da igualdade política que há entre os cidadãos, que, em última análise, gera igualdade de controle, ou seja, cada não-líder ou eleitor tem

⁹²³ Pedro VASCONCELOS (Teoria geral do controle jurídico do Poder Público, 1996, p. 112).

⁹²⁴ Pedro VASCONCELOS (Teoria geral do controle jurídico do Poder Público, 1996, p. 112).

⁹²⁵ Robert DAHL (A preface to democratic theory, 1956, p. 79).

⁹²⁶ Robert DAHL (A preface to democratic theory, 1956, p. 19).

⁹²⁷ Robert DAHL e LINDBLOM (Política, Economia e Bem Estar Social, 1971, pp. 269-273).

⁹²⁸ Robert DAHL e Charles LINDBLOM (Política, Economia e Bem Estar Social, 1971, p. 270).

⁹²⁹ Robert DAHL e Charles LINDBLOM (Política, Economia e Bem Estar Social, 1971, p. 272).

o mesmo peso nas eleições.

Ocorre que, segundo os autores, após algumas experiências desastrosas para a humanidade (as negativas experiências do regime socialista soviético em termos de justiça social e igualdade; ditaduras na Alemanha, Itália, Espanha, Portugal, Argentina; duas grandes guerras mundiais), ao lado deste componente democrático, surgiu “uma tendência visível para afastamento da igualdade de controle e aproximação da desigualdade”,⁹³⁰ em contradição inicial com a ideia de democracia. Por isso, propõem que os regimes de governo sejam classificados em uma linha contínua entre ditadura e poliarquia, não entre ditadura e democracia. Sob este ângulo, “a poliarquia, não a democracia, é a solução real para o Problema Fundamental da Política”; e, por isso mesmo, por ser real e não ideal, “é desordenada e altamente imperfeita”.⁹³¹ Democracia fica restrita a termos ideais de valores e objetivos da configuração política da sociedade.

No próprio conceito de poliarquia ou democracia poliárquica, está presente a noção de controle. Para Dahl, uma teoria sobre democracia lida com “processos pelos quais os cidadãos comuns exercem um grau relativamente elevado de *controle* sobre os líderes”.⁹³² E os “dois fundamentais métodos de *controle social*” sobre os líderes, pelos quais os “governantes são *responsive* aos cidadãos”, são as *eleições* e a *competição política*.⁹³³ As eleições são um efetivo mecanismo de controle dos líderes, contudo, são inefetivos como indicador de preferência majoritária,⁹³⁴ cuja percepção varia com as fases das eleições: período de eleições (pré-voto, voto e pós-voto) e período entre eleições. Quanto ao segundo método, imperioso afirmar que, “a grosso modo, a essência da competição política é o suborno (*bribery*) do eleitorado pelos políticos”.⁹³⁵

Importante frisar que estes dois métodos não modificam a essência do governo majoritário, que é a decisão ser tomada pela maioria, mas eleva significativamente o número, tamanho e variedade das minorias, cujas preferências devem ser levadas em conta pelos líderes governamentais nas políticas públicas.⁹³⁶

Dahl contrapõe dois modelos de democracia, a madisoniana e a populista. O modelo madisoniano procura conciliar, de um lado, o “poder da maioria” com o “poder da minoria” e, de outro lado, a “igualdade política dos cidadãos” com o “desejo de

⁹³⁰ Robert DAHL e Charles LINDBLOM (Política, Economia e Bem Estar Social, 1971, p. 276).

⁹³¹ Robert DAHL e Charles LINDBLOM (Política, Economia e Bem Estar Social, 1971, p. 272).

⁹³² Robert DAHL (A preface to democratic theory, 1956, p. 3).

⁹³³ Robert DAHL (A preface to democratic theory, 1956, p. 131).

⁹³⁴ Robert DAHL (A preface to democratic theory, 1956, p. 131).

⁹³⁵ Robert DAHL (A preface to democratic theory, 1956, p. 68).

⁹³⁶ Robert DAHL (A preface to democratic theory, 1956, p. 131).

limitar a soberania deles”.⁹³⁷ Já, na democracia populista, prevalece o princípio majoritário sobre a proteção das minorias,⁹³⁸ preponderando, assim, a “igualdade política” e a “soberania popular”.⁹³⁹

Dahl examina aspectos empíricos da democracia, constatando que a democracia real não se identifica com os modelos de democracia ideal ou mesmo com os modelos de democracia já existentes até então. Percebe Dahl que os remédios preconizados no modelo madisoniano (separação dos poderes, eleições competitivas e federalismo) evitam a tirania, mas geram dois efeitos colaterais indesejados: implantam uma república oligárquica pela ausência de direitos políticos universais e “não existem salvaguardas contra acordos informais entre minorias influentes para se apropriar do poder político em detrimento das preferências da maioria”.⁹⁴⁰ Assim, a solução para o modelo madisoniano são os três princípios da democracia populista: “1) a soberania popular somente existe pela igualdade política (voto universal); 2) as escolhas vencedoras da maioria se transformam na opção oficial; e 3) o princípio da maioria dos votos se torna a única regra válida na vida política”.⁹⁴¹

A partir destes modelos de democracia madisoniana e populista, Dahl define poliarquia como sistema político em que existem as seguintes condições em grau relativamente elevado: “A.1. Durante o período de votação: 1. Cada membro da organização executa os atos que assumimos para constituir uma expressão de preferência entre as alternativas previstas, por exemplo, votando; 2. Em tabulando estas expressões (votos), o peso designado para a escolha de cada indivíduo é idêntico; 3. A alternativa com o maior número de votos é declarada a escolha vencedora; A.2. Antes do período de votação: 4. Qualquer membro que percebe uma alternativa que não está programada pode inserir a sua alternativa preferida entre aquelas agendadas para votação; 5. Todos os indivíduos possuem informações idênticas sobre as alternativas. A.3. Após período de votação: 6. Alternativas (líderes ou políticas) com o maior número de votos deslocam quaisquer alternativas (líderes ou políticas) com menos votos da agenda oficial; 7. As ordens dos líderes eleitos são executadas; A.4. Na fase entre as eleições: 8.1. Ou todas as decisões serão subordinadas aos programas decididos na fase de eleição; 8.2. Ou novas alterações nos programas devem seguir as sete condições

⁹³⁷ Robert DAHL (A preface to democratic theory, 1956, p. 4).

⁹³⁸ Robert DAHL (A preface to democratic theory, 1956, p. 35).

⁹³⁹ Robert DAHL (A preface to democratic theory, 1956, p. 65).

⁹⁴⁰ Jawdat ABU-EL-HAJ (Robert Dahl: poder político, liberalização ..., 2014, p. 10)

⁹⁴¹ Jawdat ABU-EL-HAJ (Robert Dahl: poder político, liberalização ..., 2014, p. 10)

anteriores, operando, no entanto, em circunstâncias institucionais bastante diferentes; 8.3. Ou ambos”.⁹⁴²

Podem ser extraídos destas condições de Dahl os três princípios da poliarquia, alicerçados em oito procedimentos, como discorreu Abu-El-Haj: “*I. A igualdade política (inclusão)*: 1) transformar as preferências políticas dos cidadãos em votos; 2) assegurar a contagem de votos atribuindo a eles pesos iguais; 3) declarar vencedora a alternativa que receber o maior número de votos; 4) permitir a inserção, a qualquer instância, de alternativas políticas além das postas em votação; e 5) garantir acesso à informação antes da votação. *II. A competitividade eleitoral (contestação)* existe sob duas condições: 6) as alternativas mais votadas em eleições periódicas implicam no deslocamento de todas as outras da agenda; e 7) os eleitos têm o direito de implementar as suas alternativas. *III. A responsabilidade pública* implica que: 8) os vencedores serão obrigados a implementar seus programas, ou qualquer ajustamento dos programas vencedores demanda uma repetição dos sete procedimentos anteriores”.⁹⁴³

Dahl destaca que a democracia em larga escala provocou surgimento de instituições políticas para lidar com a pluralidade e a diversidade no seio da sociedade, caracterizando não apenas “um novo tipo de sistema político” como também “uma nova espécie de governo popular”,⁹⁴⁴ a qual designa de poliarquia ou democracia poliárquica. As instituições políticas são: “1. Funcionários eleitos; 2. Eleições livres, justas e frequentes; 3. Liberdade de expressão; 4. Fontes de informação diversificadas; 5. Autonomia para as associações; 6. Cidadania inclusiva”.⁹⁴⁵

A proteção das minorias ou, de uma forma ampla, “a proteção geral na sociedade humana contra a privação por um grupo da liberdade desejada por outro”, no modelo poliárquico de Dahl, é alcançada substancialmente por “formas não constitucionais”, e muito pouco ou de “trivial significância” por “formas constitucionais”,⁹⁴⁶ entendidas estas últimas como “determinantes de decisões governamentais que prescrevem regras sobre distribuição, tipos e métodos de controle entre líderes governamentais”, enquanto

⁹⁴² Robert DAHL (A preface to democratic theory, 1956, p. 84). Note-se que, na sequência de seu livro (p. 87), DAHL apresenta metodologia para medir cada uma destas condições e propõe uma classificação de poliarquias: poliarquia igualitária: todas as oito condições têm valor igual ou superior a 0,75; poliarquia não igualitária: todas condições são iguais ou superiores a 0,50; hierarquia: todas são inferiores a 0,50, podendo ser do tipo oligárquico (algumas condições são iguais ou superiores a 0,25) ou do tipo ditatorial (nenhuma condição é igual ou superior a 0,25).

⁹⁴³ Jawdat ABU-EL-HAJ (Robert Dahl: poder político, liberalização ..., 2014, p. 10)

⁹⁴⁴ Robert DAHL (Sobre a democracia, 2001, p. 104).

⁹⁴⁵ Robert DAHL (Sobre a democracia, 2001, p. 102).

⁹⁴⁶ O autor também utiliza “fatores constitucionais” como sinônimo de “formas constitucionais”.

as primeiras são os demais determinantes das decisões governamentais.⁹⁴⁷

O principal mecanismo de proteção das minorias e das ofensas a direitos enquadra-se nos fatores não constitucionais e consistem nas “precondições e características da poliarquia”, de forma que a extensão do consenso sobre as normas e políticas alternativas e sobre a própria atividade política determinam “a viabilidade de um poliarquia e fornecem proteções para minorias”.⁹⁴⁸

Dahl rebate a tese de que a existência de Senado com representação igual para cada estado protege as minorias, alinhando-se ao pensamento de Madison, segundo o qual há contradição entre o princípio republicano e a igual representação dos estados na federação.⁹⁴⁹ A rigor, a igual representação para cada estado no Senado ou mesmo a existência de uma segunda casa legislativa beneficia as oligarquias dos pequenos estados, esvaziando, assim, a igualdade política dos cidadãos.⁹⁵⁰

Não obstante este protagonismo dos fatores não constitucionais, as normas constitucionais sobre separação dos poderes e controle “são principalmente importantes porque ajudam a determinar a quais grupos específicos estão sendo dadas vantagens ou desvantagens na luta política”⁹⁵¹ e, como as pessoas não entram na competição política em pé de igualdade, “o efeito das normas constitucionais é preservar, adicionar, ou subtrair as vantagens e desvantagens com que eles começam a luta”.⁹⁵²

A importância dos fatores não constitucionais na proteção das minorias se eleva em virtude da existência, nas “poliarquias contemporâneas”, de mais um ramo de poder na complexa relação entre executivo, judiciário e legislativo. Trata-se da “burocracia especializada”, consistente num “corpo mais ou menos representativo para legitimar decisões básicas por algum processo ritualizado”, cuja necessidade decorre dos “ganhos de eficiência resultantes da divisão do trabalho”, pelo que passa a constituir peça fundamental para “o resultado, o prestígio e a legitimidade de suas organizações”.⁹⁵³

⁹⁴⁷ Robert DAHL (A preface to democratic theory, 1956, pp. 134-135).

⁹⁴⁸ Robert DAHL (A preface to democratic theory, 1956, p. 135).

⁹⁴⁹ Robert DAHL (A preface to democratic theory, 1956, p. 112).

⁹⁵⁰ Robert DAHL (How Democratic Is the American Constitution?, 2001, pp. 12-18). O autor também conclui que a escolha do estado federado, em vez de estado unitário, bem como a escolha da igual representação dos estados para o Senado, não decorreu de nenhum princípio da “*political theory*”, ou da “*constitutional theory*”, ou mesmo da “*general historical experience*”. O primeiro foi um “*self evident fact*”, uma vez que já tinha aderido 13 estados e outros tantos estavam por vir, impondo, assim, esta forma de estado. O segundo nada mais foi que resultado de um compromisso entre as duas correntes conflitantes, ou seja, “*a practical outcome of a hard bargain that its opponents finally agreed to in order to achieve a constitution*”, que ficou conhecido por “*Connecticut Compromise*”.

⁹⁵¹ Robert DAHL (A preface to democratic theory, 1956, p. 137).

⁹⁵² Robert DAHL (A preface to democratic theory, 1956, p. 137).

⁹⁵³ Robert DAHL (A preface to democratic theory, 1956, pp. 136-137).

Nesse sentido, os modelos poliárquicos da atualidade contemplam quatro poderes, “poder legislativo, executivo, a burocracia administrativa e judicial, cada um dos quais é, por sua vez, dividido e subdividido”, formando “um sistema de *checks and balances* (pesos e contrapesos), com numerosos grupos em competição e em conflito um com o outro”.⁹⁵⁴

Bourricaud, ainda na década de 1960, inspirado nas obras de Dahl, já realçava caracteres de alternância de posição de controle e de autonomia, compreendendo poliarquia como todo sistema onde há “uma pluralidade de centros de decisão relativamente autônomos e alternativamente dominantes e dominados”.⁹⁵⁵

6.5 Controle jurídico-político

Como bem constatou Bergeron, o termo controle, em direito internacional, é frequentemente empregado para marcar “o grau de eficácia que as normas e as organizações têm na condução real dos Estados”, sendo que este grau é baixo, indicando a necessidade de uma integração mais firme entre Estados.⁹⁵⁶

No âmbito do direito público, estava, até a década de 1950, associado a uma qualificação ou complemento (controle hierárquico, controle de oportunidade, controle de legalidade), cuidava-se de uma verificação posterior e tinha quase sempre um sentido de *surveillance* (fiscalização, supervisão).⁹⁵⁷

Quando surge pela primeira vez, no plano jurídico-constitucional, o termo controle, por ocasião dos artigos Federalistas, ele é utilizado no sentido de fiscalização, posicionando-se, assim, no ponto mediano de intensidade da escala de Bergeron. Os Federalistas advogaram que a separação das funções estatais (legislativo, executivo e judicial) não poderia ser absoluta, devendo tais funções serem conectadas (*connected*) e misturadas (*blended*), através de um sistema de *checks and balances*, de maneira que “*give to each a constitutional control over the others*”.⁹⁵⁸ Percebe-se que os Federalistas dão um passo a mais que o sistema inglês de pesos e contrapesos, por utilizar a expressão controle como arremate do sistema de freios e contrapesos. O controle, nessa perspectiva, é um elemento dinâmico na relação institucional entre os poderes ou

⁹⁵⁴ Robert DAHL (A preface to democratic theory, 1956, p. 137).

⁹⁵⁵ François BOURRICAUD (Esquisse d'une théorie de l'autorité, 1961, pp. 269, 409 e 418).

⁹⁵⁶ Gérard BERGERON (Fonctionnement de l'État, 1965, p. 46).

⁹⁵⁷ Gérard BERGERON (Fonctionnement de l'État, 1965, p. 46).

⁹⁵⁸ HAMILTON, MADISON e JAY (The federalist, 2001, p. 256).

funções estatais, ou, nas palavras de Pedro Vasconcelos, “é, simplesmente, o *check* dos *checks and balances*”.⁹⁵⁹ Mesmo sendo um arremate do sistema de freios e contrapesos, não houve maiores desdobramentos do conceito de controle, de forma que continua sendo mais um *check*, que está enquadrado no conceito de *surveillance* (fiscalização).

O controle teve tratamento de grande envergadura com a publicação nos EUA, em 1957, do livro *Political Power and the Political Process*, de Loewenstein, que foi, dois anos mais tarde, traduzido para o alemão com o título *Verfassungslehre*. Trabalho este que pode ser enquadrado na interface entre ciência política e direito público.

Como estava a viver nos EUA, época em que eclodia a teoria do controle social, como já visto, soa bem natural a associação que faz Loewenstein entre poder político e controle social: “o poder político aparece como o exercício de um efetivo controle social dos detentores de poder sobre os destinatários do poder”, entendido este controle não apenas como a capacidade de “tomar ou determinar uma decisão” como também a “capacidade de obrigar os destinatários a obedecer às ditas decisões”.⁹⁶⁰

Como já referido neste capítulo, Loewenstein⁹⁶¹ entende distribuição de poder como controle recíproco de poder. Há uma exigência de cooperação para a eficácia do ato, não podendo um detentor de poder impor a vontade sobre o outro, tornando-se necessária uma convergência de vontade. A distribuição de poder, contudo, “não esgota a essência do controle do poder”, pois há “técnicas de controle autônomas”, nas quais o detentor do poder pode usar de maneira “discricional” e independentemente do outro detentor do poder: voto de censura (não confiança) do parlamento ao governo, direito do governo em dissolver o parlamento, plebiscito, referendo, veto do presidente, controle judicial das leis.⁹⁶² Nesta modalidade de controle (controle autônomo ou simplesmente controle), “um determinado detentor do poder tem que prestar conta a outro detentor sobre o cumprimento da função a si assinalada”.⁹⁶³ Depreende-se que o controle tem um forte caráter retroativo.

Os detentores de poder, na doutrina de Loewenstein,⁹⁶⁴ são o governo, o

⁹⁵⁹ Pedro VASCONCELOS (Teoria geral do controlo jurídico do Poder Público, 1996, p. 111).

⁹⁶⁰ LOEWENSTEIN (Verfassungslehre, 1959, p. 6), (Teoría de la constitución, 1976, p. 27).

⁹⁶¹ LOEWENSTEIN (Verfassungslehre, 1959, p. 48), (Teoría de la constitución, 1976, p. 69).

⁹⁶² LOEWENSTEIN (Verfassungslehre, 1959, p. 48), (Teoría de la constitución, 1976, p. 69). O autor não é muito firme nesta diferenciação entre controle recíproco e controle autônomo. Em outras passagens, o autor considera controle recíproco o que antes designava de controle autônomo. Por exemplo, LOEWENSTEIN (Teoría de la constitución, 1976, p. 34) chega a afirmar que o voto de censura e a dissolução do parlamento seriam controle recíprocos.

⁹⁶³ LOEWENSTEIN (Verfassungslehre, 1959, p. 48), (Teoría de la constitución, 1976, p. 70).

⁹⁶⁴ LOEWENSTEIN (Verfassungslehre, 1959, p. 14), (Teoría de la constitución, 1976, p. 36).

parlamento, o cidadão-eleitor, e os tribunais. Os cidadãos são os próprios destinatários do poder, mas que, “ao organizar-se em quadros de partidos políticos, elevam-se a condição de detentor de poder independente, participando diretamente no processo político através de eleições, procedimentos, referendo e impacto da opinião pública sobre os outros órgãos estatais”.⁹⁶⁵ Já os tribunais de justiça somente devem ser considerados como legítimos detentores de poder, “em situações excepcionais, quando, no lugar de exercer meramente função subordinada de aplicar a lei ao correspondente conflito de interesses, reclamam o direito de declarar inválidas as leis emitidas pelo parlamento e governo (controle judicial da constitucionalidade das leis)”.⁹⁶⁶ Além desses quatro detentores legítimos do poder, ressalta ainda a existência de grupos de pressões e *lobbies*, que representam grupos pluralistas e associações de interesses, que atuam de modo “invisível”, que “dominam os meios de comunicação de massa”⁹⁶⁷ e influenciam os primeiros, mas que dependem dos poderes legítimos para formulação e realização de seus objetivos.⁹⁶⁸

Constata Loewenstein que a separação dos poderes (Locke), com atribuição de funções estatais a diferentes detentores de poder (Montesquieu), não foi suficiente para evitar os abusos de poder, como ocorreu na França no período de Terror após Convenção e na ditadura de Napoleão.⁹⁶⁹ O erro foi negligenciar que “todo o governo é poder”, não apenas quando está nas mãos dos monarcas; a “racionalização do processo do poder governamental” não neutraliza o “caráter demoníaco” do poder.⁹⁷⁰ A grandes custas, percebeu-se que a vontade geral “não atua por si mesmo, se não que ter ser dirigida unitária e conseqüentemente pelo que hoje se chama de liderança política”.⁹⁷¹ A experiência política do século XVIII mostrou que “as funções estatais são instrumentos para o exercício da liderança política”. Assim, a tarefa do governo não está limitada a executar a vontade popular materializada nas leis das Assembleias; a liderança política é que “dirige e guia a vontade popular”. Legislação e aplicação da lei são diferentes técnicas de liderança política, não são funções separadas ou separáveis.⁹⁷²

Por conta desta acentuação na liderança política, Loewenstein apresenta nova

⁹⁶⁵ LOEWENSTEIN (Verfassungslehre, 1959, p. 14), (Teoría de la constitución, 1976, p. 36).

⁹⁶⁶ LOEWENSTEIN (Verfassungslehre, 1959, p. 14), (Teoría de la constitución, 1976, p. 36).

⁹⁶⁷ LOEWENSTEIN (Verfassungslehre, 1959, p. 15), (Teoría de la constitución, 1976, p. 37).

⁹⁶⁸ LOEWENSTEIN (Verfassungslehre, 1959, p. 41), (Teoría de la constitución, 1976, p. 64).

⁹⁶⁹ LOEWENSTEIN (Verfassungslehre, 1959, p. 38), (Teoría de la constitución, 1976, p. 61).

⁹⁷⁰ LOEWENSTEIN (Verfassungslehre, 1959, p. 38), (Teoría de la constitución, 1976, p. 61).

⁹⁷¹ LOEWENSTEIN (Verfassungslehre, 1959, p. 38), (Teoría de la constitución, 1976, p. 61).

⁹⁷² LOEWENSTEIN (Verfassungslehre, 1959, p. 38), (Teoría de la constitución, 1976, p. 61).

divisão tripartida das funções estatais: a decisão política fundamental (“*policy determination*”, “*die politische Grundentscheidung*”), a execução da decisão política fundamental (“*policy execution*”, “*die Ausführung der politischen Grundentscheidung*”) e o controle político (“*policy control*”, “*die politische Kontrolle*”).⁹⁷³

A determinação da política fundamental corresponde à escolha de uma entre várias possibilidades de políticas que sejam “decisivas e determinantes para o presente e futuro para conformação da sociedade”, incluindo aí a configuração do sistema político, a forma de governo, as relações internacionais e as que envolvem o enfrentamento de relevantes interesses e ideologias antagônicas, que exijam adoção de compromisso entre eles.⁹⁷⁴ O meio mais importante para esta determinação da política fundamental é a legislação, seja em termos constitucionais, seja em termos legais.⁹⁷⁵ Embora não explique claramente, Loewenstein⁹⁷⁶ reconhece que a existência de decisão política fundamental anterior à legislação, o que, aliado ao fato de acentuar a liderança política, alinha-se à corrente teórica que vê uma função específica e prévia para definir as finalidades, metas e os objetivos principais da sociedade (que seria a função política ou de direção política).⁹⁷⁷

A execução da decisão política fundamental corresponde a levar a cabo a decisão tomada, através de qualquer atividade estatal, seja a legislação, seja a administração, seja a judicial.⁹⁷⁸

A função de controle político, por fim, é considerada pelo próprio autor o “núcleo da nova divisão” de funções.⁹⁷⁹ Ela é distribuída entre todos os detentores de poder: o governo, o parlamento e o eleitorado.⁹⁸⁰ Controle político na acepção de Loewenstein não significa apenas controle político do poder político, mas sim controle do poder político, ou seja, controle amplo do poder político, incluindo tanto o controle jurídico⁹⁸¹ quanto o controle político. Contudo, não parece demasiado concluir que “o sistema de controles jurídicos constituiria o núcleo essencial do princípio da separação dos poderes

⁹⁷³ LOEWENSTEIN (Verfassungslehre, 1959, p. 40), (Teoría de la constitución, 1976, p. 62).

⁹⁷⁴ LOEWENSTEIN (Verfassungslehre, 1959, p. 40), (Teoría de la constitución, 1976, p. 63).

⁹⁷⁵ LOEWENSTEIN (Verfassungslehre, 1959, p. 42), (Teoría de la constitución, 1976, p. 65).

⁹⁷⁶ LOEWENSTEIN (Verfassungslehre, 1959, p. 43), (Teoría de la constitución, 1976, p. 66).

⁹⁷⁷ Remete-se o leitor à seção 4.2 (Função política).

⁹⁷⁸ LOEWENSTEIN (Verfassungslehre, 1959, p. 43), (Teoría de la constitución, 1976, p. 66).

⁹⁷⁹ LOEWENSTEIN (Verfassungslehre, 1959, p. 45), (Teoría de la constitución, 1976, p. 68).

⁹⁸⁰ LOEWENSTEIN (Verfassungslehre, 1959, p. 47), (Teoría de la constitución, 1976, p. 69).

⁹⁸¹ A distribuição do poder, sistema de freitos e contrapesos, a atuação judicial etc.

no Estado de Direito contemporâneo”.⁹⁸²

Embora contemple os controles jurídico e político, o “ponto crítico” do controle político é, sem sombras de dúvida, a “possibilidade de exigir responsabilidade política”.⁹⁸³ A responsabilidade política, esta sim, é utilizada por Loewenstein em seu sentido mais estrito, significando o instituto criado pelo constitucionalismo moderno inglês, como substituto mais célere e mais eficaz que o *impeachment* e atos de justiça legislativa (*bill of attainder*). A responsabilidade política se institucionaliza “no voto de censura do parlamento ao governo, na possibilidade concedida ao governo de dissolver o parlamento e finalmente nas novas eleições por meio das quais o povo pode confirmar ou rechaçar os detentores de cargos parlamentares ou governamentais”.⁹⁸⁴

Esta concepção de controle como influência recíproca entre distintos detentores de poder acaba por fazer um “corte transversal às funções de decisão e execução”, o que fragiliza o critério adotado para a construção da terceira função.⁹⁸⁵ Loewenstein preconiza que a função estatal de controle não se justifica por uma simples técnica de distribuição, constituindo, na realidade, uma “função especial e separada”.⁹⁸⁶ Vê-se, que a função de controle não se articula com as demais funções pelo critério orgânico-institucional tampouco pelo conteúdo material, nem ainda pela sua estrutura formal interna.⁹⁸⁷ Assim, a única justificativa para a autonomia do controle como uma das funções na classificação de Loewenstein é o propósito de incluir o controle no processo de poder,⁹⁸⁸ ante a constatação de que a distribuição de poder, mesmo que para distintos titulares, mesmo que acompanhada de um sistema clássico de freios e contrapesos, somente conterà satisfatoriamente o poder se estiver associada a um sistema de controle que, além de obrigar a cooperação, também exija o cumprimento das funções que são próprias de cada um.

Loewenstein rejeitou, de início, uma análise estritamente funcional, pois, segundo ele, sobrevalorizaria naturalmente a vertente orgânico-institucional do fenômeno do poder.⁹⁸⁹ Em que pese o controle em sua teoria corresponda a uma função (cuja finalidade é estar no centro do processo de poder para eliminar seu caráter demoníaco),

⁹⁸² PIÇARRA (A separação dos poderes como doutrina ..., 1989, p. 249).

⁹⁸³ LOEWENSTEIN (Verfassungslehre, 1959, p. 48), (Teoría de la constitución, 1976, p. 70).

⁹⁸⁴ LOEWENSTEIN (Verfassungslehre, 1959, p. 49), (Teoría de la constitución, 1976, p. 71).

⁹⁸⁵ Pedro VASCONCELOS (Teoria geral do controlo jurídico do Poder Público, 1996, p. 89).

⁹⁸⁶ LOEWENSTEIN (Verfassungslehre, 1959, p. 39), (Teoría de la constitución, 1976, p. 62).

⁹⁸⁷ Pedro VASCONCELOS (Teoria geral do controlo jurídico do Poder Público, 1996, p. 89).

⁹⁸⁸ Pedro VASCONCELOS (Teoria geral do controlo jurídico do Poder Público, 1996, p. 89).

⁹⁸⁹ LOEWENSTEIN (Verfassungslehre, 1959, p. 24), (Teoría de la constitución, 1976).

sua classificação continuou muito fixada aos órgãos estatais (controles intraorgânicos e controles interorgânicos).

E como destaca Pedro Vasconcelos, “insinua-se um classicismo arcaizante, por sua vez, na antropologia da «demonia» do poder — um alicerce frágil e que não anuncia uma invenção recente — e na ordenação dos controles segundo uma geometria de contiguidades — horizontais, verticais, inter-orgânicas e infra-orgânicas”.⁹⁹⁰

6.6 Modalidades de controle

6.6.1 Karl Loewenstein

A Constituição é o instrumento apropriado para se fazer a distribuição de poder. Para tanto, há várias técnicas e procedimentos para limitar e controlar os diversos detentores do poder. Loewenstein não se limita a estudar os controles na relação entre os detentores de poder (governo, parlamento, tribunais e eleitorado), enveredando também na dinâmica entre os detentores de poderes instituídos e “todas as outras forças sociopolíticas da sociedade estatal”.⁹⁹¹ Estes dois ambientes de operação das técnicas de controle na sociedade justificam sua primeira classificação: *controles horizontais* ocorrem no âmbito institucionalizado das relações dos quatro detentores de poder (governo, parlamento, tribunais e eleitorado), que estão formatadas na Constituição; enquanto os *controles verticais*⁹⁹² “funcionam numa linha ascendente ou descendente entre a totalidade dos detentores de poder instituídos e a comunidade como tal ou alguns de seus componentes”, num ambiente não necessariamente institucionalizado, podendo ou não serem consequência de normas constitucionais, servindo como restrição efetiva sobre os detentores oficiais de poder.⁹⁹³

⁹⁹⁰ Pedro VASCONCELOS (Teoria geral do controlo jurídico do Poder Público, 1996, p. 91).

⁹⁹¹ LOEWENSTEIN (Verfassungslehre, 1959, pp. 16, 168 e 295), (Teoría de la constitución, 1976, pp. 39, 168 e 353).

⁹⁹² O critério da verticalidade também é usualmente utilizado para designar a descentralização político-legislativa (relação entre estados-membros e Estado federado, no federalismo) e a descentralização meramente administrativa. Assim, por exemplo, quanto à separação dos poderes: “A separação institucional-horizontal, sendo a principal modalidade do princípio da separação dos poderes, não é, todavia, a única. As constituições do Estado de Direito contemporâneo tem adoptado também a chamada separação institucional-vertical ou territorial dos poderes, em duas modalidades bem distintas entre si: a descentralização político-legislativa e a descentralização meramente administrativa. A primeira exprime-se no federalismo e nas regiões autónomas e a segunda exprime-se basicamente na existência de autarquias locais autónomas” (PIÇARRA, 1989, p. 265). O critério da verticalidade baseia-se na ausência de “igualdade quanto à autonomia decisória e independência recíproca” (PIÇARRA, 1989, p. 241).

⁹⁹³ LOEWENSTEIN (Verfassungslehre, 1959, pp. 16, 168 e 295), (Teoría de la constitución, 1976,

As técnicas de controle *horizontal* podem ser de dois tipos. Quando as instituições de controle operam dentro da organização de um só detentor de poder, são designadas de *controles intraorgânicos* (“*intra-organ controls*” ou “*Intra-Organ-Kontrollen*”), ao passo que, quando funcionam entre diversos detentores de poder, designam-se de *controles interorgânicos* (“*interorgan control*” ou “*Interorgan-Kontrollen*”).⁹⁹⁴ Os controles interorgânicos, que operam nas relações entre os detentores de poder, são fundamentalmente de “duas classes”: cooperação e intervenção.⁹⁹⁵ Na cooperação, a distribuição de poder é realizada de modo que haja controles recíprocos entre os detentores, que são obrigados a participar em determinadas fases do processo de poder, que lhe são própria por definição, para, assim, se obter a eficácia da decisão. Na intervenção, “um detentor individual de poder fica autorizado pela Constituição a intervir discricionariamente na atividade do outro detentor e, desta maneira, frustrar sua ação”; é dizer, “é optativo, mas o efeito é o mesmo: o outro detentor de poder queda-se submetido a um controle”.⁹⁹⁶

No âmbito do governo, um dos meios de controle intra-orgânico é a “organização colegial”.⁹⁹⁷ A concentração da decisão na mão de uma única pessoa,⁹⁹⁸ embora, sob o ângulo da eficácia, seja conveniente, não é recomendável. A decisão deve ser tomada coletivamente, por algumas pessoas, não muitas, poucas, sob pena de ser inviabilizada a tomada de decisão. É o caso da monarquia constitucional limitada (século XIX), onde imperava o dualismo entre rei e governo (ou gabinete) na tomada das decisões políticas fundamentais. É o que ocorre, em menor grau, nas Repúblicas contemporâneas em que o Presidente da República não é apenas chefe de Estado, possuindo algumas atribuições governamentais, como no atual sistema político francês (semipresidencialismo), e, em grau menor ainda, no parlamentarismo português. Na Suíça, tem-se o Conselho Federal, órgão colegiado, encarregado das decisões fundamentais, as quais são executadas pelos

pp. 39, 168 e 353).

⁹⁹⁴ LOEWENSTEIN (Verfassungslehre, 1959, p. 167), (Teoría de la constitución, 1976, p. 232). Observe-se que na versão alemã o autor consignou expressamente em nota de rodapé (p. 167, Nota 1) que, para não alterar a formulação original, não traduzia controle intra-orgânico e interorgânico para termos que ficaram mais usual na literatura jurídica alemã: controle interno (“*Innen Kontrollen*” ou “*Binnen-Kontrollen*”) e controle externo (“*Zwischen-Kontrollen*” ou “*Aussen-Kontrollen*”).

⁹⁹⁵ LOEWENSTEIN (Verfassungslehre, 1959, p. 188), (Teoría de la constitución, 1976, p. 252).

⁹⁹⁶ LOEWENSTEIN (Verfassungslehre, 1959, p. 188), (Teoría de la constitución, 1976, p. 252).

⁹⁹⁷ LOEWENSTEIN (Verfassungslehre, 1959, p. 170), (Teoría de la constitución, 1976, p. 235).

⁹⁹⁸ Observe-se que aqui não se trata de evitar a tirania, pois a separação das funções, com atribuição a diversos detentores, submetidos a controles recíprocos, já atinge este objetivo. Discute-se aqui a composição da titularidade do governo, se plural (colegiada) ou singular.

diversos órgãos administrativos.⁹⁹⁹ O Gabinete no regime parlamentarista atende a esta condição de controle quanto mais independentes do Primeiro-Ministro for os demais ministros¹⁰⁰⁰ e quanto mais fique vinculado o Primeiro-Ministro às opiniões dos demais ministros.

Os controles intra-orgânicos no Parlamento são, basicamente, autonomia funcional e o sistema bicameral.¹⁰⁰¹ O primeiro impõe que, na ordem interna do parlamento, os poderes sejam divididos convenientemente entre maioria e minoria, evitando a tirania da maioria, o que se alcança através de maiorias qualificadas. O segundo, considerado pelo autor o mais importante, consiste na divisão da função legislativa em duas casas separadas, limitando-se mutuamente.¹⁰⁰²

Quanto aos tribunais (poder ou função judicial), Loewenstein, sucintamente, indica que a decisão definitiva deve ser tomada colegialmente, seja em grau de recurso contra sentença de um juiz, seja inicialmente através de jurados.¹⁰⁰³

A interação entre governo e parlamento é, na realidade política, o “miolo do processo de poder”, pois, ao contrário do que ocorre com os demais detentores de poder, entre governo e parlamento, a “luta pelo poder” é “permanente e constante”.¹⁰⁰⁴ Daí a maior relevância, atribuída por Loewenstein, para o controle entre estes dois detentores de poder.

Nas relações de controle interorgânico, das classes já mencionadas de atuação (cooperação e intervenção) extraem as categorias (positivas) de controle.

Cabe o registro, feito pelo próprio Loewenstein, no sentido de que esta “interdependência por coordenação”, onde os detentores atuam com autonomia dentro

⁹⁹⁹ LOEWENSTEIN (Verfassungslehre, 1959, p. 172), (Teoría de la constitución, 1976, p. 237).

¹⁰⁰⁰ Lembra LOEWENSTEIN (Verfassungslehre, 1959, p. 173) que há regime onde o Primeiro-Ministro forma com discricionariedade o seu gabinete (Inglaterra) e houve regimes (III e IV República Francesa) onde o Primeiro-Ministro necessitava do referendo dos demais ministros.

¹⁰⁰¹ LOEWENSTEIN (Verfassungslehre, 1959, pp. 177-186), (Teoría de la constitución, 1976, pp. 242-250). É fato que o autor expresamente elenca a “independência funcional” como controle intra-orgânico; contudo, não a desenvolve neste capítulo. Só o fazendo no capítulo relativo aos controles interorgânicos entre governo e parlamento, onde também expressamente indica a “independência funcional” como categoria de controle interorgânico (Verfassungslehre, 1959, p. 191), (Teoría de la constitución, 1976, p. 255).

¹⁰⁰² LOEWENSTEIN (Verfassungslehre, 1959, pp. 181-2), (Teoría de la constitución, 1976, p. 246).

¹⁰⁰³ LOEWENSTEIN (Verfassungslehre, 1959, p. 186), (Teoría de la constitución, 1976, p. 251).

¹⁰⁰⁴ LOEWENSTEIN (Verfassungslehre, 1959, p. 189), (Teoría de la constitución, 1976, p. 253). Isso porque, segundo ainda o autor, quanto ao eleitorado, sua participação não é contínua e o respectivo controle fica limitado aos momentos de eleições. Também a intervenção dos tribunais nos processos políticos ficava confiada aos estados que previam controle judicial da legislação. Não é demais advertir, de logo, que este cenário mudou completamente, tendo, hoje, os tribunais protagonismo no processo político, havendo até críticas de judicialização da política.

de área de atuação que lhe é assinalada pela Constituição, ficando obrigados a cooperar em pontes de contatos também estabelecidos previamente, é “fundamentalmente diferente da interdependência por integração, característica do parlamentarismo”.¹⁰⁰⁵

Há, ainda quanto ao controle interorgânico, por outro lado, uma categoria de caráter negativo, qual seja, a independência funcional do parlamento.¹⁰⁰⁶ A independência funcional exige autogoverno do parlamento, organização do parlamento de tal maneira que funcione sem pressões externas, especialmente, aqui, do governo. A independência funcional é alcançada através de vários meios, dentre os quais, democratização (eliminando requisitos econômicos e outras limitações) e neutralização do processo eleitoral (afastando a influência governamental na eleição dos membros do parlamento), incompatibilidades parlamentares (proibição de cumulação de mandato parlamentar com exercício de cargo público) e eliminação de nomeações para e pelo governo de membros do parlamento.¹⁰⁰⁷

No que tange aos instrumentos positivos de controle interorgânico do parlamento sobre o governo, Loewenstein destaca a nomeação de detentores de poder no governo pelo parlamento e controle político sobre o exercício das funções governamentais, este último podendo se dividir entre controle de rotina por meio de perguntas e interpelações e por meio de comissões parlamentares de investigação, destituição do governo pelo voto de censura e destituição do presidente ou chefe de Estado por meio de *impeachment*.¹⁰⁰⁸

Os instrumentos (positivos) de controle interorgânico do governo sobre o parlamento são de duas ordens: a) influência do governo sobre as prerrogativas legislativas do parlamento, como, por exemplo, a elaboração do orçamento e outras faculdades legislativas do governo, bem como poderes especiais em momentos de crises institucionais; b) influência do governo sobre a atividade e existência do parlamento (direito de dissolução).¹⁰⁰⁹

Quanto ao controle interorgânico dos tribunais frente ao governo e ao parlamento,

¹⁰⁰⁵ LOEWENSTEIN (Verfassungslehre, 1959, p. 111), (Teoría de la constitución, 1976, p. 132).

¹⁰⁰⁶ LOEWENSTEIN (Verfassungslehre, 1959, p. 191), (Teoría de la constitución, 1976, p. 255).

¹⁰⁰⁷ LOEWENSTEIN (Verfassungslehre, 1959, pp. 191-3), (Teoría de la constitución, 1976, pp. 255-7).

¹⁰⁰⁸ LOEWENSTEIN (Verfassungslehre, 1959, pp. 196-204), (Teoría de la constitución, 1976, pp. 260-7).

¹⁰⁰⁹ LOEWENSTEIN (Verfassungslehre, 1959, pp. 204-231), (Teoría de la constitución, 1976, pp. 268-293).

Loewenstein destaca a independência da função judicial¹⁰¹⁰ (aspecto negativo) e, como modalidades positivas, a atribuição dos tribunais para avaliar a legalidade das ações administrativas (controle de legalidade) e competência judicial para examinar a constitucionalidade das leis (controle de constitucionalidade).¹⁰¹¹

Os controles interorgânicos do eleitorado frente ao governo e ao parlamento correspondem basicamente à sua participação nas eleições e, de forma direta, nos referendos e plebiscitos.¹⁰¹²

6.6.2 Gérard Bergeron

Adverta-se de início que, apesar de utilizar as mesmas expressões (controle horizontal e controle vertical), estes conceitos em Bergeron não se aproximam dos conceitos de Loewenstein. Enquanto em Loewenstein o critério da verticalidade é utilizado para designar operações de controle entre níveis diferentes da sociedade, considerando ambiente institucional dos detentores oficiais do poder e o ambiente não institucional, não oficial, representando a sociedade em sua totalidade; em Bergeron, a verticalidade tem a ver com a interação de funções com diferentes graus de imperatividade, mas tudo operando nos níveis institucionais.

A teoria do controle em Bergeron é essencialmente funcionalista, daí porque não acolhe a orientação de Loewenstein quanto à ênfase na localização da operação quanto aos órgãos estatais. Especificamente sobre uma espécie de controle, Bergeron aduz que *“le contrôle intralégislatif, par définition intrafonctionnel, est le plus souvent interorganique et non pas «intra-organique» comme le dit Loewenstein”*.¹⁰¹³

As duas fases de dinamização do controle social são basicamente duas: a imperatividade, quando são estabelecidas as regras de conduta, e a execução, quando se impõem, mesmo contra a vontade do cidadão, as regras de conduta estabelecidas

¹⁰¹⁰ LOEWENSTEIN (Verfassungslehre, 1959, pp. 234-242), (Teoría de la constitución, 1976, pp. 294-304). O autor apregoa o afastamento, mas não total, das influências do governo sobre as nomeações de juízes. Apesar de reconhecer que, pela experiência geral sociopsicológica, o nomeado tende a sentir-se obrigado à pessoa responsável pela nomeação, o autor sustenta que as influências políticas na designação de cargo judicial não podem ser eliminadas totalmente.

¹⁰¹¹ LOEWENSTEIN (Verfassungslehre, 1959, pp. 242-261), (Teoría de la constitución, 1976, pp. 304-321). O autor ainda destaca a judicialização da política, contudo, entende-se que esta ocorre a partir dos dois primeiros controles, o de legalidade e o de constitucionalidade.

¹⁰¹² LOEWENSTEIN (Verfassungslehre, 1959, pp. 266-286), (Teoría de la constitución, 1976, pp. 326-346).

¹⁰¹³ Gérard BERGERON (Fonctionnement de l'État, 1965, p. 255).

anteriormente.¹⁰¹⁴ Bergeron, então, enquadra as quatro funções essenciais do Estado nestas duas fases (degraus ou planos) do controle social: governo e legislação estão no plano da imperatividade; administração e jurisdição, no plano da execução.¹⁰¹⁵ Neste ponto, cabe desde já anunciar que as sanções se consubstanciam numa etapa dentro da fase de execução, quando o controle de execução constata que o controle de imperatividade não foi executado corretamente; assim, a execução será forçada, ou seja, realizada contra a vontade do controlado, com a aplicação da sanção devida, o que pode ser designada por “controle de dupla execução”.¹⁰¹⁶

Outra premissa importante para o desenvolvimento de sua teoria funcional do controle é a consideração das funções estatais segundo a preponderância da natureza da função (política ou jurídica) e indispensabilidade para o funcionamento do Estado (indispensáveis ou apenas necessárias): governo e administração são funções essencialmente políticas, “indispensáveis a uma vida política mínima”; legislação e jurisdição são funções mais jurídicas que políticas, “necessárias para uma vida política normal”.¹⁰¹⁷

Com base nestes dois critérios (natureza preponderante da função e planos de controle), Bergeron analisa os fenômenos de controle, enquadrando-se em modalidades de controle intrafuncional (dentro da mesma função) e interfuncional (entre funções), sendo que este último se subdivide em controle interfuncional horizontal (entre funções de mesmo plano, mas de natureza diferente), controle interfuncional vertical (entre funções de mesma natureza preponderante, mas de planos diferentes) e controle interfuncional oblíquo (entre funções de natureza e plano diferentes).

Quanto ao controle intragovernamental e controle intralegislativo, Bergeron¹⁰¹⁸ menciona os mesmos mecanismos de Loewenstein, adicionando, como novidade, as comissões parlamentares não investigativas, uma vez que estes órgãos legislativos podem, a depender da situação, atuar tanto na função governamental quanto na função legislativa. No controle intrajudicial, inclui os procedimentos judiciais, a hierarquização

¹⁰¹⁴ Gérard BERGERON (Fonctionnement de l'État, 1965, p. 198).

¹⁰¹⁵ Gérard BERGERON (Fonctionnement de l'État, 1965, p. 198). Pode-se dizer que estas duas fases estão alinhadas como pensamento inicial de Kelsen, segundo o qual só havia duas funções estatais essenciais: criação (legislação) e execução (administração e jurisdição).

¹⁰¹⁶ Gérard BERGERON (Fonctionnement de l'État, 1965, p. 216).

¹⁰¹⁷ Gérard BERGERON (Fonctionnement de l'État, 1965, p. 198). Acrescenta o autor que as leis internas de funcionamento da legislação e jurisdição se aproximam, o mesmo ocorrendo em relação à administração e governo.

¹⁰¹⁸ Gérard BERGERON (Fonctionnement de l'État, 1965, pp. 243-248). Quanto ao sistema bicameral, constata o autor que, exceto nos estados federais, o unicameralismo não é um controle deficiente intralegislativo.

das instâncias judiciais e a magistratura como tecnocracia.¹⁰¹⁹

A inovação maior de Bergeron¹⁰²⁰ foi a abordagem aprofundada sobre os aspectos funcionais da administração nas relações estatais, ressaltando os caracteres de permanência e especialização, que fazem da respectiva função “um elemento forte no nível funcional”. Não apenas a estrutura administrativa (órgão em sistema piramidal) é levada em conta; mas, principalmente, a burocracia e a tecnocracia, as quais têm servido como controle intrafuncional.

Quanto aos controles horizontais interfuncionais (governo x legislação), Bergeron¹⁰²¹ adotou todos os mecanismos do controle interorgânico de Loewenstein, mas andou bem mais, como resultado de sua ênfase na funcionalidade do sistema e não apenas na organicidade. Advoga uma “interfuncionalidade total”, não apenas entre órgãos de funções diversas, não apenas como interferência ou participação governamental no funcionamento legislativo, não apenas entre os planos ou graus de implementação dos fins do Estado (quais seja, imperatividade e execução), pela qual o governo tem “primazia funcional”, não apenas quanto às funções de execução que estão no segundo degrau de imperatividade (administração e jurisdição), mas também quanto à outra função do primeiro degrau da imperatividade (legislação), sem que esta primazia torne-se um “monopólio funcional”.¹⁰²² A *primazia* decorre do fato de o governo exercer uma “verdadeira liderança política” na sociedade política marcada pela

¹⁰¹⁹ A tecnocracia é, segundo Gérard BERGERON (Fonctionnement de l'État, 1965, p. 208), a “filha pródiga” da burocracia. Enquanto, em termos de estrutura, a burocracia é grande, inúmeros são os burocratas, a comunicação entre eles não é direta, e, por consequência, a decisão é tomada de maneira lenta; a tecnocracia é pequena, poucos são os tecnocratas, a comunicação entre eles é direta, a decisão é rápida. Há um ponto, contudo, que o autor não atingiu. A diferença entre tecnocracia e burocracia não é apenas de estrutura, mas também e essencialmente de conteúdo. A burocracia tem a ver com uma estruturação administrativo-funcional nas organizações complexas, dotada de valores de racionalidade, objetividade e eficiência, com o fim de aproximar o núcleo de tomada de decisão com os funcionários de base, encarregados da execução. Já a tecnocracia preocupa-se com a própria tomada de decisão, reconhecendo que cabe às pessoas com conhecimento técnico-científico a tomada das decisões mais relevantes para as organizações estatais, incluindo as áreas mais amplas como a política e economia, pois tais áreas de conhecimento são reguladas por lei universais objeto de estudo científico, e, somente quem detém este conhecimento pode bem exercer o *munus* público de governar. Neste particular, tecnocracia e democracia são “antitéticas: se o protagonista da sociedade industrial é o especialista, impossível que venha a ser o cidadão qualquer” (BOBBIO, O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo, 1986, p. 46).

¹⁰²⁰ Gérard BERGERON (Fonctionnement de l'État, 1965, pp. 267-280).

¹⁰²¹ Gérard BERGERON (Fonctionnement de l'État, 1965, p. 302). Ele aponta três espécies de controle interfuncional (governo sobre parlamento): 1) na composição e duração dos órgãos legislativos, arrola como instrumentos de controle: a) em vez de método direto de nomeação pelo governo de assentos no legislativo, ou de sufrágio censitário, o sufrágio universal e o reconhecimento de incompatibilidades; b) dissolução do parlamento; 2) na participação governamental no parlamento, inclui a iniciativa de lei e o veto do executivo. 3) primazia funcional do governo.

¹⁰²² Gérard BERGERON (Fonctionnement de l'État, 1965, p. 308).

expansão e diversidade das tarefas socioeconômicas a serem desempenhadas; a informação para tomada de decisão política fundamental chega primeiramente aos órgãos governamentais, possuindo o parlamento, como destinatários da informação, função essencialmente de controle; é dizer o governo é “o começo; esta função desencadeia as outras e impulsiona todo o sistema funcional”.¹⁰²³ Na relação inversa (legislação sobre o governo), os controles são, quanto à nomeação de membros do governo pelo parlamento, praticamente inexistentes, mas, quanto à duração, destacam-se os votos de confiança e de censura nos regimes parlamentares; e na participação parlamentar no governo, avultam os questionamentos orais aos membros do governo e as formulações de perguntas escritas ao governo.¹⁰²⁴ Ainda no controle interfuncional na perspectiva da legislação (parlamento) para com o governo, enquanto a primazia do governo age no plano da interfuncionalidade, notadamente no aspecto temporal, a *superioridade* (extrafuncional) do parlamento está “num plano superior à interfuncionalidade”, baseia-se em elevados “princípios jurídicos-morais”, incluindo os “ideológicos” e os princípios do Estado de Direito.¹⁰²⁵

A mesma dualidade (primazia x superioridade) da relação das funções do primeiro degrau de imperatividade ocorre na relação das funções horizontais do segundo degrau (administração x jurisdição): a administração tem a primazia sobre a jurisdição, quanto ao aspecto indutor, temporal e global; a jurisdição tem superioridade funcional sobre a administração no que respeita à definitividade das decisões.¹⁰²⁶ Esta relação dialética, contudo, evidencia-se em menor intensidade e relevância, no segundo degrau, pela própria característica de execução destas duas funções; elas são menos expansivas e menos transbordantes que as funções do primeiro degrau de imperatividade (governo e legislação), elas são mais fechadas sobre elas mesmas.¹⁰²⁷

Em síntese, para Bergeron, no controle entre funções de natureza diversa (interfuncionalidade horizontal: no mesmo plano), há uma dialética de oposição (não de complementaridade) entre as funções que estão no mesmo plano e, por isso, são

¹⁰²³ Gérard BERGERON (Fonctionnement de l'État, 1965, p. 309). Observa-se, aqui, que a função de governo de BERGERON corresponde à função política, tal como examinada na seção 4.2 (Função política), excluída a função legislação estrito senso.

¹⁰²⁴ Gérard BERGERON (Fonctionnement de l'État, 1965, p. 313).

¹⁰²⁵ Gérard BERGERON (Fonctionnement de l'État, 1965, p. 319). Em nota de rodapé (n. 1), na mesma página, como forma de esclarecimento deste conceito de interfuncionalidade superior, diz que, no limite, encontra-se o controle de constitucionalidade das leis, obviamente, sem necessidade de ter explicitado, ocorre, esta última, em outra relação interfuncional (jurisdição x legislação).

¹⁰²⁶ Gérard BERGERON (Fonctionnement de l'État, 1965, pp. 322-323).

¹⁰²⁷ Gérard BERGERON (Fonctionnement de l'État, 1965, pp. 322-323).

paritárias, mas com *primazia* (funcional) das funções de natureza preponderantemente política (governo e administração, para Bergeron) e com *superioridade* (extrafuncional) das funções preponderantemente jurídica.¹⁰²⁸

Já no controle entre funções de planos diversos (interfuncionalidade vertical), a dialética é de *complementaridade* entre as funções, visto que elas não são paritárias (quer não quer dizer que são dependentes), são a rigor complementares na perspectiva da dinâmica do controle, a administração e jurisdição executam as normas criadas pelo governo e legislação.¹⁰²⁹ Bergeron apregoa ainda que, no prisma da interfuncionalidade, além da complementaridade, os sistemas de responsabilidade sujeitam-se ao princípio da “duplicação e suprimimento”.¹⁰³⁰

Os mecanismos de controle vertical na relação entre governo e administração, funções, no entendimento de Bergeron, primordialmente políticas (por esta razão ficam no mesmo grupo), são as garantias estatutárias dos funcionários públicos e o fenômeno burocrático.¹⁰³¹ Na relação entre legislação e jurisdição, relevam os mecanismos de interpretação jurisdicional e controle jurisdicional da constitucionalidade das leis.¹⁰³²

Resta apenas indicar os controles interfuncionais oblíquos, que abrangem as relações entre funções de natureza diversa e planos de controle diferentes: 1) entre governo e jurisdição: nomeação dos juízes por decisão governamental, sugestão do ministério da justiça sobre gestão judicial, recusa de executar as decisões judiciais, estabelecimento de jurisdição especiais e de exceção, mediação, independência funcional dos órgãos judiciais; 2) entre legislação e administração: a existência de um grande número de administradores e execução administrativa.¹⁰³³

Para encerrar este tópico dedicado à teoria de Bergeron, mister fazer alguns ajustes necessários em razão do desenvolvimento teórico da função política, visto na seção 4.2. No que tange à natureza preponderante da função, a administração não pode ser tomada como de natureza essencialmente política, assim como não pode a legislação ser reputada de natureza essencialmente jurídica. A legislação, assim como a função de governo, tem natureza política. São, no dizer de Afonso Queiró,¹⁰³⁴ “funções irmãs”. Elas definem “opções, objetivos, normas abstratas, enquanto a administração executa,

¹⁰²⁸ Gérard BERGERON (Fonctionnement de l'État, 1965, p. 334).

¹⁰²⁹ Gérard BERGERON (Fonctionnement de l'État, 1965, p. 338).

¹⁰³⁰ Gérard BERGERON (Fonctionnement de l'État, 1965, p. 368).

¹⁰³¹ Gérard BERGERON (Fonctionnement de l'État, 1965, p. 354).

¹⁰³² Gérard BERGERON (Fonctionnement de l'État, 1965, pp. 388-402).

¹⁰³³ Gérard BERGERON (Fonctionnement de l'État, 1965, pp. 405-413).

¹⁰³⁴ Afonso QUEIRÓ (Actos de governo e contencioso de anulação, 1969, p. 18).

aplica e põe em prática o que lhe é superiormente determinado”.¹⁰³⁵ Considerada a perspectiva jurídico-política que se tem na atualidade, a função é política não porque seja indispensável à vida em sociedade, mas em razão da maior abertura, ampla margem de apreciação e elevada generalidade dos atos praticados, o que não ocorre com a administração, que deve seguir estritamente os parâmetros legais.

Realizado este corretivo, tem-se que as funções do plano da imperatividade ou criação (governo e legislação) são as funções de natureza essencialmente política, da mesma maneira que as funções do plano da execução (administração e jurisdição) são as funções de natureza essencialmente jurídica. A classificação das funções segundo o plano e segundo a natureza gera o mesmo resultado.

6.7 Controle parlamentar e democracia como governo responsável: Bäumlin

Da Suíça saíram grandes contributos teóricos sobre controle político, especialmente nas relações entre parlamento e governo, cujos expoentes foram Kurt Eichenberger e Richard Bäumlin.¹⁰³⁶ Tais estudos surgiram na esteira do declínio da função clássica parlamentar de controle (fiscalização *a posteriori*), constatado por Leibholz em trabalho de 1958.¹⁰³⁷ O termo controle, notadamente de controle parlamentar, não era previsto na maioria das Constituições até o final da Segunda Guerra Mundial. No Brasil, em particular, somente adveio com a Constituição Federal de 1967.

A expansão da administração, verificada no Estado de Bem-Estar Social após a Segunda Guerra Mundial, eleva o controle a uma tarefa geral (*allgemeine Aufgabe*) da democracia, exigindo-se uma atuação parlamentar diferenciada, mais preventiva e mais cooperativa com a administração, como se verá.¹⁰³⁸

Para se atingir a finalidade de um Estado, que é a coexistência pacífica das pessoas, as decisões públicas não podem ser tomadas isoladamente, sem conectividade com os órgãos estatais detentores do poder, típico de um “aparelho estatal estático”, e sem consideração com as opiniões das diversidades de grupos que compõe a sociedade; devem sim seguir um “processo governamental” (*governmental process*), denominado

¹⁰³⁵ Diogo de Freitas AMARAL (Curso de direito administrativo. Vol. I, 2006, p. 46).

¹⁰³⁶ Ulrich SCHEUNER (Verantwortung und Kontrolle in der demokratischen ..., 1970, p. 536).

¹⁰³⁷ Gerhard LEIBHOLZ (Strukturprobleme der modernen Demokratie, 1958, pp. 160-167).

¹⁰³⁸ Richard BÄUMLIN (Die Kontrolle des Parlamentes über Regierung ..., 1966, p. 171).

de governança (*Regieren*), onde se possa debater com todas as informações possíveis, inclusive com participação dos diversos grupos dentro da pluralidade social, e, assim, serem formuladas as políticas públicas através de compromisso das partes interessadas, não necessariamente pela imposição da maioria.¹⁰³⁹

Para tanto, o processo de governo deve ser assim estruturado: a tarefa geral do Estado dividido em várias subtarefas; estas atribuídas a diferentes instâncias, cujas decisões devem ser públicas e justificadas perante outra instância; possibilitando ainda a responsabilização pelos desvios.¹⁰⁴⁰ Percebe-se que, neste conceito, o autor conjuga o princípio da separação das funções estatais com o princípio da responsabilidade, tendo dito, expressamente, que a distinção e delimitação das funções não segue uma classificação rigorosa (legislação ao parlamento; execução ao governo; justiça ao poder judicial), muitas vezes há sobreposição de funções e, quando há lacunas, devem ser preenchidas por responsabilidade dos exercentes das funções (servidores públicos).¹⁰⁴¹ A própria classificação de Loewenstein, segundo Bäumlin, não foi “uma separação classificatória acurada” (*einer scharf klassifikatorischen Aussonderung*), pois a função de controle não foi para um único órgão público.¹⁰⁴²

A democracia não é apenas um governo pela discussão, mas um governo responsável (*verantwortliche Regierung, responsible government*),¹⁰⁴³ que não significa apenas uma competência de um corpo dirigente máximo, mas pressupõe diferenciação em diversos órgãos, com os respectivos opostos, a quem são justificadas inicialmente as ações, antes da tomada da decisão e, assim, responderem por ele mesmos.¹⁰⁴⁴ A democracia não é autogoverno do povo, pois não se constata nenhuma identidade entre governantes e governados.¹⁰⁴⁵

Na linha de Loewenstein, Bäumlin reforça a bilateralidade de controle. Controle resulta desta interação entre diferentes instâncias ou órgãos de um Estado de Direito Democrático, onde cada um tem que divulgar, justificar e responder por suas ações perante o outro.¹⁰⁴⁶ Sem ser o seu foco principal, o autor chega a antecipar a tendência

¹⁰³⁹ Richard BÄUMLIN (Die Kontrolle des Parlamentes über Regierung ..., 1966, pp. 220-223).

¹⁰⁴⁰ Richard BÄUMLIN (Die Kontrolle des Parlamentes über Regierung ..., 1966, p. 222).

¹⁰⁴¹ Richard BÄUMLIN (Die Kontrolle des Parlamentes über Regierung ..., 1966, p. 229).

¹⁰⁴² Richard BÄUMLIN (Die Kontrolle des Parlamentes über Regierung ..., 1966, p. 230).

¹⁰⁴³ Richard BÄUMLIN (Die Kontrolle des Parlamentes über Regierung ..., 1966, p. 222).

¹⁰⁴⁴ Richard BÄUMLIN (Die Kontrolle des Parlamentes über Regierung ..., 1966, p. 238). O autor esclarece que justificar é não só fundamental, mas sim, possibilitar que a ação seja testável, verificável pela parte contrária, a oposição.

¹⁰⁴⁵ Richard BÄUMLIN (Die Kontrolle des Parlamentes über Regierung ..., 1966, p. 220).

¹⁰⁴⁶ Richard BÄUMLIN (Die Kontrolle des Parlamentes über Regierung ..., 1966, p. 247).

que virá se formar nas décadas seguintes, qual seja, a responsabilidade enquanto prestação de contas. De fato, “ação controlada é uma ação que precisa ser responsável, pelo que deve ser dada a prestação de contas”.¹⁰⁴⁷

Segundo Bäumlin, há algumas diferenças conceituais nos termos utilizados para controle, especialmente entre controle (*Kontrolle*) e fiscalização/supervisão (*Aufsicht*), mas que, adianta-se, não são relevantes, são “ocasionais”.¹⁰⁴⁸ As Constituições dos Cantões Suíços referem-se à atividade parlamentar de *Überwachung* (monitoramento/supervisão) e *Aufsicht* (supervisão/fiscalização), já a Constituição Federal da Suíça de 1848, revisada em 1874, vigente à época, no artigo 85, número 11, menciona a atribuição da Assembleia Federal de “*Oberaufsicht*” (superintendência/supervisão superior) sobre a administração federal e justiça. Consta que, enquanto a literatura científica estrangeira já adotava o termo controle (*Kontrolle*), embora ainda muito associado ao conceito originário de exame posterior (revisão) de uma ação concluída, os termos *Aufsicht* e *Oberaufsicht* iam além, incluíam também “um interesse e preocupação para o futuro” (*ein Sorgen und Besorgen in die Zukunft*).¹⁰⁴⁹ Como ele mesmo indicou, os problemas teóricos e práticos do controle parlamentar não podem ser resolvidos simplesmente pela análise linguística e a dedução de conceitos, mas sim a partir do exame dos métodos, tarefas e sanções estabelecidos na estrutura estatal específica de cada Estado.¹⁰⁵⁰

O princípio democrático da publicidade (*das demokratische Öffentlichkeitsprinzip*), de inspiração iluminista, deve ser interpretado pelas luzes da sociedade pluralista contemporânea. Como destaca Bäumlin, se por um lado é insuficiente que as discussões sejam passíveis de conhecimento pelos cidadãos, que o debate seja público; por outro lado, ante as experiências desastrosas quanto à manipulação de instrumentos de democracia direta (plebiscito e referendo) em passado recente, não se aceita naturalmente um efeito automático destes instrumentos de participação popular; daí que a exigência é de que o público seja constantemente informado, instruído e educado, e mais, que, ao lado dos órgãos governamentais, sejam chamados para co-participação os órgãos estatais externos àqueles, especialmente, mas

¹⁰⁴⁷ Richard BÄUMLIN (Die Kontrolle des Parlamentes über Regierung ..., 1966, p. 238).

¹⁰⁴⁸ Richard BÄUMLIN (Die Kontrolle des Parlamentes über Regierung ..., 1966, p. 231).

¹⁰⁴⁹ Richard BÄUMLIN (Die Kontrolle des Parlamentes über Regierung ..., 1966, p. 231). Posteriormente, Ulrich SCHEUNER (Verantwortung und Kontrolle in der demokratischen ..., 1970, p. 379) também concluiu que, até este trabalho de BÄUMLIN, o conceito de controle era entendido como exame posterior de uma ação concluída.

¹⁰⁵⁰ Richard BÄUMLIN (Die Kontrolle des Parlamentes über Regierung ..., 1966, p. 232).

não exclusivamente, a participação do parlamento no governo.¹⁰⁵¹

A participação de um órgão na tarefa que, a princípio, lhe seria estranha, ou seja, própria de outro órgão, é a base para o que denominou de controle por cooperação, que não se confunde com o controle por fiscalização (controle já clássico). Enquanto no controle por fiscalização a atuação é repressiva, no controle por cooperação a atuação é preventiva, e antecedente ao controle por fiscalização; atua-se simultaneamente ao ato, aliás, participa-se do procedimento, não se aguardando a finalização do procedimento ou da tomada de decisão para, só depois, fiscalizá-lo. Este é o pioneirismo de Bäumlín, o qual foi reconhecido por Scheuner.¹⁰⁵²

No direito suíço, Bäumlín indicou como controle por cooperação as interpelações, a auditoria parlamentar sobre relatório anual do conselho federal e a decisão da Assembleia Federal sobre o orçamento.¹⁰⁵³ São exemplos de controle por cooperação, no direito alemão, a participação das comissões permanentes do parlamento, previamente à tomada das importantes decisões fundamentais, e “a participação na execução do orçamento por meio de reserva para despesas em favor de aprovação parlamentar”.¹⁰⁵⁴

6.8 Crise do controle

A tese que Jouvenel¹⁰⁵⁵ formulou em 1945, no sentido de que “a capacidade de controlar as atividades da nação”, que para ele equivale ao poder estatal,¹⁰⁵⁶ tem crescido continuamente ao longo da história da humanidade, deve ser visto com algumas ressalvas. Não quer dizer, como pretendeu Dahl,¹⁰⁵⁷ que foi, em sua totalidade, “impropriamente” apresentada.

O sentido de controle utilizado por Jouvenel é bem estrito: controle estatal (ou melhor, do governante) sobre as atividades dos cidadãos. E sobre este viés,

¹⁰⁵¹ Richard BÄUMLIN (Die Kontrolle des Parlamentes über Regierung ..., 1966, pp. 238-239).

¹⁰⁵² Ulrich SCHEUNER (Verantwortung und Kontrolle in der demokratischen ..., 1970, p. 401).

¹⁰⁵³ Richard BÄUMLIN (Die Kontrolle des Parlamentes über Regierung ..., 1966, pp. 291-296).

¹⁰⁵⁴ Ulrich SCHEUNER (Verantwortung und Kontrolle in der demokratischen ..., 1970, p. 402).

Similar ao que se designa no direito brasileiro de emenda parlamentar ao orçamento.

¹⁰⁵⁵ Bertrand de JOUVENEL (On Power [1945], 1962, pp. 2-13). Uma das provas apresentadas por este autor é o crescente aumento da participação da sociedade nas guerras do último milênio, tanto no que se refere a recursos financeiros particulares quanto na questão da conscrição (serviço militar obrigatório) de pessoas para atuar na guerra.

¹⁰⁵⁶ Bertrand de JOUVENEL (On Power [1945], 1962, p. 7) define, previamente, assim, o poder: “*therefore the extension of Power, which means its ability to control ever more completely a nation's activities, is responsible for the extension of war*”.

¹⁰⁵⁷ Robert DAHL (Política, Economia e Bem Estar Social, 1971, p. 271).

especialmente do absolutismo até o período das duas grandes guerras mundiais, entre 1914 a 1945, quando ocorreu o lançamento do livro de Jouvenel, é notório que a ingerência estatal sobre as atividades privadas dos cidadãos, incluindo a participação financeira dos cidadãos para o custeio da máquina pública, aumentou progressivamente, tudo como resultado de um sistema de controle, de que dispunha o governante, cada vez mais diversificado e eficiente.¹⁰⁵⁸

Nem mesmo a implantação do sistema representativo para escolha dos governantes diminuiu este controle estatal sobre os particulares. Se de um lado, há enfraquecimento do poder pela possibilidade de os governados mudarem o governante, por meio de eleições, onde eles podem substituir o governante por outro em que tenham mais confiança; por outro lado, ao se abrir a perspectiva de poder para qualquer cidadão ambicioso, torna-se mais fácil a extensão do poder sobre a sociedade civil, já que, ao contrário do absolutismo, onde a parcela da sociedade que não tinha a menor oportunidade de acender ao poder tinha o maior interesse em denunciar a invasão deste poder em sua esfera, na democracia representativa, onde cada um é potencialmente governante, ninguém está preocupado em reduzir um poder estatal a que também almeja exercer, havendo, pois, “uma grande cumplicidade com a extensão do poder”.¹⁰⁵⁹

Tal assertiva de Jouvenel só vem a constatar a mudança que ocorreu paulatinamente nas entranhas das instituições públicas ao longo das últimas centenas de anos. O controle do poder, que era alçado a problema principal da sociedade, cedeu paulatinamente espaço para o poder do controle, ou, “com mais rigor, num conceito de poder construído como estrutura de controle”.¹⁰⁶⁰

Sob a perspectiva inversa da adotada por Jouvenel, ou seja, a do controle do cidadão sobre o poder estatal, se os governados têm ou não controle sobre seus governantes, e é este o questionamento de maior relevo para uma sociedade política (em outras palavras, evitar a tirania como problema fundamental da política), a tese do aumento progressivo do controle não se sustenta.

Houve sim um primeiro degrau de aumento de controle, que ocorreu do período que vai até as revoluções americanas e francesas (1ª fase) para o período destas revoluções até o início da Primeira Guerra Mundial (2ª fase). Contudo, da 2ª fase para a

¹⁰⁵⁸ Bertrand de JOUVENEL (On Power [1945], 1962, p. 2 e 9).

¹⁰⁵⁹ Bertrand de JOUVENEL (On Power [1945], 1962, p. 10).

¹⁰⁶⁰ Pedro VASCONCELOS (Teoria geral do controle jurídico do Poder Público, 1996, p. 114).

3ª fase (período das guerras mundiais), houve um decréscimo de controle.¹⁰⁶¹

Na 1ª fase, prevalecia a lei de ferro da oligarquia, onde a minoria que detinha o poder impunha a vontade à maioria da população. Afastava-se, e muito, da igualdade política dos cidadãos, pouquíssimas pessoas detinham o direito ao voto. Por conta disso, imperava uma grande desigualdade de controle: os não-líderes não tinham controle sobre líderes, ao passo que os líderes tinham controle sobre os não-líderes.¹⁰⁶²

Na 2ª fase, os sistemas políticos foram impregnados pelo ideal democrático, no sentido de os não-líderes exercerem um grau relativamente alto de controle sobre seus líderes. Por isso, houve uma aproximação da igualdade política, com o aumento do coeficiente de participação dos cidadãos nas eleições. E também foi afastada a lei de ferro da oligarquia, pela adoção do sistema majoritário, onde a maioria determinava os rumos da política na sociedade, através de seus representantes. Houve, por consequência, um aumento da igualdade de controle: os não-líderes exercem um grau relativamente alto de controle sobre os líderes; e os líderes continuam com controle sobre os não-líderes. Outra preocupação reinante foi a tirania da maioria, tendo sido dotado os sistemas políticos de instrumentos para valorizar a minoria, tais como, sistema proporcional, maioria absoluta e qualificada.

A 3ª fase (período de guerras mundiais) comprovou que o problema fundamental da política (evitar a tirania dos governantes) estava apenas aparentemente resolvido na fase anterior. Não houve nenhuma tirania da maioria, pelo contrário, uma minoria subjuguou uma maioria de governados em diversos países, como ocorreu com grande vigor nas ditaduras na União Soviética, Alemanha, Itália, Portugal e Espanha, no período das duas guerras mundiais;¹⁰⁶³ além de outras ditaduras que se implantaram após as duas guerras mundiais, especialmente na América Latina. Os controles instituídos não foram suficientes para evitar a tirania nesses países; pelo contrário, os controles instituídos eram utilizados pelos próprios governantes para se manter no poder, inclusive utilizando indevidamente muitos instrumentos de democracia direta, como plebiscito e referendo. Como bem advertiu Dahl, os “postos de controle” atraíam “tiranos em potencial”,¹⁰⁶⁴ que transmudavam o controle do poder em poder do

¹⁰⁶¹ É o que demonstra Robert DAHL (Política, Economia e Bem Estar Social, 1971, pp. 269-272).

¹⁰⁶² Robert DAHL (Política, Economia e Bem Estar Social, 1971, pp. 269-272) refere-se apenas indiretamente a esta fase, que se denominou no texto de primeira fase; mas que pode ser inferido da análise pormenorizada que faz sobre o período que foi aqui designado de segunda fase.

¹⁰⁶³ Robert DAHL (Política, Economia e Bem Estar Social, 1971, p. 272).

¹⁰⁶⁴ Robert DAHL (Política, Economia e Bem Estar Social, 1971, p. 271).

controle.

A 4ª fase corresponde ao período posterior às duas guerras mundiais e foi marcada por uma mudança teórica relevante: tendência de desigualdade política e afastamento da igualdade de controle. A lei de ferro da oligarquia é apenas enfraquecida, mas não revogada.¹⁰⁶⁵ Esta “avassaladora” tendência passa a conviver com a “tendência de reciprocidade” ou da prioridade para controles recíprocos em vez de controles unilaterais. As maneiras como se relacionam estas duas correntes é que compõem os modelos poliárquicos de Dahl. A tendência de reciprocidade, associada ao objetivo democrático (dotar os não-líderes de controles efetivos sobre os líderes), impõe duas condições: os não líderes precisam ter liberdade para transferir seu apoio aos rivais dos atuais líderes, ao passo que os líderes precisam conquistar o controle competindo entre si pelo apoio dos não-líderes.¹⁰⁶⁶ É nesta primeira condição que reside o controle do povo sobre o governo. Como arremata Dahl, “o povo dêste país controla o govêrno não pela maneira como votou ‘na última vez’, mas pela maneira com que pode votar ‘na próxima vez’.”¹⁰⁶⁷

É nesta 4ª fase que ocorreu a expansão do Estado de Bem-Estar Social, que havia sido originado, basicamente, com a criação da segurança social por Otto von Bismarck, ainda no século XIX na Alemanha. Houve um otimismo teórico com o controle estatal no período pós-guerras, resultado do aumento significativo no desenvolvimento econômico e social na maioria das democracias.

Tal otimismo durou até a década de 1980, quando a capacidade do Estado de realizar seus fins foi posta em xeque, ante os problemas financeiros da década de 1970 e novamente a ocorrência de guerras de grandes dimensões, como a do Vietnã. Entra em cena a crise do controle (*Steuerungskrise*), tão bem diagnosticada por Klement.¹⁰⁶⁸ Conforme Klement, a crise do controle se deu em virtude de dois conjuntos de fatores.

O primeiro diz respeito à insuficiência em si do controle na sociedade plural. Há uma parcela *objetiva* desta incapacidade,¹⁰⁶⁹ que tem a ver com a diminuição do poder causal do Estado na sociedade plural, tecnológica e complexa do final do século XX e início do século XXI, quando comparado com o poder estatal nos séculos anteriores, que é resultado dos seguintes fatores: a) globalização, a qual supera limites espaciais,

¹⁰⁶⁵ Robert DAHL (Política, Economia e Bem Estar Social, 1971, p. 282).

¹⁰⁶⁶ Robert DAHL (Política, Economia e Bem Estar Social, 1971, p. 280).

¹⁰⁶⁷ Robert DAHL (Política, Economia e Bem Estar Social, 1971, p. 282).

¹⁰⁶⁸ Jan KLEMENT (Verantwortung, 2006, pp. 13-28).

¹⁰⁶⁹ Jan KLEMENT (Verantwortung, 2006, pp. 14-15).

culturais e sociais e cria orientações de ação e interdependências fora do alcance de sistemas normativos gerais, especialmente para além da lei estadual; b) as ações do Estado produziram cada vez mais efeitos colaterais e menos efeitos benéficos desejados, tendo havido grandes esforços com desperdício de recursos; c) em uma época em que os subsistemas sociais atribuem autonomamente o seu significado e, ao mesmo tempo, todos os processos se entrelaçam em rede, os contextos sociais ganharam complexidade e dinamismo. Há também uma parcela *subjéctiva* desta incapacidade,¹⁰⁷⁰ trata-se de uma nova percepção do homem sobre os efeitos de suas *decisões no futuro*, “uma nova autoconcepção do homem como Estado”. Embora a inovação científica tenha elevado o conhecimento da humanidade sobre si e seu ambiente, quanto mais se tenta reduzir a distância entre o conhecimento e seu objeto, maior é a sensação de ignorância, é o que se denomina de paradoxo da ignorância através do conhecimento (*Das Paradox vom Nichtwissen durch Wissen*). A insuficiência do controle é a “imagem espelhada da pretensão irrealizável de controlar o futuro”.¹⁰⁷¹ Ao lado da parcela objetiva e subjéctiva da incapacidade estatal, tem-se uma terceira parcela relativa à alteração da posição do Estado na sociedade.¹⁰⁷² O Estado já não ocupa uma posição central em relação resolução dos problemas da sociedade. O conhecimento de que dispõe o Estado, apesar de ainda muito elevado, já não corresponde ao conhecimento da sociedade como um todo. Há novo conhecimento sendo produzido em subsistemas descentralizados. Há até quem defenda a tese do fim do Estado. Contudo, “não é a tese do fim dos Estados que fornece a explicação para a responsabilidade no direito, mas a tese de uma crise de controle do direito, o que leva a uma evolução do direito”, isso porque o “direito como instrumento de controle está, não apenas no aspecto ético, político e cultural, mas também no aspecto funcional, sem alternativa. Uma sociedade diferenciada precisamente conserva sua diferenciação em decisões que são obrigatórias para todos”.¹⁰⁷³ Quanto à crise financeira internacional de 2008, que impactou as finanças internas de diversos países, em especial Grécia, Espanha e Portugal, “o fracasso dos sistemas constitucionais de controlo”, “político, técnico e jurisdicional”, contribuiu

¹⁰⁷⁰ Jan KLEMENT (Verantwortung, 2006, pp. 16-17).

¹⁰⁷¹ Jan KLEMENT (Verantwortung, 2006, p. 17). Neste contexto, Ulrich BECK (*A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva*, 1997, p. 38) preconiza “auto-abertura do monopólio sobre a verdade, que está se tornando possível e necessário para - e ao mesmo tempo com - as dúvidas metodológicas, as quais a própria ciência homenageia”.

¹⁰⁷² Jan KLEMENT (Verantwortung, 2006, pp. 17-19).

¹⁰⁷³ Jan KLEMENT (Verantwortung, 2006, p. 19).

sobremaneira para a emergência e severidade da crise.¹⁰⁷⁴

O segundo conjunto de fatores da crise de controle corresponde ao aumento da pretensão estatal de controle, é dizer, o incremento substancial dos objetivos do Estado de Bem-Estado Social.¹⁰⁷⁵ Em vez de usar novas ferramentas de gestão e novas formas de obtenção de conhecimento, a crise de controle poderia, portanto, ser superada por uma retirada da pretensão de controle estatal. Contudo, esta solução não reflete a realidade política da atualidade de nenhum país. A insuficiência de controle acaba sendo compensado por um crédito adicional no controle estatal para tentar atingir as finalidades do Estado, mas com bastante dificuldade nesta satisfação. E esta dificuldade real provoca pressão para inovar no sistema jurídico, entre as quais está a responsabilidade, a partilha da responsabilidade com a retirada do Estado em algumas áreas. Como arremata Klement, “a responsabilidade responde, assim, pelo menos no que diz respeito ao direito, ao fenômeno da crise de controle”.¹⁰⁷⁶

6.9 Controle e responsabilidade: Ulrich Scheuner

Embora Bäumlín já tivesse construído uma teoria em que valorizava, no conceito de controle, uma dimensão de responsabilidade, no início da década de 1970, os conceitos de controle e responsabilidade ainda “não tinham um papel de destaque no direito constitucional”¹⁰⁷⁷ alemão. A Constituição Federal Alemã de 1949 ainda não contemplava o termo *Kontrolle* e, apesar de mencionar *Verantwortung* (responsabilidade) em alguns dispositivos (Arts. 28, par. 2, 34, 46 e 65 GG), o fazia, como anota Scheuner,¹⁰⁷⁸ para designar conceitos bem diversos, de autonomia municipal à responsabilidade política,¹⁰⁷⁹ mas, para alguns, era suficiente para a identificação de um conceito jurídico constitucional (*ein verfassungsrechtlicher Rechtsbegriff*).¹⁰⁸⁰

A teoria do Estado, neste momento, ainda estava “presa” a alguns dogmas como a

¹⁰⁷⁴ Jónatas MACHADO e Paulo COSTA (O Tribunal de Contas como guardião ..., 2012, p. 163).

¹⁰⁷⁵ Jan KLEMENT (Verantwortung, 2006, p. 20).

¹⁰⁷⁶ Jan KLEMENT (Verantwortung, 2006, p. 28).

¹⁰⁷⁷ Ulrich SCHEUNER (Verantwortung und Kontrolle in der demokratischen ..., 1970, p. 379).

¹⁰⁷⁸ Ulrich SCHEUNER (Verantwortung und Kontrolle in der demokratischen ..., 1970, p. 379).

¹⁰⁷⁹ *Verantwortung* no sentido de autonomia municipal para assuntos locais: artigo 28, parágrafo 2º. No sentido de responsabilidade por infrações no exercício das funções: artigo 34. No sentido de inviolabilidade e imunidade dos parlamentares por votos e opiniões: artigo 46. No sentido de responsabilidade política: artigo 65.

¹⁰⁸⁰ Jan KLEMENT (Verantwortung, 2006, p. 193).

“unidade de vontade do povo”, pela qual haveria uma “identidade entre governante e governados”.¹⁰⁸¹ Ocorre que, numa sociedade complexa e plural, a unidade fictícia do povo exclui naturalmente a liberdade e o pluralismo de opiniões.¹⁰⁸² Não existe a vontade do povo como fato real, mas “uma unidade como o resultado de um processo de confronto de opiniões e forças, que ocorre de forma contínua e através de certas formas e procedimentos institucionais”.¹⁰⁸³ A referência à vontade do povo em uma sociedade democrática é utilizada como “fonte de legitimidade do processo de decisão política”.¹⁰⁸⁴ A “identidade entre governante e governado” também não se justifica a partir de uma perspectiva de controle e responsabilidade, onde para o seu exercício há a necessária pressuposição de que os governantes, ao tomar as decisões, têm uma certa margem de autonomia.¹⁰⁸⁵

Outro dogma ainda dominante na literatura alemã era a concepção de lei. A lei ainda tinha apenas a função de barreira ou limite (*Schranke*) no sistema jurídico, quando ela própria é “um meio de autodeterminação política do todo e uma solução democrática para as questões econômicas e sociais”.¹⁰⁸⁶ E para alcançar este intento, as relações institucionais entre parlamento e governo já não são “captadas” pela rígida separação funcional e orgânica dos poderes.

Esses novos valores, que traduzem uma dimensão legitimante da democracia, onde “legitimidade e a nomeação da liderança política realizam-se em influência recíproca”,¹⁰⁸⁷ exigem que se coloque em relevância, numa articulada estrutura, o momento das eleições (outorga de mandato), a moderação do exercício do poder e a fiscalização deste exercício, estrutura esta que se expressa magnificamente pelos institutos de responsabilidade e controle.¹⁰⁸⁸

A responsabilidade e controle circunscrevem-se justamente na relação interna entre a totalidade mandante (povo) e os governantes eleitos de decisão política,¹⁰⁸⁹ e vai muito além da mera identidade entre eles. Eles são o contrapeso de cada mandato outorgado (*das Gegengewicht jedes im demokratischen Staate erteilten Mandates*),¹⁰⁹⁰

¹⁰⁸¹ Ulrich SCHEUNER (Verantwortung und Kontrolle in der demokratischen ..., 1970, p. 379).

¹⁰⁸² Ulrich SCHEUNER (Verantwortung und Kontrolle in der demokratischen ..., 1970, p. 385).

¹⁰⁸³ Ulrich SCHEUNER (Verantwortung und Kontrolle in der demokratischen ..., 1970, p. 380).

¹⁰⁸⁴ Ulrich SCHEUNER (Verantwortung und Kontrolle in der demokratischen ..., 1970, p. 380).

¹⁰⁸⁵ Ulrich SCHEUNER (Verantwortung und Kontrolle in der demokratischen ..., 1970, p. 385).

¹⁰⁸⁶ Ulrich SCHEUNER (Verantwortung und Kontrolle in der demokratischen ..., 1970, p. 381).

¹⁰⁸⁷ Ulrich SCHEUNER (Verantwortung und Kontrolle in der demokratischen ..., 1970, p. 381).

¹⁰⁸⁸ Ulrich SCHEUNER (Verantwortung und Kontrolle in der demokratischen ..., 1970, p. 381).

¹⁰⁸⁹ Ulrich SCHEUNER (Verantwortung und Kontrolle in der demokratischen ..., 1970, p. 380).

¹⁰⁹⁰ Ulrich SCHEUNER (Verantwortung und Kontrolle in der demokratischen ..., 1970, p. 384).

não se conformando com liberdade total do exercício do mandato. A ideia de um governo baseado no consenso dos cidadãos passa a permear a teoria política e ilumina a relação entre governante e governado, assegurando que o consenso não decorra apenas da escolha dos governantes nas eleições, mas também da prestação de contas dos detentores de poder e da disposição dos mandatos (suspensão do mandato).¹⁰⁹¹ O autor resgata um conceito clássico da teoria política anglosaxônica, consistente na confiança (*Trust*) depositada pelos eleitores aos mandatários,¹⁰⁹² que impõe que os mandatários prestem contas do uso que fazem desta confiança. Enfim, a responsabilidade e controle são “elementos fundamentais de uma ordem constitucional democrática”.¹⁰⁹³

Scheuner reforça também a bilateralidade da relação entre governantes e governados, que já vinha sendo exposto por Loewenstein e Bäumlín, mas associa especialmente à responsabilidade. Para ele, a responsabilidade sempre inclui dois polos, a pessoa que é responsável e aqueles a quem é devido esta prestação de contas.¹⁰⁹⁴ Observe-se que a prestação de contas (*Rechenschaftspflicht*) é o objeto da responsabilidade, ao passo que a responsabilidade é a relação jurídica que impõe a satisfação daquele objeto, ou, como quer Klement, um conceito de relação de imputação (*Zuschreibungsrelationsbegriff*). A responsabilidade pressupõe um poder de decisão autônomo (*eine selbständige Entscheidungsbefugnis*); por consequência, onde há subordinação e obediência, não há responsabilidade, a responsabilidade fica restrita aos postos de comando.¹⁰⁹⁵ Também como decorrência da autonomia do agente responsabilizável é fundamental que haja uma distância entre a autoridade que apura a responsabilidade e a ação objeto do procedimento, o que não ocorre em algumas categorias de controle, como o controle por cooperação.¹⁰⁹⁶ Deve haver, na estrutura constitucional, duas instâncias separadas de responsabilidade, uma política e outra jurídica, esta última podendo ter diversas ramificações (civil, administrativo etc.).¹⁰⁹⁷

Para Scheuner, controle é “um termo mais recente” (*ein jüngerer Begriff*), tem um sentido mais “amplo e elástico”, que vai de uma contínua supervisão (*die laufende Überwachung*) a uma forma de direção indireta (*die Form indirekter Leitung*), estando

¹⁰⁹¹ Ulrich SCHEUNER (Verantwortung und Kontrolle in der demokratischen ..., 1970, p. 384).

¹⁰⁹² Ulrich SCHEUNER (Verantwortung und Kontrolle in der demokratischen ..., 1970, p. 387).

¹⁰⁹³ Ulrich SCHEUNER (Verantwortung und Kontrolle in der demokratischen ..., 1970, p. 384).

¹⁰⁹⁴ Ulrich SCHEUNER (Verantwortung und Kontrolle in der demokratischen ..., 1970, p. 385).

¹⁰⁹⁵ Ulrich SCHEUNER (Verantwortung und Kontrolle in der demokratischen ..., 1970, p. 391).

No mesmo sentido, Diana WOODHOUSE (Ministers and Parliament, 1994, p. 27).

¹⁰⁹⁶ Ulrich SCHEUNER (Verantwortung und Kontrolle in der demokratischen ..., 1970, p. 391).

¹⁰⁹⁷ Ulrich SCHEUNER (Verantwortung und Kontrolle in der demokratischen ..., 1970, p. 391).

mais próximo do conceito de fiscalização (*die Aufsicht*), embora falte-lhe o elemento de super-ordem (*Überordnung*) e os respectivos instrumentos de intervenção (*Eingriffsmittel*), “uma relação de influência crítica e corretiva”.¹⁰⁹⁸ Controle, para Scheuner, é “a supervisão concomitante (*begleitende Überwachung*) do mandante (*der Auftraggeber*) ou de órgãos constitucionais especialmente designados sobre a adequação das funções exercidas pelos órgãos estatais”.¹⁰⁹⁹ Ele engloba métodos de observação e de influência com os quais a ação da pessoa responsável (*die Verantwortlichen*) torna-se transparente e a própria ação é influenciada.¹¹⁰⁰ O conceito de controle pertence, no sistema político democrático, ao campo das relações entre o autorizador e autorizado, entre o povo enquanto fator legitimador e os órgãos instituídos (parlamento e governo), assim como outras instituições, abrangendo ainda as relações entre os órgãos de governo, destacando-se a relação governo-parlamento.¹¹⁰¹ Assim como a responsabilidade, o controle pode ser político e jurídico. O controle político reside nos atos eleitorais, bem como na formação e na influência da opinião pública, na concepção dividida/estruturada dos órgãos constitucionais e no estabelecimento dos tribunais constitucionais para salvaguardar os limites legais de ação política.¹¹⁰² O controle jurídico envolve a fiscalização e supervisão sobre a administração (gestão executiva), por meio de institutos tais como o princípio da legalidade, onde se funda o autocontrole (interno) da administração e a proteção judicial contra a ação administrativa.¹¹⁰³

Como se constatou, Scheuner, assim como Bäumlin (para quem a ação controlada é a que deve ser responsável), sustentou que controle e responsabilidade são conceitos relacionais e que eles estão ligados de maneira direta;¹¹⁰⁴ quanto mais responsabilidade, maior o controle. Contudo, o relacionamento não é de mão dupla, pois, nem sempre, um maior controle implica maior responsabilidade. Isso porque a noção de controle abrange também modalidades mais amplas e difusas, com menor poder de coerção. Por isso, pode-se dizer que as modalidades de controle podem envolver diferentes modelos de responsabilidade.

¹⁰⁹⁸ Ulrich SCHEUNER (Verantwortung und Kontrolle in der demokratischen ..., 1970, p. 390).

¹⁰⁹⁹ Ulrich SCHEUNER (Verantwortung und Kontrolle in der demokratischen ..., 1970, p. 390).

¹¹⁰⁰ Ulrich SCHEUNER (Verantwortung und Kontrolle in der demokratischen ..., 1970, p. 390).

¹¹⁰¹ Ulrich SCHEUNER (Verantwortung und Kontrolle in der demokratischen ..., 1970, p. 382).

¹¹⁰² Ulrich SCHEUNER (Verantwortung und Kontrolle in der demokratischen ..., 1970, p. 383).

¹¹⁰³ Ulrich SCHEUNER (Verantwortung und Kontrolle in der demokratischen ..., 1970, p. 382).

¹¹⁰⁴ Diana WOODHOUSE (Ministers and Parliament, 1994, p. 27). Nas palavras da autora, “responsibility does not, however, stand alone but in direct relation to control”.

Também ficou demonstrado, embora pouco realçado pelos autores, que controle e responsabilidade são duas perspectivas opostas (espelhadas) do mesmo fenômeno relacional entre dois polos, onde é devida uma prestação.¹¹⁰⁵ Canotilho bem concluiu: “o controle, é, pois, um correlato da responsabilidade, quer quando reveste as características de um controle primário ou subjetivo, isto é, sobre os próprios 'sujeitos orgânicos', quer quando constitui um controle secundário ou objetivo, ou seja, sobre os actos dos órgãos”.¹¹⁰⁶ Enquanto na responsabilidade, o realce é na pessoa de quem se espera a prestação; no controle, a preocupação maior recai sobre a pessoa que tem a atribuição de exigir a prestação e sobre os instrumentos de que dispõe para atingir sua finalidade.

6.10 Accountability

Antes do primeiro uso da palavra *accountability*, já havia registro na literatura político-jurídica do adjetivo *accountable* e *unaccountable*. Os Federalistas, por exemplo, utilizam *accountable* para expressar governo em que há *responsibility* frente aos eleitores, e *unaccountable*, para o governo em que não há.¹¹⁰⁷ Ser *accountable* não se identifica integralmente com ter *responsibility*, pois o primeiro surge associado a uma responsabilidade bem específica, qual seja, a responsabilidade perante os eleitores. Esta responsabilidade perante os eleitores, também referida no nº 48 do livro, é tratada pelos Federalistas junto com tantas outras modalidades de responsabilidade, tais como responsabilidade da União pela nação no exercício das relações exteriores (nº 44) e responsabilidade do governo federal para com a segurança pública (nº 23). Da mesma forma, o termo *accountable* também não se confunde com o conceito de controle utilizado pelos Federalistas. Entre vários sentidos utilizados pelos Federalistas (controle social da conduta humana – nº 6; controle da violência da facção – nº 10 etc.), a noção de *accountable* está relacionada com o controle dos eleitores, é dizer, na “dependência do governo ao povo”.¹¹⁰⁸

Conforme indica Kenney,¹¹⁰⁹ o *Oxford English Dictionary* registra o primeiro uso do termo *accountability* por Samuel Williams no livro *The natural and civil history of*

¹¹⁰⁵ Colin SCOTT (Spontaneous Accountability, 2006, p. 183 e 190) considera que controle e responsabilidade são “*opposite sides of the same coin*”, um sendo “*a mirror image*” do outro.

¹¹⁰⁶ Gomes CANOTILHO (Direito constitucional e teoria da constituição, 2003, p. 545).

¹¹⁰⁷ HAMILTON, MADISON e JAY (The federalist, 2001, p. 290 e 367).

¹¹⁰⁸ HAMILTON, MADISON e JAY (The federalist, 2001, p. 269).

¹¹⁰⁹ Charles KENNEY (Horizontal accountability: concepts and conflicts, 2003, p. 56).

Vermont, publicado em 1974. Neste livro, Samuel Williams, ao descrever o governo dos índios nativos do estado de Vermont, nos Estados Unidos da América, afirma que os homens modernos iriam rir do sistema político indígena, pois “não há constituição escrita, declaração de direitos, sistema de freios e contrapesos (*checks and balances*), *accountability* e *responsibility*”.¹¹¹⁰ Numa segunda passagem, Samuel Williams preconiza que o sistema político dos índios era do tipo monárquico e, ao colocar os governantes numa posição não natural, é dizer, “acima da sensação de *accountability* para com os governados”, produziu constantes abusos de poder.¹¹¹¹ Mais adiante, Samuel Williams esclarece que o “sensação de *accountability*” nada mais é que “dever e caráter” que incidem sobre a mente do governante, e que o faz “*accountable* ao povo por cada parte de sua conduta”, assim como era o governo dos Incas.¹¹¹²

Kenney afirma que estes dois termos aparecem em Samuel Williams como “sinônimos grosseiros”.¹¹¹³ Hoje certamente são “sinônimos próximos”, como destaca Elster.¹¹¹⁴ Mas, acredita-se, sequer eram sinônimos naquela época. Samuel Williams utiliza os termos na mesma oração com intenção clara de designar institutos diferentes. Da mesma forma que os Federalistas utilizaram *accountable*, o termo *accountability* em Samuel Williams surge estritamente vinculado à responsabilidade junto aos eleitores,¹¹¹⁵ ao passo que há outros sentidos de responsabilidade, como a responsabilidade dos pais pelas condutas dos filhos.¹¹¹⁶ O mesmo se aplica ao termo controle, já que, dentre vários sentidos que Samuel Williams utiliza (regulação,¹¹¹⁷ domínio,¹¹¹⁸ controle judicial¹¹¹⁹), apenas o de controle do governo pelos eleitores¹¹²⁰ é por ele relacionado a *accountability*.

Embora com tais diferenças, percebe-se que a perspectiva sobre o fenômeno relacional de *accountability* é a mesma de *responsibility*, ficando em lado oposto ao de controle, quando se detém sobre o foco do conceito, prestador ou tomador. Contudo, a sobreposição de *accountability* em responsabilidade não é total. *Accountability* pressupõe responsabilidade a alguém (*responsibility to someone*). Embora a

¹¹¹⁰ Samuel WILLIAMS (The natural and civil history of Vermont, 1794, p. 140)..

¹¹¹¹ Samuel WILLIAMS (The natural and civil history of Vermont, 1794, p. 204).

¹¹¹² Samuel WILLIAMS (The natural and civil history of Vermont, 1794, p. 207).

¹¹¹³ Charles KENNEY (Horizontal accountability: concepts and conflicts, 2003, p. 57).

¹¹¹⁴ Jon ELSTER (Accountability in Athenian Politics, 1999, p. 255).

¹¹¹⁵ Samuel WILLIAMS (The natural and civil history of Vermont, 1794, p. 343).

¹¹¹⁶ Samuel WILLIAMS (The natural and civil history of Vermont, 1794, p. 192).

¹¹¹⁷ Samuel WILLIAMS (The natural and civil history of Vermont, 1794, p. 221).

¹¹¹⁸ Samuel WILLIAMS (The natural and civil history of Vermont, 1794, p. 358).

¹¹¹⁹ Samuel WILLIAMS (The natural and civil history of Vermont, 1794, p. 297).

¹¹²⁰ Samuel WILLIAMS (The natural and civil history of Vermont, 1794, p. 207 e 296).

responsabilidade a alguém venha acompanhada pela responsabilidade por algo (*responsibility for something*), esta última pode ocorrer sem que haja a responsabilidade a alguém.¹¹²¹

Controle e *accountability* são conceitos menos próximos que responsabilidade e *accountability*, dada a perspectiva de cada um assumir, em lados opostos, do mesmo fenômeno. Não são completamente distintos, porque examinam a mesma relação de poder, com o objetivo de contenção. Eles se envolvem de maneira direta, da mesma forma que responsabilidade e controle. A *accountability* varia conforme o grau de controle exercido pelo detentor do poder.¹¹²² A distinção estabelecida por alguns com base no momento da realização,¹¹²³ segundo a qual controle corresponde a um envolvimento *ex ante* em uma decisão, ao passo que *accountability* seria limitada a um monitoramento *ex post*, como arremata Colin Scott, “não é particularmente útil”.¹¹²⁴ De fato, a primeira dimensão desenvolvida de controle foi o controle por fiscalização, que funciona *a posteriori*. Somente depois, na década de 1960, desenvolveram-se as modalidades de controle preventivo e de controle por cooperação. Assim, o momento da realização da atividade não é relevante atualmente. Dessa forma, melhor entender controle e *accountability* “como conceitos relacionados, operando sobre um *continuum*”,¹¹²⁵ é dizer, antes, durante e depois de concluída a ação objeto de *accountability*.

Responsabilidade (*responsibility*) e *accountability* são termos bem próximos, muitas vezes tratados como sinônimos,¹¹²⁶ o que se afigura ilegítimo.¹¹²⁷ A responsabilidade (*responsibility*, *Verantwortung*) evoluiu das formas de sancionamento de atos ilícitos (*Liability*, *Haftung*) para consolidar como conceito mais amplo, englobando relações entre poderes, especialmente a responsabilidade do governo perante o parlamento. *Accountability*, por outro lado, já nasce como “uma relação entre eleição e exercício do mandato, onde se resgata a obrigação de prestar contas do uso que se faz da confiança recebida”.¹¹²⁸ O princípio de democrático é um dos pilares da

¹¹²¹ Andreas SCHEDLER (Conceptualizing accountability, 1999, p. 19).

¹¹²² Diana WOODHOUSE (Ministers and Parliament, 1994, p. 27). Aqui a autora considerou apenas o controle direto.

¹¹²³ Patric BIRKINSHAW (Decision-making and its control ..., 1985, p. 152).

¹¹²⁴ Colin SCOTT (Responsabilização no estado regulador, 2006, p. 88).

¹¹²⁵ Colin SCOTT (Responsabilização no estado regulador, 2006, p. 88).

¹¹²⁶ Olivier BEAUD (La responsabilité politique face à la concurrence ..., 2000, p. 23).

¹¹²⁷ Andreas SCHEDLER (Conceptualizing accountability, 1999, p. 19).

¹¹²⁸ Olivier BEAUD (La responsabilité politique face à la concurrence ..., 2000, p. 23). Diz o autor que “na Inglaterra, a noção de *accountability*, vizinha a de *responsibility*, permite conceber uma relação

accountability. Como reside no povo tanto a soberania quanto a titularidade do poder político, o princípio democrático, segundo Paulo Otero, orienta que “os titulares dos cargos políticos, sendo representantes ou mandatados pelo povo, devem ‘prestar contas’ perante o titular originário do poder ou um seu outro representante sobre o modo como exerceram o poder que lhe foi confiado”.¹¹²⁹ *Accountability* objetiva a prestação de contas não de todos os agentes públicos, mas apenas dos que tenham certa margem de autonomia na tomada de decisão.¹¹³⁰ Por este motivo, tal conceito funciona num nível mais alto da hierarquia das instituições, ao passo que a responsabilidade tem modalidades que vão da base ao topo das organizações.

A noção de responsabilidade (*responsibility*) foi construída sob a “ilusão” de que os governantes sempre sabem do que estão fazendo, e, por isso, não são aceitáveis indagações, questionamento ou perguntas sobre a condução das ações públicas, o que só perturbaria o exercício do poder; ao passo que *accountability* foi construída a partir da ideia moderna de que “poder e conhecimento são bens separados”.¹¹³¹ Daí porque a responsabilidade admite o silêncio dos governantes e instituições; ao passo que *accountability* “impõe que os poderes dialoguem”.¹¹³² Para que ocorra o diálogo, é fundamental que os envolvidos ajam com transparência.¹¹³³

A noção de *accountability* tem tido um refinamento muito lento também na ciência da administração pública, como constatam Romzek e Dubnick, sendo que a maioria da literatura preocupou-se com a maneira mais adequada de realizar *accountability*, sendo o debate entre Friedrich e Finer nos anos de 1940 e 1941 o principal exemplo.¹¹³⁴ Em perspectiva alternativa, *accountability* tem “um grande papel nos processos da administração pública, indicado pela ideia de *answerability*”,¹¹³⁵ o qual vem a corresponder a primeira dimensão da *accountability*.

6.10.1 Responsabilidade ministerial e *accountability* política

O conceito de *accountability* foi se desenvolvendo junto com a responsabilidade

entre eleição e exercício do mandato, onde se resgata a obrigação de prestar contas do uso que se faz da confiança recebida”.

¹¹²⁹ Paulo OTERO (Direito Constitucional Português. Vol. II, 2014, p. 32).

¹¹³⁰ Andreas SCHEDLER (Conceptualizing accountability, 1999, p. 20).

¹¹³¹ Andreas SCHEDLER (Conceptualizing accountability, 1999, p. 19).

¹¹³² Andreas SCHEDLER (Conceptualizing accountability, 1999, p. 19).

¹¹³³ Andreas SCHEDLER (Conceptualizing accountability, 1999, p. 20).

¹¹³⁴ ROMZEK e DUBNICK (Accountability in the public sector, 1987, p. 228).

¹¹³⁵ ROMZEK e DUBNICK (Accountability in the public sector, 1987, p. 228).

do governo perante o parlamento, especialmente no direito inglês. A *accountability* é, há muito, fundamental para o conceito de governo responsável (*responsible government*),¹¹³⁶ tendo-se baseado inicialmente na responsabilidade individual do Primeiro-Ministro (demissão do ministro em face de ameaça de responsabilização na esfera criminal), depois, na responsabilidade coletiva do governo, e, por último, na responsabilidade individual de cada ministro.¹¹³⁷

Woodhouse examinou a responsabilidade dos ministros na década de 1980,¹¹³⁸ em um ambiente cuja complexidade do governo e a criação das agências *Next Steps* favoreciam o domínio do parlamento pelo executivo, colocando à prova a eficácia do modelo de *accountability* da época, baseado na responsabilidade coletiva do governo.¹¹³⁹ No intuito de reconstruir a *political accountability*, Woodhouse¹¹⁴⁰ propõe a substituição do conceito de causalidade pelo de função (“*role*”). Os mecanismos para assegurar a *accountability*, como comprova Woodhouse, são derivados da convenção de

¹¹³⁶ Diana WOODHOUSE (Ministers and Parliament, 1994, p. 3).

¹¹³⁷ Esta é a síntese da evolução da responsabilidade política (do governo perante o parlamento), cuja análise será aprofundada na seção 8.5.1. Convém adiantar que a responsabilidade individual do ministro (ou seja, de cada ministro isoladamente), perante o parlamento, com sanção de destituição, é ainda controversa, como se verá na seção 8.5.5.

¹¹³⁸ Geoffrey MARSHALL (Constitutional conventions, 1984, p. 66), ao analisar as renúncias de Sir. Thomas Dugdale e de Lord Carrington, considerou-as uma evidência da responsabilidade individual do ministro pela má avaliação e negligência de seu ministério e departamentos (“*they are precedents and with a dash of principle may be treated as evidence of a convention*”). Sir. Thomas Dugdale renunciou em razão de *mishandling* do seu departamento de polícia num caso de alienação de terreno em 1954 (*Crichel Down case*), onde o ministro se envolveu diretamente nas decisões tomadas, daí ter assumido a responsabilidade por erros de subordinados. Lord Carrington renunciou em 1982, assumindo a responsabilidade pessoal pelo erro de julgamento realizado pelo Ministério de Relações Exteriores quanto ao perigo da Argentina para as Ilhas Falkland. Segundo Diana WOODHOUSE (Individual ministerial responsibility and a 'dash of principle', 1999, p. 102), no governo conservador de John Major, de 1990 a 1997, que se seguiu ao governo de Margareth Thatcher, a responsabilidade ministerial individual foi bastante questionada, recusando-se os ministros a se demitirem por erros nos respectivos departamentos, só o fazendo quando ocorriam questões de natureza privada dos ministros, como padrões de moralidade sexual. Conclui Diana WOODHOUSE (Individual ministerial responsibility and a 'dash of principle', 1999, pp. 128-130) que o governo trabalhista de Tony Blair, como reação à desilusão popular com o governo anterior, promove maior abertura e transparência nas ações públicas, que estimula o cumprimento da convenção, tendo ainda elaborado termo de referência acerca da responsabilidade ministerial individual, mas que, mesmo sendo “generoso” para com os ministros, teve o mérito de dificultar a evasão da responsabilidade.

¹¹³⁹ Diana WOODHOUSE (Ministers and Parliament, 1994, p. v).

¹¹⁴⁰ Diana WOODHOUSE (The Reconstruction of Constitutional Accountability, 2002, pp. 73-76). No que se refere à função, a autora expressamente indica que tomou por empréstimo a terminologia de Hart (*Punishment and Responsibility: Essays in the Philosophy of Law*. Clarendon Press, 1968, p. 212). Segundo a autora, o conceito de causa diminui o grau de efetivação da *accountability*, porque nem sempre é possível constatar o nexos causal entre ação ou omissão estatal e o prejuízo examinado diante de inúmeras causas concorrentes (falhas administrativas, falhas de previsão, falhas pessoais, insuficiência de recursos), e, por outro lado, provoca a transferência da responsabilidade dos governantes para os agentes públicos subordinados. Em vez de uma relação de causa-efeito, a apuração da *accountability* se daria pela análise da função, compreendida como a extensão das atribuições ou competências do governante, de maneira que diferentes funções geram diferentes responsabilidades.

responsabilidade individual do ministro,¹¹⁴¹ já que a responsabilidade coletiva somente é acionada apenas em “extremas circunstâncias”.¹¹⁴² A responsabilidade individual do ministro é um mecanismo constitucional pelo qual o parlamento reforça sua função de controle e fiscalização, como reação à supremacia do poder executivo.¹¹⁴³ A resolução sobre *Ministerial Accountability and Responsibility* (segundo relatório, HC, 1995-6, 313, parágrafo 32), aprovada pelo *Public Service Committee*, impõe que o Primeiro-Ministro demita o ministro que não goze da confiança do parlamento.

6.10.2 Dimensões ou graus de *accountability*

Analisando as relações entre ministros e parlamento na década de 1980, Woodhouse identificou vários “níveis de operação” ou, melhor dizendo, graus de responsabilidade na convenção de responsabilidade individual do ministro, de acordo com a intensidade de controle ou supervisão exercidos pelo ministro: *redirectory responsibility*, *reporting or informatory responsibility*, *explanatory responsibility*, *amendatory responsibility*, *sacrificial responsibility*.¹¹⁴⁴ Se o ministro exerce controle indireto, o ministro limita-se a *redirectory* ou *informatory responsibility*; se o controle é direto, a convenção requer explicação, possivelmente ação corretiva, e, em circunstâncias extremas, renúncia.¹¹⁴⁵

A responsabilidade de redirecionamento (*redirectory responsibility*) exige apenas que o ministro encaminhe as perguntas e solicitações recebidas dos membros do parlamento aos departamentos ou agências (salvo as *Next Steps*) que têm atribuição para a matéria.¹¹⁴⁶ Aplica-se às situações em que o ministro não exerce controle direto, geralmente ocorre quando as entidades possuem certa autonomia para as questões de rotina, questões operacionais, exercendo o ministro apenas uma supervisão geral.

A *informatory responsibility* impõe aos ministros o dever de informar o que está acontecendo dentro de área sob sua atribuição.¹¹⁴⁷ Não se confunde com explicar, justificar, fundamentar, basta simplesmente relatar. Aplica-se à situação em que o ministro tomou conhecimento do fato que diz respeito a um departamento com

¹¹⁴¹ Diana WOODHOUSE (Ministers and Parliament, 1994, p. v).

¹¹⁴² Diana WOODHOUSE (Ministers and Parliament, 1994, p. 4).

¹¹⁴³ Diana WOODHOUSE (Ministers and Parliament, 1994, p. 4). Na Europa continental, a Grécia já estabelece em sua Constituição a moção de censura individual.

¹¹⁴⁴ Diana WOODHOUSE (Ministers and Parliament, 1994, pp. 28-38).

¹¹⁴⁵ Diana WOODHOUSE (Ministers and Parliament, 1994, p. 38).

¹¹⁴⁶ Diana WOODHOUSE (Ministers and Parliament, 1994, p. 28).

¹¹⁴⁷ Diana WOODHOUSE (Ministers and Parliament, 1994, p. 29).

autonomia, em que, caso não tivesse tal conhecimento, caberia a próprio departamento receber. Woodhouse exclui, assim, este grau de responsabilidade dos casos de departamento subordinado ao ministro, sustentando ser nesta situação, desde logo, o terceiro grau de responsabilidade (o de explicar). Não obstante, pela mesma razão da crítica que ela faz a Marshall, no sentido de que informar não pressupõe explicar, pelo que considera inapropriado utilizar nesta situação a *explanatory responsibility*, o que foi feito por Marshall,¹¹⁴⁸ não se sustenta excluir da responsabilidade de informar as situações envolvendo departamento subordinado, sob o pretexto de a responsabilidade do ministro, por ser direta, nesse caso, impor não apenas informar, como também explicar. A depender do questionamento formulado pelo parlamento, a resposta pode muito bem se limitar a informar o que ocorreu, não se exigindo necessariamente consignar todas as razões de fato e de direito para a tomada da decisão, esclarecer as circunstâncias e as ponderações realizadas, o que configuraria a responsabilidade de explicar (*explanatory responsibility*).¹¹⁴⁹ Mesmo fazendo a diferenciação entre departamento subordinado ou departamento autônomo, informar e explicar continuam tendo conteúdo semânticos diferentes. Ademais, a demanda de *accountability*, como lembra Schedler,¹¹⁵⁰ origina-se da opacidade do poder, que gera assimetria de informações, e, por isso, requer aumento da transparência do governo, a qual se inicia com o incremento da publicidade das ações públicas. Em publicação posterior, Woodhouse comenta que a Câmara dos Comuns debateu em 1997 a proposta do governo conservador de Tony Blair sobre responsabilidade individual, de cujos elementos (informar, explicar, corrigir e renunciar) houve bem a distinção ora referida.¹¹⁵¹

Na responsabilidade corretiva (*amendatory responsibility*), o ministro deve reconhecer o erro, pedir desculpas e, se for materialmente possível, corrigir o erro, ou pelo menos, implantar novos procedimentos para evitar que o erro se repita.¹¹⁵² Por fim, a responsabilidade de sacrifício (*sacrificial responsibility*) impõe a renúncia do ministro, é a mais elevada medida da responsabilidade individual, sendo aplicada nos casos de grave ofensa à moralidade, indiscrição privada, erro de julgamento ou

¹¹⁴⁸ Geoffrey MARSHALL (Police Accountability Revisited, 1978, pp. 61-62).

¹¹⁴⁹ Diana WOODHOUSE (Ministers and Parliament, 1994, p. 30).

¹¹⁵⁰ Andreas SCHEDLER (Conceptualizing accountability, 1999, p. 20).

¹¹⁵¹ Diana WOODHOUSE (In Pursuit of Good Administration, 1997, p. 266).

¹¹⁵² Diana WOODHOUSE (Ministers and Parliament, 1994, p. 31).

avaliação de que resultem efeitos bastante sérios.¹¹⁵³ Exige-se que o ministro peça demissão e, caso não o faça, que o Primeiro-Ministro o demita. O parlamento, contudo, não tem mecanismo formal para ele mesmo demitir o ministro, individualmente considerado, sem que destitua todo o governo.

Tais graus de responsabilidade foram extraídos da *accountability* individual do ministro, mas podem ser transportados, com alguns ajustes, para a *accountability* em outras relações institucionais. De fato, a responsabilidade individual do ministro influencia também a função legislativa, especialmente quando esta função está a cargo do poder executivo, incluindo as regulamentações infralegais, bem como a função judicial, especialmente quanto à atitude de contenção das Cortes frente aos poderes discricionários do executivo, onde tem exigido uma fiscalização mais adequada destes poderes por parte do parlamento, enfatizando a importância constitucional da política, em vez de controles jurídicos.¹¹⁵⁴ Assim, a responsabilidade ministerial individual é, portanto, mais do que uma convenção constitucional sobre as relações entre ministros e Parlamento; envolve também as relações entre ministros e seus departamentos na estrutura administrativa, entre ministros e as cortes no âmbito da função judicial, sendo “*an integral part of the system of government*”.¹¹⁵⁵

Na abordagem geral de *accountability*, o primeiro grau de responsabilidade individual do ministro não é considerado, pois envolve situação muito específica na relação dos ministros com órgãos departamentais com autonomia, e que pode ser levado em conta juntamente com o segundo grau de responsabilidade (informar). Já o segundo (informar) e o terceiro (explicar) graus de responsabilidade comumente são aglutinados numa dimensão específica, qual seja, a *answerability*, como faz Schedler.¹¹⁵⁶

A segunda dimensão de *accountability* corresponde ao *enforcement*, ou seja a capacidade de as instituições encarregadas de exigirem a responsabilidade em questão, seja impondo as sanções devidas,¹¹⁵⁷ seja de maneira voluntária, onde se encaixam as situações de *amendatory responsibility* e *sacrificial responsibility*.

Há quem considere que *answerability* é a forma mais simples de *accountability*,¹¹⁵⁸ mas que inclui as providências formais e exigidas pelas instituições

¹¹⁵³ Diana WOODHOUSE (Ministers and Parliament, 1994, p. 33).

¹¹⁵⁴ Diana WOODHOUSE (Ministers and Parliament, 1994, p. 4).

¹¹⁵⁵ Diana WOODHOUSE (Ministers and Parliament, 1994, p. 5).

¹¹⁵⁶ Andreas SCHEDLER (Conceptualizing accountability, 1999, p. 14).

¹¹⁵⁷ Andreas SCHEDLER (Conceptualizing accountability, 1999, p. 14).

¹¹⁵⁸ Delmer DUNN (Mixing elected and nonelected officials in democracy ..., 1999, p. 298).

externas ao detentor de poder, o que seria a segunda dimensão (*enforcement*), ao passo que a forma mais ampla de *accountability* envolve as maneiras pelas quais os órgãos administram as diversas expectativas geradas dentro e fora da organização.¹¹⁵⁹

6.10.3 *Accountability* horizontal e *accountability* vertical

Da mesma forma que há tanto a classificação da separação dos poderes quanto as modalidades de controle segundo o critério horizontal e vertical, a doutrina, especialmente da ciência política, diferencia a *accountability* vertical da *accountability* horizontal. O ponto comum deste critério da verticalidade é a inexistência de igualdade, que está presente na relação horizontal. O que muda é o objeto da igualdade. Loewenstein, como visto na seção 6.6.1, diferenciou controle horizontal de vertical pela natureza institucional dos detentores de poder: é horizontal o controle entre instituições, incluindo aí o eleitorado; é vertical quando de relação entre estas instituições e as demais forças da sociedade não institucionalizadas. Em Bergeron (seção 6.6.2), o parâmetro de comparação consistiu nos planos de imperatividade do controle: relações no mesmo plano são horizontais; em planos diferentes, são verticais.

Em *accountability*, até mesmo porque a origem mais remota tem a ver com controle do eleitor sobre os governantes, o critério mais comum de verticalidade é a desigualdade entre os polos quanto à titularidade do poder.¹¹⁶⁰ Pelo fato de o eleitor ter uma posição de superioridade frente aos governantes e instituições políticas, vez que é o titular do poder, denomina-se *accountability* vertical aquela que incide na relação dos governantes com os eleitores, especialmente nas eleições; ao passo que *accountability* horizontal envolve as relações entre as detentores de poder instituídos, de modo a evitar usurpações ou invasões de uma instituição em outras;¹¹⁶¹ ou, ainda, as relações entre os cidadãos, já que eles também estão em pé de igualdade quanto à titularidade do poder

¹¹⁵⁹ Barbara ROMZEK e Melvin DUBNICK (*Accountability in the public sector*, 1987, p. 228).

¹¹⁶⁰ Charles KENNEY (*Horizontal accountability: concepts and conflicts*, 2003, p. 56) inclusive afirma que o termo *accountability*, há muito tempo presente na teoria e prática política, é utilizado quase sempre para designar o que se denomina de *accountability* eleitoral.

¹¹⁶¹ Robert PASTOR (*The self-restraining state*, 1999, pp. 123-124). Este autor advoga ainda a tese de uma terceira dimensão, que seria a participação da comunidade internacional nas eleições nacionais. Para ele, as eleições políticas representam o ponto de contato (*“the point at which the two axes of accountability intersect”*) entre a *accountability* vertical e a *accountability* horizontal, e estas eleições serão tanto mais livres e verdadeiras quanto maior a vigilância internacional sobre as eleições internas de um país. Contudo, entende-se que as eleições não são ponto de intersecção, elas estão na *accountability* vertical. Assim, a participação internacional ampliará, evidentemente, a *accountability* vertical, não havendo a mínima necessidade de se arguir uma terceira dimensão, não da forma como proposta.

político.¹¹⁶²

A *accountability* vertical, por este critério, corresponde praticamente à *accountability* eleitoral. Mas há uma forma mais difusa de *accountability* vertical, consistindo em mecanismos não eleitorais de controle dos governantes, que não tem muita coerção, mas que, por meio de atuação de organizações e movimentos não governamentais e da mídia, repercutem as demandas sociais e os atos aparentemente errados das autoridades públicas (*societal accountability*).¹¹⁶³ A *accountability* social tem o mérito de “estimular” a *accountability* horizontal e de “induzir” a *accountability* vertical/eleitoral, tendo especial relevância em países onde a *accountability* eleitoral é deficiente.¹¹⁶⁴ As eleições, principal instrumento da *accountability* eleitoral, não são suficientes, no magistério de Susan Stokes *et al.*,¹¹⁶⁵ para assegurar que o governo irá fazer tudo que está a seu alcance para maximizar o bem-estar do cidadão, sendo necessária a existência de instituições eleitorais que aumentem a clareza da responsabilidade e possibilitem que o cidadão premie ou puna aqueles responsáveis. Enquanto a *accountability* vertical e horizontal são formas de realização de democracia representativa, a *societal accountability* realiza a democracia participativa.¹¹⁶⁶ Assim como controle e responsabilidade, *accountability*, em última instância a “*accountability to people*”, é uma “característica definidora da democracia”, justamente porque, embora não governem diretamente, o povo é “a fonte de toda autoridade política”.¹¹⁶⁷

Um sistema de *accountability* deve operar com as diversas modalidades de *accountability*, não podendo limitar-se a uma ou outra. Como ressalta O’Donnell, todos os tipos são importantes para o funcionamento adequado dos regimes democráticos, podendo, contudo, ser reconhecida a primazia ou “prioridade lógica” da *accountability* eleitoral, pois é onde ocorrem as escolhas dos governantes, ser compreendida, mesmo em democracia com alto grau de poliarquia, como “*pre-eminent factual importance*”.¹¹⁶⁸

¹¹⁶² John DUNN (Situating democratic political accountability, 1999, p. 331). Este autor ressalva que, a rigor, nas relações entre os cidadãos, a eliminação dos abusos ou perigos será feita pelas instituições dos sistemas criminal e cível.

¹¹⁶³ Guillermo O’DONNELL (Horizontal Accountability in New Democracies, 1999, p. 30). Também Guillermo O’DONNELL (Horizontal accountability, 2003, p. 47). Não se tem dúvida de que estes são os mesmos fundamentos que amparam, na literatura jurídica europeia continental, a classificação da responsabilidade política em institucional e em difusa, como ressaltaram José CORREIA e Ricardo PINTO (A responsabilidade política, 2010, p. 37), livro este que foi aprofundamento das primeiras divagações que foram publicadas na forma de artigo (A responsabilidade política, 2007).

¹¹⁶⁴ Guillermo O’DONNELL (Horizontal accountability, 2003, pp. 47-48).

¹¹⁶⁵ Susan STOKES *et al.* (Elections and representation, 1999, p. 50).

¹¹⁶⁶ Luc VERHEY (Introduction, 2009, p. 4).

¹¹⁶⁷ Marc PLATTNER (Traditions of Accountability, 1999, p. 66).

¹¹⁶⁸ Guillermo O’DONNELL (Horizontal accountability, 2003, p. 49).

Somente com as interações entre as modalidades de *accountability* é que são revelados muitos fatos importantes sobre as próprias eleições e sobre as condições e circunstâncias do exercício do poder, as quais devem ser consideradas imediatamente pelo sistema de *accountability*, com as devidas apurações de responsabilidade. Deve haver comunicação e intersecções entre as modalidades de modo a um suprir a deficiência do outro.

A *accountability* horizontal pressupõe a existência de uma rede de agências estatais que estão legalmente habilitadas a tomar medidas preventivas e corretivas, que vão desde a supervisão de rotina à aplicação de sanções (penais, civis, financeiras, destituição do cargo),¹¹⁶⁹ em relação a ações ou omissões de outros agentes ou agências do Estado.¹¹⁷⁰

As interações entre as instituições estatais podem ocorrer tanto em uma relação de controle quanto numa relação de mera troca, *exchange*.¹¹⁷¹ A *accountability* somente envolve as relações de controle, não as de mera troca, como aponta O'Donnell.¹¹⁷² Moreno *et al.* afunilam ainda mais o conceito de *accountability*, ao restringi-lo apenas a uma espécie de relação de controle, aumentando assim a abrangência do conceito de *exchange*. Para eles somente há *accountability* quando presente uma relação de hierarquia, entendida esta como uma relação de agente-principal, ou seja, quando um lado delega o poder para o outro, deixando para si a capacidade de exigir o adequado cumprimento da delegação, podendo, em alguns casos, revogá-la.¹¹⁷³ Quando não há esta relação, não há *accountability*, há apenas interação entre órgãos independentes, tratando-se de *horizontal exchange* ou simplesmente *exchange*, uma vez que o conceito de *exchange* já pressupõe a horizontalidade.¹¹⁷⁴

Importante observar que as concepções de *accountability* horizontal e *accountability* vertical correspondem, respectivamente, às ideias de constitucionalismo

¹¹⁶⁹ Como será abordado na seção 8.6, no sistema presidencialista de governo, o *impeachment*, que pode levar à destituição do cargo, não tem natureza penal, mas sim político-administrativa. Enquadra-se na função política, sendo o juízo de valor exercido exclusivamente político.

¹¹⁷⁰ Guillermo O'DONNELL (*Horizontal Accountability in New Democracies*, 1999, p. 38) e Guillermo O'DONNELL (*Horizontal accountability*, 2003, p. 35). Scott MAINWARING (*Introduction: democratic accountability in Latin America*, 2003, p. 11) denomina a *accountability* horizontal de *intrastate accountability*.

¹¹⁷¹ Guillermo O'DONNELL (*Horizontal accountability*, 2003, p. 35).

¹¹⁷² Guillermo O'DONNELL (*Horizontal accountability*, 2003, p. 35).

¹¹⁷³ Erika MORENO *et al.* (*The accountability deficit in Latin America*, 2003, p. 80).

¹¹⁷⁴ Convém trazer à baila as considerações de Michael DOWDLE (*Public accountability*, 2006, p. 3), segundo as quais a *accountability* teria uma noção original, anterior a sua aplicação no direito público, circunscrita ao direito privado, consistente na relação entre agente e principal e que, quando transportado para o direito público, fica extremamente difícil compatibilizar, porque o público não é individualizado, é um ente difuso.

e democracia.¹¹⁷⁵

6.10.4 Elementos da relação de *accountability*

Para aprofundar o estudo de *accountability*, passa-se ao exame detalhado de todos os elementos da relação (*bond*) descritiva do conceito em questão:¹¹⁷⁶ um sujeito passivo (*who accounts*), em face da prática de uma determinada atividade (*field of accountability*), é *accountable* para com um sujeito ativo (*who holds to account*), pelo que são acionados diversos *instrumentos* para a realização do propósito da *accountability* (*purpose or bases of accountability*).

O sujeito ativo é aquela instituição que tem a atribuição de exigir do sujeito passivo a realização da *accountability*. Não há muita controvérsia nesta situação. São as agências estatais empoderadas para assim agir no âmbito da *accountability* horizontal.¹¹⁷⁷ Schmitter critica a limitação do sujeito ativo à agência estatal, excluindo, assim, a atuação de organizações não-governamentais, mídias, centrais sindicais, associações empresariais e profissionais. Para ele, estes atores não estatais podem não apenas denunciar as infrações dos agentes públicos (*societal accountability*), mas também “*bring appropriate sanctions to bear on them*”.¹¹⁷⁸ Sklar¹¹⁷⁹ também advoga que entidades não governamentais, tais como universidades e organizações de saúde, podem servir como remédios para evitar os abusos de poder das autoridades constituídas.

Quanto aos sujeitos passivos, aqueles que devem realizar a prestação de *accountability*, são os agentes públicos eleitos e os agentes públicos não eleitos, esses últimos quando são os primeiros delegatários dos eleitos, assim nomeados.¹¹⁸⁰

No que se refere às ações ou atividades dos sujeitos passivos que justificam a *accountability* (*field*), o que alguns autores denominam de objeto da *accountability*, há duas correntes doutrinárias que enfrentam esta questão. A primeira delas, minoritária, só admite ações que infrinjam a lei ou constituição (*unlawful*).¹¹⁸¹ A segunda corrente

¹¹⁷⁵ R. SKLAR (Democracy and Constitutionalism, 1999, p. 53). O constitucionalismo a que se refere o autor é basicamente o Estado de Direito.

¹¹⁷⁶ J. D. STEWART (The role of information in public accountability, 1984, p. 16). Adicionam-se ao modelo do autor os instrumentos de *accountability*.

¹¹⁷⁷ Guillermo O'DONNELL (Horizontal accountability, 2003, p. 35).

¹¹⁷⁸ Philippe SCHMITTER (The Limits of Horizontal Accountability, 1999, p. 60).

¹¹⁷⁹ R. SKLAR (Democracy and Constitutionalism, 1999, p. 65).

¹¹⁸⁰ Scott MAINWARING (Introduction: democratic accountability in Latin America, 2003, p. 8).

¹¹⁸¹ De que é exemplo Guillermo O'DONNELL (Horizontal accountability, 2003, p. 35), o qual

amplia o conceito de ações, incluindo na hipótese de incidência da *accountability* ações lícitas.¹¹⁸²

Os instrumentos ou mecanismos que são acionados para fazer valer a *accountability* vão da supervisão (com o dever de informar e explicar) à imposição de sanções. A controvérsia que há neste elemento é saber se *accountability* somente ocorre quando o sujeito ativo pode sancionar o sujeito passivo. Delmer Dunn,¹¹⁸³ John Dunn,¹¹⁸⁴ Moreno *et al.*¹¹⁸⁵ e Kenney¹¹⁸⁶ sustentam que a relação de *accountability* somente existe se o agente pode impor sanções. Para Kenney¹¹⁸⁷ o que diferencia *accountability* de *checks and balances* é justamente a possibilidade de impor sanções da *accountability*. Por outro lado, Schedler¹¹⁸⁸ e O'Donnell¹¹⁸⁹ arguem que alguns mecanismos residem exclusivamente na dimensão de *answerability*, sem necessidade de ter capacidade para impor sanções.

O propósito da *accountability* (alguns autores chamam de escopo) é a base na qual serão confrontadas as atividades dos órgãos e agentes públicos. Um dos primeiros autores a apresentarem uma sistematização adequada foi Robinson¹¹⁹⁰ em 1971, distinguindo, no âmbito da atividade de pesquisa acadêmica, três bases de *accountability*: a) *fiscal accountability*, onde se verifica se os recursos foram despendidos conforme foram estabelecidos e os itens comprados foram efetivamente utilizados no projeto; b) *process accountability*, em que se examina se os procedimentos utilizados para realizar a pesquisa foram adequados, em termos de tempo e esforço; c) *programme accountability*, onde se avalia se os objetivos estabelecidos foram atingidos.

afirma que os atos ilícitos que geram *accountability* pode ser de dois tipos: usurpação e corrupção. Já Charles KENNEY (Horizontal accountability: concepts and conflicts, 2003, p. 68), em posição intermediária, reconhece que a tese de Guillermo O'DONNELL, no sentido de que somente são incluídos os atos ilícitos, somente se aplica a regimes presidencialistas. Nos regimes de base parlamentarista, há a *accountability* política, do governo frente ao parlamento, cujas hipóteses de acionamento incluem situações não necessariamente ilícitas.

¹¹⁸² Scott MAINWARING (Introduction: democratic accountability in Latin America, 2003, p. 11), Philippe SCHMITTER (The Limits of Horizontal Accountability, 1999), Delmer DUNN (Mixing elected and nonelected officials in democracy ..., 1999), Andreas SCHEDLER (Conceptualizing accountability, 1999), Diana WOODHOUSE (Ministers and Parliament, 1994).

¹¹⁸³ Delmer DUNN (Mixing elected and nonelected officials in democracy ..., 1999, p. 299).

¹¹⁸⁴ John DUNN (Situating democratic political accountability, 1999, pp. 337-338).

¹¹⁸⁵ Erika MORENO *et al.* (The accountability deficit in Latin America, 2003).

¹¹⁸⁶ Charles KENNEY (Horizontal accountability: concepts and conflicts, 2003).

¹¹⁸⁷ Charles KENNEY (Horizontal accountability: concepts and conflicts, 2003, p. 60). Segundo este doutrinador, a separação dos poderes, *checks and balances* e *accountability* são formas de controle do governo pelo governo; há ainda controle do governo pelo eleitor e controle do eleitor pelo governo.

¹¹⁸⁸ Andreas SCHEDLER (Conceptualizing accountability, 1999).

¹¹⁸⁹ Guillermo O'DONNELL (Horizontal accountability, 2003, p. 35).

¹¹⁹⁰ D. Z. ROBINSON (Government contracting for academic research, 1971, p. 109).

Day e Klein¹¹⁹¹ adotam basicamente a classificação de Robinson: a) *fiscal/regularity accountability*, relativa à legalidade, integridade e probidade dos gastos e demais recursos (*input*); b) *process/efficiency accountability*, que verifica a eficiência do processo, comparando os gastos efetuados com os objetivos (*output*) alcançados, examinando o valor do dinheiro (*value for money*), evitando desperdício de recursos; c) *programme/effectiveness accountability*, onde se examina se os resultados (*outcome*) pretendidos foram realmente alcançados.

Stewart¹¹⁹² bem constatou que *accountability* de programa é a mais difícil de ser alcançada, pois estabelecer metas com precisão é extremamente complicado; daí porque propõe uma *accountability* intermediária entre a de programa e a de processos, qual seja, a de *performance*, onde se avaliariam os resultados alcançados, independentemente dos objetivos terem sido atingidos. Percebeu também Stewart¹¹⁹³ que estas bases somente poderiam ser implantadas e avaliadas para departamentos subordinados do governo, não para o governo em si, que, em vez de executar programas, faz é implementar políticas públicas, respondendo o governo perante o eleitor pelas implementadas e pelas que deixaram de ser implementadas, bem como, mais diretamente, pelo orçamento, pelas receitas arrecadadas e despesas aprovadas. Com estas ponderações, ele apresenta a seguinte escala crescente de bases para *accountability*: a) *accountability for probity and legality*; b) *process accountability*; c) *performance accountability*; d) *programme accountability*; e) *policy accountability*.¹¹⁹⁴

¹¹⁹¹ DAY e KLEIN (Accountabilities: Five Public Services, 1987, p. 27). Estas são as dimensões da *managerial accountability*, cujos critérios são definidos pela *political accountability*. Daí resulta a distinção feita pelos autores entre *political accountability* e *managerial accountability*.

¹¹⁹² John STEWART (The role of information in public accountability, 1984, p. 17).

¹¹⁹³ John STEWART (The role of information in public accountability, 1984, p. 17).

¹¹⁹⁴ John STEWART (The role of information in public accountability, 1984, pp. 17-18). O autor esclarece que este quadro de bases foi construído para análise da *accountability* pública, mas que pode ser usada para outras formas de *accountability*, como a gerencial e comercial. Mais recentemente a doutrina tem construído outra base de *accountability*, consistente na *accountability* de gestão, que será objeto de análise posterior: seção 7.3 - Do princípio da boa administração ao novo paradigma da boa governança.

7 PRINCÍPIO DA RESPONSABILIDADE: PRINCÍPIO ESTRUTURANTE DO ESTADO DE DIREITO DEMOCRÁTICO E SUAS DIMENSÕES

No direito público, como já ressaltado (seção 2.5), o conceito de responsabilidade ganhou autonomia doutrinária na metade da década de 1960, evoluindo de princípio jurídico não escrito de direito público, passando por uma desvinculação aos conceitos de direito privado, até atingir uma conceituação específica de direito público, que foi evoluindo progressivamente de *status* no Estado de Direito Democrático.

Neste contexto, é oportuno identificar a atual configuração do princípio da responsabilidade, especialmente tendo em conta a necessidade de construir os princípios gerais da articulação entre os sistemas de responsabilidade do governante, objeto do Título 2 do presente trabalho. Para tanto, nos capítulos anteriores, foram investigados os fundamentos do princípio da responsabilidade, tanto os remotos, quanto os próximos.

Klement admite que sua tese é mais “modesta” que a de Saladin, tendo procurado apenas compreender o conceito de responsabilidade como parte dos fenômenos jurídicos e políticos decorrentes do aumento da complexidade percebida do mundo e os problemas de legitimidade e de controle associados a esta complexidade.¹¹⁹⁵ Para ele, a responsabilidade “não é um conceito fundamental da Teoria do Direito Público”, querendo dizer com isso que ela consubstancia em “conceito-ponte” entre as diversas categorias do direito, moral e política (permissão, autorização, obrigação, dever, competência, poder), e que a função mediadora da responsabilidade faz com que diminua a vagueza de seu conceito.¹¹⁹⁶ A responsabilidade, ainda para este autor, é conceito “intermediário” entre o direito e a moral, entre a facticidade e a normatividade, entre o conteúdo e o procedimento e, assim, ajuda o próprio direito na pretensão de dirigir as condutas humanas de acordo com a intenção do elaborador das normas (legislador).¹¹⁹⁷

Fato é que Klement concorda que a responsabilidade é mesmo, “*de constitutione lata*, um conceito jurídico constitucional”.¹¹⁹⁸ Não se vê mais controvérsia neste

¹¹⁹⁵ Jan KLEMENT (Verantwortung, 2006, p. 29).

¹¹⁹⁶ Jan KLEMENT (Verantwortung, 2006, p. 4).

¹¹⁹⁷ Jan KLEMENT (Verantwortung, 2006, p. 29).

¹¹⁹⁸ Jan KLEMENT (Verantwortung, 2006, p. 193).

particular, tal conclusão é de simples dedução. Já para saber se a responsabilidade é um princípio estruturante do Estado de Direito Democrático, o raciocínio é mais complexo.

Scheuner em 1970 já tinha chegado à conclusão de que tanto responsabilidade quanto controle são “elementos fundamentais da ordem constitucional democrática”.¹¹⁹⁹ Mas, como se constatou no capítulo 6, mais especificamente na seção 6.9, na doutrina de Scheuner, responsabilidade é o reverso de controle, não assumindo nenhuma condição qualificada em relação a este.

Saladin arranca da mesma constatação de Scheuner, qual seja, a de que a responsabilidade é um “conceito jurídico fundamental” ou “preceito geral e indispensável” do moderno Estado de direito,¹²⁰⁰ e defende em seu livro a responsabilidade como princípio estruturante do Estado de Direito Democrático (*Verantwortung als tragendes Strukturprinzip des Rechtsstaates*).¹²⁰¹ Para chegar a seu desiderato, Saladin desenvolveu seu raciocínio basicamente em três passos: primeiro, constatando que o conceito de responsabilidade consistia em elemento comum aos princípios constitutivos do Estado de Direito Democrático; em segundo momento, identificando os novos paradigmas (cooperação e complementaridade) do Estado de Direito Democrático que se extraem do princípio da dignidade da pessoa; e, por fim, propondo uma releitura dos princípios constitutivos a partir destes novos paradigmas que impõem um “fortalecimento da responsabilidade do indivíduo e do Estado”.¹²⁰²

As duas próximas seções (7.1 e 7.2) seguem a linha de Saladin, com a demonstração de que o princípio da responsabilidade é princípio estruturante do Estado de Direito Democrático. Nas duas seções seguintes (7.3 e 7.4), serão identificados novos paradigmas da contemporaneidade (governança e *responsiveness*), que exigirão uma nova leitura dos princípios estruturantes do Estado de Direito Democrático, que é objeto da seção 7.5.

¹¹⁹⁹ Ulrich SCHEUNER (*Verantwortung und Kontrolle in der demokratischen ...*, 1970, p. 384).

¹²⁰⁰ Peter SALADIN (*Verantwortung als Staatsprinzip*, 1984, p. 30). O autor inclusive afirma que decorre da noção de responsabilidade enquanto substância do *status* jurídico (categoria esta que se destacou na seção 2.3) deriva a conclusão de que a responsabilidade é conceito jurídico fundamental da ordem democrática de direito.

¹²⁰¹ Peter SALADIN (*Verantwortung als Staatsprinzip*, 1984) mencionou, na problematização (p. 14), que faltava uma tentativa de formular a responsabilidade como princípio estruturante do Estado de Direito Democrático, tendo concluído que o princípio da responsabilidade constituía chave (*Schlüssel*) para a teoria do Estado no presente e no futuro (p. 99) ou “conceito-chave” do moderno Estado de Direito, voltado para a proteção da dignidade humana, “tão inseparadamente ligado à liberdade e à responsabilidade” (p. 14).

¹²⁰² Peter SALADIN (*Verantwortung als Staatsprinzip*, 1984, pp. 161-162).

7.1 Responsabilidade como elemento comum e central dos princípios constitutivos do Estado de Direito Democrático

De fato, como aponta Saladin, é possível constatar que a responsabilidade sobressai como elemento comum e central dos princípios constitutivos do Estado moderno de direito ou Estado de Direito Democrático.¹²⁰³ Isso porque a responsabilidade assume relevo próprio no princípio da separação dos poderes, nas funções do Estado, na representação, nos direitos e deveres fundamentais, e no princípio democrático.

O princípio da *separação dos poderes*, na década de 1970, já era visto ora como instrumento de controle mútuo dos detentores responsáveis do poder ora como “princípio de organização funcional” do Estado, estando configurado positivamente na constituição de cada Estado.¹²⁰⁴ Todo o poder está subordinado ao princípio da responsabilidade, não apenas o poder “estatal”, como também o poder “não-estatal”, pois este último também coloca em perigo a liberdade do cidadão, cuja tutela é o objetivo do princípio da separação dos poderes.¹²⁰⁵

As *funções do Estado* nada mais são que uma concretização da responsabilidade estatal. Isso porque a responsabilidade somente será compreensível se entendida como responsabilidade para realização de determinadas tarefas, tanto as definidas heteronomamente quanto as autodefinidas pelo homem.¹²⁰⁶ A responsabilidade se torna concreta e prática na determinação e realização das tarefas. Responsabilidade impõe a realização de tarefas em área de competência atribuída ao sujeito responsável. Como decorrência do recorte das áreas de competência, tem-se a responsabilidade do Estado pelas persecução das tarefas públicas. A responsabilidade do Estado é “uma responsabilidade internamente dividida de acordo com centros de imputação que prosseguem um conjunto de competências”.¹²⁰⁷ Esta divisão de responsabilidade dentro do próprio Estado decorre do princípio da separação dos poderes ou funções estatais. Cuida-se, assim, de uma dimensão positiva da separação dos poderes, em contraponto à dimensão negativa, consistente na alocação das funções a cada órgão de soberania.¹²⁰⁸

A *representação*, no Estado moderno, era entendida como responsabilidade

¹²⁰³ Peter SALADIN (Verantwortung als Staatsprinzip, 1984, p. 40).

¹²⁰⁴ Eberhard SCHMIDT-ASSMANN (Verwaltungsverantwortung und ..., 1976, p. 221).

¹²⁰⁵ Peter SALADIN (Verantwortung als Staatsprinzip, 1984, p. 48).

¹²⁰⁶ Peter SALADIN (Verantwortung als Staatsprinzip, 1984, p. 75).

¹²⁰⁷ João Carlos LOUREIRO (Constituição e biomedicina. Vol. I, 2003, p. 112).

¹²⁰⁸ Gomes CANOTILHO (Direito constitucional e teoria da constituição, 2003).

abstrata (não concreta) e fundada na confiança outorgada aos eleitos.¹²⁰⁹ O elo essencial entre responsabilidade e representação vem de longe, desde o nascedouro, quando do debate entre Burke e Cruger em 1774.¹²¹⁰ Mesmo tendo prevalecido a concepção do mandato independente, que corresponde à concepção liberal da representação, que, segundo Crisafulli e Paladin,¹²¹¹ era baseada na divisão de trabalho, e pressupunha a superioridade dos eleitos sobre os eleitores, havia responsabilidade, embora não específica e concreta, mas uma responsabilidade em seguir os interesses do eleitor.¹²¹² Ademais, como frisou Benedita Urbano,¹²¹³ houve “um processo progressivo de democratização” do sistema representativo, aproximando-se os eleitores de seus eleitos.

A responsabilidade também é um atributo inerente dos *direitos e deveres fundamentais*. Como aponta João Loureiro, as Constituições salvaguardam esferas de responsabilidade dos cidadãos por meio do reconhecimento de direitos fundamentais e por meio de estipulação de deveres também fundamentais.¹²¹⁴

Os *direitos fundamentais* podem ser compreendidos como garantia da possibilidade de autodeterminação do homem, da possibilidade uma ação autônoma responsável.¹²¹⁵ No século XVIII, a liberdade já aparece ligada à responsabilidade em três aspectos:¹²¹⁶ a) a sociedade não pode ser responsável pela subsistência e geração de cada indivíduo, se ele mesmo não assumir sua parcela de responsabilidade em sua ação livre; b) cada indivíduo é co-responsável para com a liberdade do outro; c) os cidadãos, assim, assumem deveres específicos perante a comunidade, cujas leis são destinadas a proteger a liberdade de cada um. A responsabilidade não é apenas ligada à liberdade, traduz-se numa garantia da liberdade. As declarações de direitos são, por reciprocidade, declarações de deveres, entre os quais o dever de garantir os direitos do outro, inclusive

¹²⁰⁹ Peter SALADIN (Verantwortung als Staatsprinzip, 1984, p. 50).

¹²¹⁰ Enquanto BURKE (Discurso aos eleitores de Bristol [1774], 2012) defendeu o mandato independente, CRUGER defendeu, em discurso de agradecimento pela eleição para a Bristol (a segunda maior cidade e porto da Inglaterra até meados do século XVIII), o direito de os eleitores instruírem seus membros do Parlamento, dando-lhes instruções específicas. São suas palavras: “Da minha parte, sempre vou ver o Parlamento enquanto meu dever de seguir o seu conselho e suas instruções. Eu me considero como um servo dos meus eleitores, não como sujeito ao senhor de minha vontade, não como superior a meus eleitores. E deixe-me acrescentar, sinto-me em direção a vocês eleitores como responsáveis por todos os meus atos públicos. A seu julgamento justo, eu vou agradecer ou cair”.

¹²¹¹ CRISAFULLI; PALADIN (Commentario breve alla Costituzione, 1990, pp. 407-408).

¹²¹² Peter SALADIN (Verantwortung als Staatsprinzip, 1984, p. 52).

¹²¹³ Maria Benedita URBANO (Representação política e Parlamento, 2009, p. 92).

¹²¹⁴ João Carlos LOUREIRO (Constituição e biomedicina. Vol. I, 2003, p. 115).

¹²¹⁵ Peter SALADIN (Verantwortung als Staatsprinzip, 1984, p. 67).

¹²¹⁶ Peter SALADIN (Verantwortung als Staatsprinzip, 1984, p. 70).

a liberdade.¹²¹⁷

Os *deveres fundamentais* são expressão concisa da responsabilidade dos cidadãos, traduzindo-se numa garantia de possibilidade de uma vida em sociedade.¹²¹⁸ Embora tenha sido negligenciada esta categoria jurídica após as duas grandes guerras mundiais, o certo é que a ideia de dever fundamental é antiga, encontrando formulação já no final do século XVIII na Declaração Francesa dos Direitos do Homem, quando estipula os deveres dos cidadãos relativos ao pagamento de impostos e à realização do serviço militar obrigatório. Várias constituições europeias estabeleceram rol de deveres fundamentais, como a Constituição de Weimar (art. 6, art. 12, art. 14). O artigo 29 da Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948 estabelece que o indivíduo tem deveres para com a comunidade sem os quais não é possível o livre e pleno desenvolvimento de sua personalidade.

A *democracia* também tem uma marcante dimensão de responsabilidade. O movimento democrático dos últimos duzentos anos é alimentado pelo pensamento da representação e pela postulação de participação direta democrática. Estas duas ideias principais da democracia incorporaram noções de responsabilidade, no sentido propugnado nesta tese. A representação, como visto, consubstancia uma responsabilidade abstrata (não concreta) e fundada na confiança outorgada aos eleitos. A participação direta, assim como a semidireta, no Estado de Direito Democrático também deve ser exercida com responsabilidade, voltada para o reconhecimento e proteção da dignidade humana, tão inseparavelmente ligada à liberdade e responsabilidade.¹²¹⁹ Cuida-se então de uma *democracia participativa*, que preconiza a “participação responsável dos cidadãos nos procedimentos de decisões estatais”.¹²²⁰ O

¹²¹⁷ Peter SALADIN (Verantwortung als Staatsprinzip, 1984, p. 71).

¹²¹⁸ Peter SALADIN (Verantwortung als Staatsprinzip, 1984, p. 74).

¹²¹⁹ Peter SALADIN (Verantwortung als Staatsprinzip, 1984, p. 13).

¹²²⁰ Peter SALADIN (Verantwortung als Staatsprinzip, 1984, p. 59). Nessa toada, DWORKIN (Direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana, 2006, p. 26) defende uma *concepção constitucional ou co-participativa da democracia*, em que “as decisões coletivas sejam tomadas por instituições políticas cuja estrutura, composição e modo de operação dediquem a mesma consideração e respeito”. Esta concepção rejeita o princípio majoritário como princípio fundamental da democracia. É certo que, além de adotar procedimento não majoritário em várias situações, a concepção constitucional requer o princípio majoritário em outras situações, como para tomar decisões políticas do cotidiano. Mas, quando adota o princípio majoritário, não o faz com fundamento no princípio da maioria, mas especialmente tendo em vista a igualdade dos cidadãos. Torna-se imperioso que as decisões políticas tomadas com base no princípio da maioria satisfaçam as condições democráticas. Quando as instituições majoritárias não respeitam as condições democráticas, os tribunais devem garantir que as decisões resultantes satisfaçam a tais exigências. É compreensível que não haja consenso sobre quais são as condições democráticas, contudo, não há razão para se insurgir contra a decisão final de tribunal que invalide tal lei com o objetivo de resgatar as condições democráticas.

princípio democrático há muito não se reduz à eleição dos representantes pelos cidadãos e às instituições do processo majoritário. Na *democracia discursiva*, que pressupõe pluralismo social e político, o debate público deve ser amplo, com livre circulação de ideias e informações, com total respeito aos direitos fundamentais, exercendo uma “função racionalizadora e legitimadora das decisões políticas mais relevantes”.¹²²¹

Nessa perspectiva deliberativa, destacam-se duas correntes teóricas acerca do arranjo institucional da democracia e o papel da jurisdição constitucional, ou melhor entre democracia e constitucionalismo. Os *substancialistas*, a exemplo de Rawls e Dworkin, dão ênfase aos direitos fundamentais em vez do princípio majoritário, apregoando que a constituição do Estado de Direito Democrático deve estabelecer direitos fundamentais, princípios e fins públicos, os quais concretizam os valores superiores da sociedade, tais como a justiça, liberdade e igualdade. Os *procedimentalistas*, a exemplo de Habermas e Ely, enfatizam o princípio majoritário em vez dos direitos fundamentais, defendendo que o papel da jurisdição constitucional limita-se a checar as condições procedimentais da democracia, deduzidas das normas constitucionais, sem entrar no mérito das opções valorativas do legislador. Pode-se dizer com Bäumlín que a democracia não é apenas um governo pela discussão, mas um governo responsável (*verantwortliche Regierung*),¹²²² assim entendido o governo que, organizacionalmente, pressupõe diferenciação em diversos órgãos, com os respectivos opostos, e que, funcionalmente, antes da tomada da decisão, deve haver a justificação perante a instância controladora.¹²²³

Constata-se assim que os princípios constitutivos do Estado de Direito Democrático, acima analisados, possuem um elemento comum e central consistente no princípio da responsabilidade. É certo que não foram analisados todos os princípios do Estado de Direito Democrático, mas também é correto concluir que os principais foram

¹²²¹ Luís Roberto BARROSO (A reconstrução democrática do direito público no Brasil, 2007, p. 3). O autor denomina de democracia deliberativa. Contudo, pensamos que o termo mais apropriado é democracia discursiva, pois, a democracia deliberativa está ligada à escola do republicanismo liberal, com seu ideal de autogoverno, cujas premissas teóricas são sintetizadas por CANOTILHO (Direito constitucional e teoria da constituição, 2003, p. 1416): “a) política deliberativa baseada na ideia de virtude cívica; b) igualdade dos participantes no processo político; c) possibilidade de consentimento universal nas disputas normativas através da razão prática; d) direitos de participação dos cidadãos na vida pública e controle dos representantes”. A democracia discursiva se aproxima da democracia deliberativa, mas diferentemente desta não pressupõe direitos universais do homem (preexistente na visão liberal) nem moral social da comunidade (perspectiva republicana), e defende como solução para questões problemáticas políticas e éticas da sociedade regras de discussão, formas de argumentação, institucionalização de redes de negociação, em vez da razão prática, adota a teoria do discurso.

¹²²² Richard BÄUMLIN (Die Kontrolle des Parlamentes über Regierung ..., 1966, p. 222).

¹²²³ Richard BÄUMLIN (Die Kontrolle des Parlamentes über Regierung ..., 1966, p. 238).

examinados e os que faltam podem ser deles deduzidos e trazem consigo “a ideia da responsabilidade”.¹²²⁴ Assim, sendo central aos princípios fundamentais do Estado de Direito Democrático, ele próprio pode ser considerado um princípio estruturante.¹²²⁵ Observe-se, com Avril, que o princípio da responsabilidade é, assim, “a pedra angular do edifício constitucional democrático que inspira a organização no nível dos poderes públicos”.¹²²⁶

A responsabilidade do poder público é “um grande princípio do estado moderno de direito”, sendo certo também que o triunfo do constitucionalismo foi a consagração deste princípio, que contém a ideia de que o poder do Estado e de suas instituições não deve dar livre, embora ainda não seja um triunfo perfeito, necessitando de outras concretizações.¹²²⁷

7.2 Releitura dos princípios constitutivos do Estado de direito a partir do princípio da dignidade da pessoa humana e dos paradigmas da cooperação e da complementaridade: reforço da responsabilidade do indivíduo e do Estado

Se a responsabilidade está sendo levada cada vez mais para o centro da reflexão ética e o Estado de Direito Democrático tem uma autojustificação (*Selbstverständnis*) na ética, a responsabilidade deve também ser reconhecida pela ciência jurídica e teoria do Estado enquanto categoria cada vez mais central.¹²²⁸ A responsabilidade enquanto categoria ético-político-jurídica, amparada no imperativo categórico de Hans Jonas, ilumina os princípios constitutivos do Estado de Direito Democrático, fornecendo, assim, a chave para uma teoria do Estado mais condizente com os desafios da atualidade.

Com base na ética da responsabilidade de Hans Jonas, com seu imperativo categórico e os deveres correlatos, Saladin propõe a releitura dos princípios constitutivos do Estado de Direito Democrático.¹²²⁹ A ética da responsabilidade, onde indivíduos e Estado são solidários para se atingir o objetivo de conservação do planeta,

¹²²⁴ Peter SALADIN (Verantwortung als Staatsprinzip, 1984, p. 80).

¹²²⁵ Peter SALADIN (Verantwortung als Staatsprinzip, 1984, p. 80).

¹²²⁶ Pierre AVRIL (Pouvoir et responsabilité, 1977, p. 23).

¹²²⁷ Peter SALADIN (Verantwortung als Staatsprinzip, 1984, p. 80).

¹²²⁸ Peter SALADIN (Verantwortung als Staatsprinzip, 1984, p. 99).

¹²²⁹ Peter SALADIN (Verantwortung als Staatsprinzip, 1984, p. 161).

preservação da humanidade e garantia de uma vida digna (princípio da dignidade da pessoa humana), favorece o repensar do dogma da separação do Estado e sociedade, numa altura em que o Estado e a sociedade já não são coincidentes, estão numa dialética inevitável, surgindo daí novo paradigma para a atuação estatal, consistente numa perspectiva de *complementaridade* ao particular (o Estado não pode nem deve fazer tudo) e de *cooperação* com todos os atores envolvidos, cidadãos, empresas, organizações e Estado.

Estes dois novos paradigmas exigem uma releitura dos princípios constitutivos do Estado de Direito Democrático na aceção de reforço da responsabilidade individual e estatal.¹²³⁰

7.2.1 Separação dos poderes como princípio geral da constituição jurídica do poder social

A separação de poderes para os autores clássicos consubstancia um controle mútuo entre os poderes estatais, responsabilidade recíproca entre eles. A ideia clássica está circunscrita aos poderes do Estado.¹²³¹ Como a responsabilidade está associada a uma intensificação de controle, conforme constatado no capítulo 6 (Responsabilidade, controle e *accountability*), está-se generalizando a ideia de poder mais responsável, e, por esta razão, “deve a demanda de responsabilidade e controle mútuos ser aplicada a todos os ‘poderes’, como também à iniciativa privada”.¹²³² A concepção dos clássicos está se expandindo em duas etapas: uma “ideia abrangente da ordem” para o projeto do Estado e um princípio geral da constituição jurídica do poder da sociedade como um todo, o poder estatal e o poder não estatal.¹²³³ A vinculação suficiente do poder privado é uma preocupação da separação dos poderes, quando da divisão de áreas de competência, cabendo conferir aos poderes privados autonomia e responsabilidade adequadas, sendo indispensável a existência de um contra-poder privado, que faça

¹²³⁰ Observe-se que a responsabilidade individual de que fala Peter SALADIN (Verantwortung als Staatsprinzip, 1984, p. 145) é a responsabilidade de cada indivíduo, que pode ser ativada por meio da educação, cultura e participação. Não se trata da responsabilidade da pessoa do governante. Como será demonstrado, os atuais paradigmas (*responsiveness* e boa governação) impõem, em adição, uma releitura dos princípios do Estado de Direito Democrático na perspectiva do reforço da responsabilidade do próprio governante.

¹²³¹ Peter SALADIN (Verantwortung als Staatsprinzip, 1984, p. 168).

¹²³² Peter SALADIN (Verantwortung als Staatsprinzip, 1984, p. 168).

¹²³³ Peter SALADIN (Verantwortung als Staatsprinzip, 1984, p. 168).

contraposição ao poder estatal, evitando este alcançar grau absoluto.¹²³⁴ Daí extraem-se algumas direções: a) o reconhecimento da eficácia horizontal dos direitos fundamentais; b) direito da concorrência adequada para inibir o acúmulo muito grande de poder econômico privado; c) maior cooperação internacional para impedir que a política externa nacional seja minada por organizações multinacionais privadas.

Neste contexto, o poder privado tem um encargo público, enquanto abrangido pelo princípio da separação de poderes, revelando-se este último como instrumento geral para garantir a dignidade da pessoa humana.¹²³⁵ A separação dos poderes é, assim, expressão mais abrangente para a responsabilidade enquanto categoria fundamental da convivência humana, mantendo-se este significado indefinidamente, já que o poder e a corrupção estão imbricados.¹²³⁶

7.2.2 Representação como responsabilidade concreta dos representantes eleitos, sem mandato imperativo

Assumindo a cooperação como princípio orientador do Estado de Direito Democrático, tem-se que, não apenas no aspecto externo do Estado (ou seja, na relação entre Estado e indivíduo), mas também dentro do próprio Estado, as decisões devem ser “cooperativas”, assim, o processo democrático não pode residir exclusivamente na perspectiva representativa.¹²³⁷

Somente considerando a “responsabilidade como legitimação material (fundamental) da representação”, pode-se desmistificar a representação, abrindo caminho para uma “discussão racional e, portanto, verdadeiramente construtiva,

¹²³⁴ Peter SALADIN (Verantwortung als Staatsprinzip, 1984, p. 169). Segue o trecho original do texto: „*Das Anliegen hinreichender Bindung privater Macht ist ein Anliegen der Gewaltenteilung*“.

¹²³⁵ Peter SALADIN (Verantwortung als Staatsprinzip, 1984, pp. 170-171).

¹²³⁶ Peter SALADIN (Verantwortung als Staatsprinzip, 1984, p. 171). Segundo o magistério do célebre psicólogo social da Universidade de Stanford (EUA), Philip ZIMBARDO (O efeito Lúcifer, 2015, p. 21), não há uma natureza maligna do ser humano, “o mundo está repleto de bem e de mal”, “a barreira entre o bem e o mal é permeável e nebulosa”, sendo possível que uma pessoa boa se transforme em má, e, talvez, muito mais difícil de conceber, pessoas más se transformem em pessoas boas; o mal nasce no exercício do poder. Para o autor, é o sistema e as circunstâncias que provocam o surgimento do mal; pessoas sem supervisão tendem a ser maléficas, dentro de certas circunstâncias. Em suas palavras, “o maior poder capaz de produzir o mal a partir do bem” é o “poder do Sistema, o complexo de poderosas forças que constituem a situação” (O efeito Lúcifer, 2015, p. 15). Não obstante tal influência, o autor salienta que “as contribuições sistêmicas e das circunstâncias a qualquer comportamento individual não exime ou absolve a pessoa da responsabilidade por ter praticado atos imorais, ilegais ou malignos” (O efeito Lúcifer, 2015, p. 15). A doutrina da dicotomia do bem vs. mal “permite que boas pessoas se eximam de sua responsabilidade”, defendendo, assim, uma “concepção alternativa”, que “toma o mal em termos *gradualistas*, como algo de que somos capazes dependendo das circunstâncias”. (O efeito Lúcifer, 2015, p. 26).

¹²³⁷ Peter SALADIN (Verantwortung als Staatsprinzip, 1984, p. 161).

orientada para o problema da concepção e formação da representação parlamentar”.¹²³⁸

No viés sócio-psicológico, a representação é um processo de autorretribuição.¹²³⁹ Daí porque há um limite para a racionalização da representação, a representação não pode ser totalmente explicada de maneira racional. Com estas ressalvas, a representação deve ser vista como processo racional. De qualquer forma, a confiança dos eleitores na capacidade e na disposição dos eleitos para fazer o melhor para o interesse deles diminuiu consideravelmente. Em face dos novos paradigmas, é imperioso conciliar a representação parlamentar com a participação complementar direta do povo, bem como potencializar “a ideia de responsabilidade dos representantes perante os representados”.¹²⁴⁰

Os representantes hoje são responsáveis perante seus eleitores, mas não significa dois extremos: eles têm que sempre atender aos desejos e preferências de seus eleitores, tampouco não quer dizer que a responsabilidade dos representantes se encerra na eleição.¹²⁴¹

A representação há de ser iluminada com responsabilidade concreta, mas sem o retorno do mandato imperativo.¹²⁴² Para tanto, a comunicação entre eleitos e eleitores é condição crucial, que somente é alcançada por meio da transparência no exercício do mandato, de modo a possibilitar o acompanhamento pelos eleitores. A transparência das atividades desempenhadas se materializa pela divulgação por meio relatórios anuais e boletins de notícias. Tema ardiloso é a transparência em relação aos próprios interesses do parlamentar; neste aspecto, pode-se até mesmo sustentar um dever de suspeição (*Ausstandspflicht*), não de incompatibilidade (*Inkompatibilitäte*), quando patente conflito de interesse em face de suas ligações econômicas, políticas e religiosas.¹²⁴³

Diferentes versões de concretização da responsabilidade dos representantes têm sido propostas no direito alemão, que vão no caminho de diminuir a responsabilidade pessoal do representante e de concretizar a responsabilidade do partido:¹²⁴⁴ a) mandato vinculado ao programa ou mandato-quadro (*rahmengebundene Mandat*) de Norbert

¹²³⁸ Peter SALADIN (Verantwortung als Staatsprinzip, 1984, p. 161).

¹²³⁹ Dieter SUHR (Repräsentation in Staatslehre und Sozialpsychologie, 1981, pp. 517-538). Nesse sentido também Peter SALADIN (Verantwortung als Staatsprinzip, 1984, p. 173).

¹²⁴⁰ Peter SALADIN (Verantwortung als Staatsprinzip, 1984, p. 174).

¹²⁴¹ Peter SALADIN (Verantwortung als Staatsprinzip, 1984, p. 174).

¹²⁴² A proibição de instrução aos parlamentares está prevista na Constituição da Suíça (Art. 91), na Constituição de Bonn (Art. 38, nº 1) e na Constituição da Áustria (Art. 56).

¹²⁴³ Segundo notícia Peter SALADIN (Verantwortung als Staatsprinzip, 1984, p. 176) há proposta do Conselho Nacional para revisão da Constituição Federal da Suíça com intuito de introduzir o dever de suspeição do parlamentar.

¹²⁴⁴ Peter SALADIN (Verantwortung als Staatsprinzip, 1984, p. 177).

Achterberg¹²⁴⁵ e de Karl-Ulrich Meyn,¹²⁴⁶ onde a saída do partido leva à perda do

¹²⁴⁵ Norbert ACHTERBERG (*Das rahmengebundene Mandat*, 1975, pp. 15-16). Em obra posterior, ACHTERBERG (*Parlamentsrecht*, 1984, pp. 225-226) concluiu que o direito constitucional alemão não alberga a perda do mandato por descumprimento do programa do partido. Maria Benedita URBANO (*Representação política e Parlamento*, 2009, pp. 225-226) sintetiza esta nova posição: “Achterberg não admite a existência de um mandato imperativo de partido e, em consonância, considera sem valor jurídico as ordens e instruções, mas opina que o mandato parlamentar não deve ser totalmente livre. Este autor mostra-se particularmente preocupado com o valor que deverá ser atribuído aos programas partidários. Em seu entender, o Direito Constitucional alemão vigente não inviabiliza em termos absolutos um enquadramento partidário com valor jurídico do mandato parlamentar. Se a ligação ao programa partidário é recomendável, devem os políticos e o legislador prevê-la e regulá-la, conjuntamente com a criação de normas que regulem os próprios programas partidários, designadamente, que assegurem a sua transparência”. Cumpre salientar que a situação relatada difere da perda do mandato em face da desfiliação do partido. Neste aspecto, o artigo 160, 1, *d*, da Constituição portuguesa determina expressamente que “perdem o mandato os Deputados que (...) se inscrevam em partido diverso daquele pelo qual foram apresentados a sufrágio”. No Brasil, a Emenda Constitucional nº 1/1969, promulgada pela Junta Militar, alterou o artigo 152 da Constituição Federal de 1967, incluindo o princípio da fidelidade partidária, cujo descumprimento implicava a perda de mandato: “Perderá o mandato no Senado Federal, na Câmara dos Deputados, nas Assembléias Legislativas e nas Câmaras Municipais quem, por atitudes ou pelo voto, se opuser às diretrizes legitimamente estabelecidas pelos órgãos de direção partidária ou deixar o partido sob cuja legenda foi eleito. A perda do mandato será decretada pela Justiça Eleitoral, mediante representação do partido, assegurado o direito de ampla defesa”. A Emenda Constitucional nº 5/1985, eliminou o princípio da fidelidade partidária, que somente com a Constituição de 1988 retornou, embora com outra configuração. A Constituição brasileira de 1988 (art. 17, § 1º) prescreve que os partidos políticos devem estabelecer normas estatutárias acerca da “fidelidade partidária”, mas não tratou de maneira expressa acerca da possibilidade de perda de mandato em caso de violação à fidelidade partidária. O dispositivo constitucional foi regulamentado pela Lei 9.096, de 1995 (Lei dos Partidos Políticos), cujo artigo 26 dispõe que “perde automaticamente a função ou cargo que exerça, na respectiva Casa Legislativa, em virtude da proporção partidária, o parlamentar que deixar o partido sob cuja legenda tenha sido eleito”. A Lei 9.096/1995 não mencionou a perda de mandato em razão de mudança de partido, apenas previu a perda da função ou cargo exercido na Casa Legislativa. Não obstante, primeiramente o Tribunal Superior Eleitoral e, posteriormente, o Supremo Tribunal Federal consagrou entendimento de que o mandato de deputado eleito sob o sistema proporcional, que colhe os votos para o partido e calcula o coeficiente eleitoral, é do partido, não do parlamentar, de modo que sua saída do partido provoca a perda do mandato, salvo se houver um motivo justo para a saída do parlamentar. O Tribunal Superior Eleitoral, após as decisões nos Mandados de Segurança 26.602, 26.603 e 26.604, disciplinou, no uso das atribuições que lhe confere o artigo 23, XVIII, do Código Eleitoral, por meio da Resolução 22.610/2007, o processo de perda de cargo eletivo, bem como de justificação de desfiliação partidária sem justa causa. Nos termos da referida Resolução, considera-se justa causa: a) incorporação ou fusão de partidos; b) criação de partido novo; c) mudança substancial ou desvio reiterado do programa partidário; d) grave discriminação pessoal. Posteriormente a esta Resolução, a jurisprudência do Tribunal Superior Eleitoral incluiu outra situação de justa causa para a mudança de partido: quando o partido concorda com a saída do parlamentar (AgR-AC 734-25/RN, Relator Ministro Arnaldo Versiani, Dje de 22/10/2012; AgR-Pet 894-16/PE, Relator Ministro Henrique Neves, Dje de 29/08/2014; Recurso Especial Eleitoral - REspe 64-24/RN). O Ministério Público Federal interpôs Recurso Extraordinário contra Acórdão do Tribunal Superior Eleitoral proferido no REsp. 64-24/RN, requerendo a perda do mandato do parlamentar, sob o fundamento de que uma simples anuência do partido, sem qualquer outra motivação, não autoriza a saída do partido, afrontando o princípio da soberania popular, o artigo 1º, parágrafo único, e art. 14, ambos da Constituição da República, além de contrário à jurisprudência do STF.

¹²⁴⁶ Karl-Ulrich MEYN (*Kontrolle als Verfassungsprinzip*, 1982, pp. 393-394), com base em Norbert ACHTERBERG (*Das rahmengebundene Mandat*, 1975, p. 10), defende que, no mandato-quadro-federal, os parlamentares devem seguir apenas o programa partidário, não cabendo receber instruções individuais de eleitor, da liderança do partido ou da maioria do partido. Importante registrar que KELSSEN (*Essência e valor da democracia*, 2000, pp. 55-56) era contra as imunidades dos parlamentares e a favor da perda de mandato por troca de partido.

mandato; b) mandato geral (*generelle Mandat*) de Thomas Oppermann,¹²⁴⁷ que apregoa uma melhor harmonização entre o programa eleitoral dos partidos políticos e as expectativas do eleitorado, em face da sensibilidade atual do público para o processo político, mas sem a sanção de perda de mandato em razão de saída do partido.

Para Benedita Urbano, “a perda de mandato determinada pela mudança de partido político vai contra o princípio da proibição do mandato imperativo” e “a afirmação do mandato representativo deve ser entendida como a afirmação da liberdade dos parlamentares em face de instruções e vínculos pontuais”.¹²⁴⁸

Saladin,¹²⁴⁹ sem se posicionar sobre a perda do mandato, apenas apregoa que a vinculação do parlamentar a um mandato geral ou um mandato-quadro (mandato vinculado ao programa) não deve ser perseguido isoladamente; pelo contrário, ele deve ser complementado por uma “vinculação” reforçada às preocupações gerais e específicas do eleitorado, sendo esta vinculação o principal veículo para a concretização da responsabilidade dos representantes. A prestação de contas ao eleitorado não deve ocorrer apenas nas eleições, mas sim continuamente; e da mesma forma, cabe também aos eleitores, durante o mandato, articular as suas preocupações, exercer “pressão política”, “recorrer ao telefone, máquina de escrever, caneta”, exercendo “cidadania ativa”, como “constituente-representado atento”.¹²⁵⁰ Só assim, a representação parlamentar como responsabilidade de fundo será totalmente visível e eficaz, respeitando o princípio da separação de poderes.¹²⁵¹ Cuida, a rigor, da intensificação da “*responsiveness*” da representação parlamentar, ou seja, intensificação (e, se possível, institucionalização) do contato entre eleitores e deputados durante a legislatura.¹²⁵²

Como se nota, Saladin abordou a *responsiveness* quando tratou da representação, e também sutilmente quando se referiu à democracia.¹²⁵³ Contudo, não a alçou à paradigma (junto com a cooperação e complementaridade), como é feito neste trabalho (seções 7.4 e 7.5). Certamente por isso, Saladin tenha concluído apenas no sentido do reforço da responsabilidade individual do cidadão, não dando realce ao incremento da

¹²⁴⁷ Thomas OPPERMANN (Das parlamentarische Regierungssystem ..., 1975, pp. 51-55).

¹²⁴⁸ Maria Benedita URBANO (Representação política e Parlamento, 2009, p. 275 e 950).

¹²⁴⁹ Peter SALADIN (Verantwortung als Staatsprinzip, 1984, p. 177).

¹²⁵⁰ Peter SALADIN (Verantwortung als Staatsprinzip, 1984, p. 178).

¹²⁵¹ Peter SALADIN (Verantwortung als Staatsprinzip, 1984, p. 178).

¹²⁵² Peter SALADIN (Verantwortung als Staatsprinzip, 1984, p. 177). SALADIN referiu-se de passagem ao trabalho de Herbert UPPENDAHL (Responsive Demokratie, 1981), mas não analisou a fonte primeira e principal de UPPENDAHL, que foi Robert DAHL (A preface to democratic theory, 1956), não fazendo a mínima referência ao autor norte-americano.

¹²⁵³ Peter SALADIN (Verantwortung als Staatsprinzip, 1984, p. 180).

responsabilidade do governante.

7.2.3 Direitos fundamentais como garantia-chave da autonomia e da responsabilidade pessoal, com base no princípio da dignidade da pessoa humana

O moderno Estado Social é ao mesmo tempo condição e ameaça à liberdade.¹²⁵⁴ Já não se revela suficiente o mero recurso aos direitos fundamentais, estes não podem fazer tudo. Necessário repensar as premissas do Iluminismo (idealismo, liberalismo e utilitarismo), centralizando os direitos fundamentais no princípio da dignidade da pessoa humana. Ademais, como o homem vive no tempo e na história, seja pessoalmente, seja coletivamente, seja economicamente, seja ecologicamente, não há direitos humanos no presente sem o direito à autodeterminação e sem responsabilidade pessoal para o futuro.¹²⁵⁵ De fato, como aponta Gregorio Robles, “os direitos só podem adquirir seu pleno sentido se entendidos em conexão com a ideia de auto-realização pessoal, e essa por sua vez não pode ser equiparada a um ‘fazer o que quero’, mas a um ‘fazer o que devo’”.¹²⁵⁶

Importante também resgatar o vínculo entre direitos fundamentais e deveres fundamentais, como bem faz Gregorio Robles, no sentido de os direitos fundamentais serem os “canais institucionais que permitam a realização dos deveres”, residindo nisso o “fundamento absoluto dos direitos humanos”.¹²⁵⁷ Gregorio Robles, na mesma linha de Hans Jonas, propõe um retorno à ética, “uma ética séria, não meramente de procedimentos”, para se obter um “consenso mínimo”, isto é, “um consenso sobre um núcleo de critérios morais que representem os valores básicos para uma convivência realmente humana”, para “salvação de todos”, não é um pacto em favor do Estado, mas em favor da humanidade.¹²⁵⁸

A dignidade do ser humano, como destaca Gregorio Robles, não consiste em exigir cada um seus direitos, tudo para afirmar sua personalidade, mas, principalmente, consiste em cada um assumir seus deveres como pessoa e como cidadão.¹²⁵⁹ Após constatar nas últimas décadas um “esquecimento do dever”, mais exatamente,

¹²⁵⁴ Peter SALADIN (Verantwortung als Staatsprinzip, 1984, p. 197).

¹²⁵⁵ Peter SALADIN (Verantwortung als Staatsprinzip, 1984, p. 110).

¹²⁵⁶ ROBLES (Os direitos fundamentais e a ética na sociedade atual [1995], 2005, p. 123).

¹²⁵⁷ ROBLES (Os direitos fundamentais e a ética na sociedade atual [1995], 2005, p. 123).

¹²⁵⁸ ROBLES (Os direitos fundamentais e a ética na sociedade atual [1995], 2005, p. 122).

¹²⁵⁹ ROBLES (Os direitos fundamentais e a ética na sociedade atual [1995], 2005, p. 123).

“esquecimento do meu dever, mas não dos deveres alheios”, e com isso uma sobrevalorização da categoria dos direitos, ambiente propício para a desintegração social, pretende Gregorio Robles retomar a máxima de Kant, no sentido de que os fins da vontade humana devem ser a própria perfeição (*Bigene Vollkommenheit*) e a felicidade alheia (*Fremde Glückseligkeit*), os quais passam a constituir deveres básicos do homem. Não é o contrário, o que seria natural ao ser humano, buscar a perfeição alheia e a felicidade própria, mas assim não poderia constituir um dever, sendo contraditório transformar uma tendência natural em dever.¹²⁶⁰

7.2.4 Deveres fundamentais como reconhecimento constitucional da responsabilidade social dos cidadãos

Com a ética da responsabilidade, a vinculação da responsabilidade com os deveres fundamentais é patente. Os deveres fundamentais são nada mais nada menos que o reconhecimento constitucional da responsabilidade social e fundamental dos cidadãos. A responsabilidade não é apenas uma categoria fundamental da ética, mas também uma categoria fundamental da política e do direito.¹²⁶¹ Como diz Gregorio Robles, os deveres fundamentais são exatamente as competências políticas dos cidadãos.¹²⁶²

7.2.5 Democracia do engajamento dos cidadãos

Para conseguir a proteção da dignidade da pessoa humana, que se pode resumir em três finalidades (limitação de poder, pessoa como sujeito e não objeto, e preocupação com o outro), não basta a mera participação dos cidadãos no processo democrático. Torna-se vital o engajamento (*Engagement*) do cidadão, a criação de uma cultura política dos cidadãos. Engajamento é reconhecer a responsabilidade e agir em conformidade com a mesma.¹²⁶³

Daí porque fala-se de uma “Democracia do engajamento” ou “Democracia de responsabilidade”, que constitui a “forma de governo que parece mais apropriada para realizar o princípio da dignidade humana de forma abrangente e sustentável”.¹²⁶⁴

Como corolário da representação como responsabilidade concreta dos eleitos, a

¹²⁶⁰ ROBLES (Os direitos fundamentais e a ética na sociedade atual [1995], 2005, p. 123).

¹²⁶¹ Peter SALADIN (Verantwortung als Staatsprinzip, 1984, p. 197 e 212).

¹²⁶² ROBLES (Os direitos fundamentais e a ética na sociedade atual [1995], 2005, p. 197).

¹²⁶³ Peter SALADIN (Verantwortung als Staatsprinzip, 1984, p. 196).

¹²⁶⁴ Peter SALADIN (Verantwortung als Staatsprinzip, 1984, p. 196).

democracia representativa deve se configurar na dimensão de engajamento, onde pressupõe um reforço de responsabilidade política dos cidadãos como chave para a manutenção da legitimidade do Estado.¹²⁶⁵

Como a democracia é construída sob a imagem do homem, e este é um ser racional, a democracia pressupõe uma capacidade de tomada de decisão racional dos membros do Estado.¹²⁶⁶ Ocorre que esta racionalidade não se coaduna com a mera aceitação passiva dos cidadãos; é necessária uma verdadeira comunicação entre eleitores e eleitos, uma comunicação entre partes ativas e responsáveis.¹²⁶⁷

7.3 Do princípio da boa administração ao novo paradigma da boa governança

7.3.1 Crises da administração pública

As administrações públicas passaram por profundas transformações ao longo do século XX, que estão associadas direta e imediatamente com as fases de controle e suas crises, que foram abordadas no capítulo 6 (Responsabilidade, controle e *accountability*).

Até meados do século XX (com o desfecho das duas guerras mundiais), a administração pública tinha por prioridade a observância dos ritos legais. A dimensão de *accountability* que imperava era a de *accountability* formal ou *accountability for legality and probity* e *process accountability*.¹²⁶⁸

No âmbito da *accountability* política, predominava, nos sistemas democráticos, como diz Dubnick,¹²⁶⁹ a responsabilidade ministerial (*responsibility*), que tinha por foco a “*legal and political attention*” dos agentes públicos eleitos, os quais assumiam a responsabilidade por tudo que ocorria nos departamentos sob seu comando; enquanto criava-se “*the fictive yet effective cover*”, que protegia os funcionários não eleitos. A responsabilidade pessoal dos funcionários públicos, considerados uma extensão do ministro, era limitada a uma responsabilidade interna perante o ministro, ficando eles

¹²⁶⁵ Peter SALADIN (Verantwortung als Staatsprinzip, 1984, p. 180).

¹²⁶⁶ SCHEUNER (Das repräsentative Prinzip in der modernen Demokratie, 1968, p. 386 e ss).

¹²⁶⁷ Peter SALADIN (Verantwortung als Staatsprinzip, 1984, p. 180).

¹²⁶⁸ Luciano VANDELLI (Ética pubblica e buona amministrazione, 2009, p. 11) refere-se a controle sobre ato, em contraponto com controle sobre atividade administrativa ou de resultado. Refere-se ainda a um terceira espécie de controle, controle do tipo substituto, consistente em “intervenção subrogatória contra inadimplemento no exercício da função, e, particularmente, em relação aos atrasos ou omissões no cumprimento de atos exigidos por lei”, previsto no art. 120 da Constituição Italiana.

¹²⁶⁹ Melvin DUBNICK (Accountability and the promise of performance, 2005, p. 2).

protegidos da responsabilização pública (*public accountability*) pela exigência constitucional de anonimato.¹²⁷⁰

Após a Segunda Guerra Mundial, diversos países foram configurados sob a égide de um Estado do Bem-Estar Social, o qual propugnava a satisfação de um carga elevada de direitos sociais, o que inicialmente foi alcançado, graças ao grande desenvolvimento econômico ocorrido até a década de 1970.¹²⁷¹

Na década de 1970, ocorreram dois choques de preços de petróleo (1973 e 1979), os quais, junto com a desregulamentação do sistema monetário internacional, provocou uma grande crise econômica na década de 1980.

Neste contexto, diversos países foram impelidos pela conjuntura econômica a modernizarem suas administrações públicas, especialmente buscando eficiência no serviço público, e trazendo para o setor público alguns conceitos da iniciativa privada, tais como, a visão do cidadão como cliente e a gestão por resultados. Os instrumentos formais de *accountability* já não eram suficientes para o Estado cumprir a sua finalidade social. Uma nova gestão pública foi implantada, cujos componentes são, na síntese de Hood,¹²⁷² ênfase no controle dos resultados, descentralização da gestão, concorrência no setor público, adoção de práticas de gestão privada e disciplina na utilização de recursos públicos. Ainda segundo Hood, o surgimento da NPM (*New Performance Management*) esteve atrelado a algumas tendências: desenvolvimento da automação, contraposição ao crescimento dos executivos, privatização da prestação de serviços públicos e desenvolvimento de uma agenda cada vez mais internacional.¹²⁷³

Tais componentes e tendências referidas por Hood nada mais são que os fundamentos de duas teorias que foram, na visão acertada de Rhodes,¹²⁷⁴ as bases iniciais da NPM: *managerialism* e *new institutional economics*.

Managerialism preconiza a introdução de métodos de gestão do setor privado na esfera pública, profissionalização da gestão, adoção de normas e medidas de desempenho, gestão por resultados e *value for Money*, e, mais recentemente, a

¹²⁷⁰ Diana WOODHOUSE (In Pursuit of Good Administration, 1997, p. 7). Na Inglaterra, havia algumas exceções: “*The Accounting Officer, usually the Permanent Secretary of the department, is directly accountable to Parliament through the Public Accounts Committee (PAC) for the probity and rectitude of his Department's spending, and officials are required to account for their own actions to the Comptroller and Auditor-General (C & AG) and the PCA, both of whom report to appropriate Select Committees.*”

¹²⁷¹ O Estado de Bem-Estar Social foi implantado pela primeira vez com a criação da segurança social por Otto von Bismarck, ainda no século XIX, na Alemanha.

¹²⁷² Christopher HOOD (A Public Management for All Seasons?, 1991, p. 5).

¹²⁷³ Christopher HOOD (A Public Management for All Seasons?, 1991, p. 5).

¹²⁷⁴ R.A.W. RHODES (Understanding governance, 1997, p. 48).

“*closeness to client*”.¹²⁷⁵ A gestão baseada no desempenho ou resultados (*performance management*) era avaliada por meio da *performance accountability*. Ressaltava-se, neste aspecto da NPM, “a importância realização de objetivos segundo critérios de economia, de eficácia e de eficiência da ação administrativa”.¹²⁷⁶

New institutional economics (nova economia institucional) refere-se à introdução de estruturas de incentivo (como a competição de mercado) para prestação de serviços públicos, ressaltando a desagregação das burocracias, maior concorrência através da contratação em quase-mercados e escolha do consumidor.¹²⁷⁷ A teoria da escolha pública (*public choice*) é apontada¹²⁷⁸ como precursora da nova economia institucional, cujo expoente foi James Buchanan,¹²⁷⁹ na sequência dos estudos sobre escolha social de Kenneth Arrow.¹²⁸⁰

A Inglaterra foi pioneira na implantação desta nova gestão pública (NPM), durante o governo de Margaret Thatcher, de 1979 a 1990. Até 1988, *managerialism* era predominante; após 1988, as ideias da nova economia institucional foram prevalecendo.¹²⁸¹ As reformas no serviço público civil inglês ocorreram a partir de 1980, em duas frentes:¹²⁸² a) transferência de serviços antes prestados por órgãos públicos para o setor privado, seguindo a exigência econômica para reduzir o gasto público e do compromisso ideológico para reduzir o espaço do Estado; b) criação de agências executivas *Next Steps*, como uma posição alternativa, onde a transferência para o setor privado, pelo menos num futuro imediato, não era possível.

¹²⁷⁵ R.A.W. RHODES (Understanding governance, 1997, p. 48).

¹²⁷⁶ Pedro GONÇALVES (Ensaio sobre a boa governação..., 2013, p. 154).

¹²⁷⁷ R.A.W. RHODES (Understanding governance, 1997, p. 49).

¹²⁷⁸ Christopher HOOD (A Public Management for All Seasons?, 1991, p. 5).

¹²⁷⁹ A primeira obra de James BUCHANAN sobre a teoria da escolha pública foi elaborada conjuntamente com Gordon TULLOCK: *The Calculus of Consent*, 1962. Eles procedem a uma análise econômico-positiva do desenvolvimento da democracia constitucional em um contexto ético do consentimento, o qual assume a forma de um princípio de compensação, como a eficiência de Pareto, para fazer uma mudança de política, sendo o ponto de partida para a escolha social a unanimidade ou, pelo menos, a inexistência de oposição. Em seguida, em textos individuais, James BUCHANAN fez os aprofundamentos necessários à sua tese (Demand and Supply of Public Goods, 1968; Cost and Choice, 1969; The Limits of Liberty, 1975).

¹²⁸⁰ Kenneth ARROW, em seu livro *Social Choice and Individual Values* (1951), elaborou o teorema da possibilidade geral, conhecido como teoria da impossibilidade, que veio a ser o alicerce da teoria da escolha social moderna, uma abordagem econômica da ética social com teoria de votação, com intuito de saber como as preferências individuais se agregam para estabelecer uma preferência coletiva. Por este teorema, na ausência de restrições das preferências individuais ou da neutralidade da constituição para alternativas viáveis, não existe nenhuma regra de escolha social que satisfaz um conjunto de requisitos, de modo que a votação por maioria pode falhar para produzir um resultado estável, o que corresponde basicamente ao paradoxo de votação, formulado originariamente por CONDORCET.

¹²⁸¹ R.A.W. RHODES (Understanding governance, 1997, p. 49).

¹²⁸² Diana WOODHOUSE (In Pursuit of Good Administration, 1997, p. 4).

A questão do anonimato dos funcionários públicos, antes mesmo da instalação das agências *Next Steps*, já vinha sendo paulatinamente afastada, em razão de algumas circunstâncias.¹²⁸³ Os funcionários encarregados pela execução de uma determinada política nos departamentos subordinados algumas vezes eram identificados como tal, e passavam a ser alvejados pela mídia. Outro fator foi a criação do *Ombudsman*¹²⁸⁴ em 1967,¹²⁸⁵ pois a Casa dos Comuns, quando recebeu o relatório da investigação do *Ombudsman* no caso *Sachsenhaussen*, estabeleceu que a convenção ministerial não se aplicava para acobertar erros dos funcionários. Dessa forma, desde então, os relatórios do *Ombudsman* vem apontando a culpa deste ou daquele funcionário, expondo-os publicamente. Um terceiro fator foi o aumento do papel dos Comitês de Investigação (*Select Committees*) do Parlamento, desde a reforma do sistema em 1979, onde os funcionários que ajudam os ministros a responderem as questões, escritas ou orais, formuladas pelo comitê, podem ser identificados e expostos, inclusive a perguntas comprometedoras, por vezes, no brilho das câmeras de televisão.

Apesar desta exposição dos funcionários, a *accountability* deles ainda era “excepcional e limitada”, o que somente veio a mudar com a criação de agências executivas.¹²⁸⁶

As agências executivas *Next Steps* permanecem vinculadas a departamentos governamentais, sendo compostas por funcionários públicos, os quais, a princípio, continuam protegidos pela convenção de responsabilidade ministerial, remanescendo responsável primeiramente e acima de tudo para com o ministro.¹²⁸⁷ No entanto, eles operam à distância do ministro sob a égide de compromissos que estabelecem metas e indicadores de desempenho, bem como as devidas responsabilidades. Elas são dirigidas por presidentes-executivos, muitas vezes selecionados de fora das carreiras públicas, e

¹²⁸³ Diana WOODHOUSE (In Pursuit of Good Administration, 1997, p. 8).

¹²⁸⁴ *Parliamentary Commissioner for Administration* (Comissário Parlamentar para a Administração) é a designação oficial de *Ombudsman* na Grã Bretanha, como também na Nova Zelândia e nos países escandinavos. A propósito, o *Ombudsman* surgiu na Suécia, sendo posteriormente adotado por diversos países, não apenas europeus, mas de quase todos os continentes, variando apenas de denominação: Mediador da República (França), Defensor Cívico (Itália), Defensor do Povo (Espanha), Provedor de Justiça (Portugal), Protetor do Cidadão (Montreal, Canadá), Comissário para as queixas provenientes do público (Israel).

¹²⁸⁵ Ao contrário da tradição escandinava, a forma de investidura do *Ombudsman* não estava a cargo do parlamento, mas sim do executivo (rei), que o nomeava por *letters Patent*. Embora esta vinculação ao executivo não permita considerar a instituição um órgão de controle parlamentar da Administração Pública, é verdade que a legitimidade do *Ombudsman* foi alcançada em razão da indicação ao cargo ter que passar por negociação, envolvendo os partidos que integram o parlamento.

¹²⁸⁶ Diana WOODHOUSE (In Pursuit of Good Administration, 1997, p. 8).

¹²⁸⁷ Diana WOODHOUSE (In Pursuit of Good Administration, 1997, p. 8).

nomeados por determinado período, auferindo remuneração de acordo com o desempenho atingido. É dotado de maior autonomia financeira e operacional do que os departamentos ou órgãos diretamente subordinados aos ministros.

O anonimato nas agências é bastante reduzido, seja em relação aos principais executivos das agências, que desde já são conhecidos do público, seja quanto aos funcionários que lidam diretamente com o público, os quais são obrigados pela Carta do Cidadão a usarem emblemas com nome e a informarem seus nomes quando do atendimento público, inclusive por telefone, para facilitar a identificação e promover as boas relações públicas.¹²⁸⁸

A *accountability* nestas agências executivas opera em dois níveis.¹²⁸⁹ No primeiro nível, os funcionários da agência estão obrigados a prestar contas ao consumidor ou cliente para satisfazer as normas da Carta, que foram fixados pela agência ou departamento a que ela está vinculada. Esta resposta da agência para o indivíduo é um importante aspecto adicional da *accountability*, mas não é suficiente, já que não fornece o mecanismo pelo qual uma agência pode ser responsabilizada pela prestação de serviços de acordo com a política pública. No segundo nível, o executivo-chefe da agência é *accountable* perante o *Ombudsman* e perante o ministro da pasta, assumindo a responsabilidade global (*overall responsibility*) pelo desempenho da agência.

A criação de agências executivas pode, portanto, agir para despolitizar a *accountability* e, em alguns casos removê-la da arena política, uma tendência encorajada pelos ministros através do redirecionamento de perguntas dos deputados sobre questões de agências para o executivo-chefe em causa e pelo exercício da responsabilidade unicamente *informatory* no que diz respeito aos assuntos da agência.¹²⁹⁰

No entanto, existe um certo grau de confusão sobre a medida em que o executivo-chefe é publicamente responsável, pois, em termos constitucionais, o ministro mantém-se como último *accountable* pela agência, de maneira direta.¹²⁹¹ Assim, na teoria, as agências estão sob a égide da responsabilidade ministerial, mas, na prática, a responsabilidade encontra-se com executivo-chefe da agência.

¹²⁸⁸ Diana WOODHOUSE (In Pursuit of Good Administration, 1997, p. 8).

¹²⁸⁹ Diana WOODHOUSE (In Pursuit of Good Administration, 1997, p. 9).

¹²⁹⁰ Diana WOODHOUSE (In Pursuit of Good Administration, 1997, p. 13).

¹²⁹¹ Diana WOODHOUSE (In Pursuit of Good Administration, 1997, p. 9). A responsabilidade é direta, em vez de indireta, que é a exercida em relação às indústrias nacionalizadas e organismos públicos não estatais (*non-departmental public bodies*).

A NPM, incluindo as agências *Next Steps*, remove a proteção dos funcionários da linha de frente, outrora sob o manto do anonimato, e a dos executivos-chefes da agência, fazendo-os mais diretamente responsáveis pelo desempenho da agência.¹²⁹² As regras da *accountability* são, pois, modificadas, contudo, sem resolver o problema da divisão de responsabilidade entre ministros e funcionários da agência. O governo tem procurado justificar o distanciamento prático do ministro em relação à responsabilidade através de uma distinção entre a responsabilidade (*responsibility*) e *accountability*, segunda a qual a responsabilidade pressupõe envolvimento pessoal direto em uma ação ou decisão, ao passo que o ministro é *accountable* por todas as ações e atividades do seu departamento.¹²⁹³

O problema reside em fazer uma distinção clara entre política e operações (administração), o que é muito difícil, pois estas duas atividades estão bastante interligadas (as decisões de política são influenciadas pela implementação, e a implementação é influenciada por decisões de política), tendo R. Mottram, gerenciador do projeto das agências *Next Steps*, sugerido, em audiência no parlamento em 1992, que, onde não está clara a distinção, o ministro deverá responder.¹²⁹⁴

Observa-se, pois, o desenvolvimento de mecanismos suplementares de *accountability*, por exemplo, perante as cortes judiciais e o *Ombudsman* (em última instância, os consumidores), ou, no caso dos executivos-chefes das agências *Next Steps*, perante os próprios ministros, mas que ainda não se consubstanciam um “conjunto coerente de arranjo”.¹²⁹⁵

Constata-se ainda, com Woodhouse, que “efetiva *accountability* por meio de canais adequados é um aspecto fundamental da boa administração”.¹²⁹⁶ A *accountability* é um princípio necessário, mas não suficiente para boa administração. Outros princípios devem ser observados.

7.3.2 Princípios da boa administração

Com as reformas das administrações públicas nos anos 1980 e 1990, vieram “descentralização”, “terceirização”, “maior volume de delegação e de diversidade”,

¹²⁹² Melvin DUBNICK (*Accountability and the promise of performance*, 2005, p. 2).

¹²⁹³ Diana WOODHOUSE (*In Pursuit of Good Administration*, 1997, p. 10).

¹²⁹⁴ Diana WOODHOUSE (*In Pursuit of Good Administration*, 1997, p. 12).

¹²⁹⁵ Diana WOODHOUSE (*In Pursuit of Good Administration*, 1997, p. 8 e 223).

¹²⁹⁶ Diana WOODHOUSE (*In Pursuit of Good Administration*, 1997, p. 7).

“mais intercâmbio entre os setores” e uma maior de judicialização das questões administrativas, razões pelas quais aumentaram-se as preocupações com a necessidade de um código que apresente os princípios basilares da administração pública, incluindo normas de conduta dos funcionários públicos, de modo a se reduzir o “risco de incorreção”.¹²⁹⁷

Como bem destaca Arbeloa Castillo,¹²⁹⁸ a boa administração, reconhecida atualmente como direito fundamental de terceira geração, não tem um reconhecimento uniforme pelos Estados, havendo alguns que sequer a positivaram.

A primeira iniciativa para consolidar um conjunto de normas acerca da boa administração ocorreu na Inglaterra, com o Comitê formado pelo *Justice*,¹²⁹⁹ chefiado por Keith Goodfellow, o qual elaborou o *Draft of Statement of Principles of Good Administration* (1971), estabelecendo, a partir da afirmação dos princípios da razoabilidade (*reasonableness*) e justiça (*fairness*), os quais foram desenvolvidos pelas cortes judiciais, algumas regras a serem observadas nos procedimentos administrativos, especialmente direito de produzir provas previamente à decisão e prazo razoável para a resolução do caso.¹³⁰⁰ Contudo, tal projeto não foi encampado pelo governo britânico nesta ocasião, tampouco em 1988, quando o Comitê *Justice - All Souls* também fez esta recomendação. Com fundamento no *Australian Administrative Decisions (Judicial Review) Act*, de 1977, o Comitê dos Ministros do Conselho da Europa aprovou a Resolução 31/1997,¹³⁰¹ detalhando cinco princípios informadores do processo administrativo visando a proteger os direitos, liberdades e interesses das pessoas naturais (físicas) e morais (jurídicas): direito de o cidadão ser ouvido, direito de acesso à informação, direito à assistência e representação, dever de motivação das decisões e dever de adoção de ações mitigatórias dos efeitos sobre os indivíduos (*indication of remedies*). Em seguida, o mesmo Comitê, em 1980, adotou recomendação¹³⁰² para complementar a resolução anterior com mais seis princípios que informam o exercício do poder discricionário da administração pública: interesse público, objetividade e

¹²⁹⁷ Lord NOLAN (Normas de conduta para a vida pública [1995], 1997, p. 13 e 26). No mesmo sentido, Diana WOODHOUSE (In Pursuit of Good Administration, 1997, p. 4 e 224). Esta última refere que a NPM vem acompanhada de “*unusual degree of judicial activism*”.

¹²⁹⁸ ARBELOA CASTILLO (La responsabilidad de los cargos públicos por su mala gestión, 2012, p. 90). Segundo este autor, a má administração é o que resulta da ofensa ao direito à boa administração.

¹²⁹⁹ Seção britânica da Comissão Internacional de Juristas (*International Commission of Jurists*), organização não governamental de defesa dos direitos humanos e promoção de “*rule of law*”.

¹³⁰⁰ Diana WOODHOUSE (In Pursuit of Good Administration, 1997, pp. 3, 229 e 230).

¹³⁰¹ *On the protection of the individual in relation to the acts of administrative authorities*.

¹³⁰² *Recommendation n° 2 (1980) concerning the Exercise of discretionary Powers by administrative Authorities*.

imparcialidade, igualdade, equilíbrio (entre finalidade e efeito), prazo razoável e consistência. Com base neste *Draft*, foi elaborado em 1993 um guia de boas práticas (*Good Administrative Practice: Guidance on Good Practice*), pela Comissão para Administração Local na Inglaterra (*Commission for Local Administration*), consolidando os seguintes princípios: *legality, objectivity, consistency, equity, fairness, integrity, justifiability* e *impartiality*. Neste mesmo ano (1993), *Treasury and Civil Service Committee* procedeu a uma investigação sobre o Serviço Civil, culminando no relatório intitulado *The Role of the Civil Service*, onde foram considerados como princípios constitucionais do Serviço Civil imparcialidade, integridade e objetividade, seleção e promoção por mérito, e *accountability*.¹³⁰³

A Carta do Cidadão, de 1991, política pública formulada no governo de John Major, como extensão das novas reformas da administração pública iniciadas pelo governo Thatcher, buscou a melhoria dos padrões de serviço público, prevendo instrumentos para alcançar uma maior responsabilização e transparência na prestação de serviços e reforçando os princípios democráticos por meio de “empoderamento” do cidadão, o que permite concluir que a mencionada carta “incorpora alguns aspectos da boa administração”.¹³⁰⁴ Na esteira da Carta do Cidadão, foi promulgado o Código de Acesso à Informação (*Code of Practice on Access to Government Information*), em 1994, visando tornar o governo mais aberto e transparente, e, por consequência, o cidadão mais informado, estimulando indiretamente, como diz Woodhouse, a eficiência do serviço público, com a publicidade dos procedimentos e decisões, que passarão pelo escrutínio público, encorajando os agentes públicos a diminuírem os erros.¹³⁰⁵ Este Código foi completamente substituído pelo *Freedom of Information Act 2000*, não tendo mais eficácia depois de 1º de janeiro de 2005.

Especificamente quanto a normas de condutas, o parlamento inglês, em 1992, por meio de *Treasury and Civil Service Committee*, elaborou projeto de Código de Conduta para os servidores civis (*Code of conduct for civil servants*), mas que não foi aprovado. Posteriormente, foi composta comissão para estudar as normas de conduta da vida pública, que ficou conhecida como Comissão Nolan, dado o seu presidente Lord Nolan, que, em 1995, publicou o relatório *Standards in Public Life*, contendo recomendações para o exercício dos cargos públicos civis, ministros e parlamentares, tudo sob a égide

¹³⁰³ Diana WOODHOUSE (In Pursuit of Good Administration, 1997, p. 7).

¹³⁰⁴ Diana WOODHOUSE (In Pursuit of Good Administration, 1997, p. 225).

¹³⁰⁵ Diana WOODHOUSE (In Pursuit of Good Administration, 1997, p. 48).

de sete princípios: interesse público, integridade, objetividade, *accountability*, transparência, honestidade e liderança.¹³⁰⁶

Importante documento normativo para o espaço europeu acerca da boa administração veio em 2000 com a Carta de Direitos Fundamentais da União Europeia,¹³⁰⁷ a qual, em seu artigo 41, estabelece o direito fundamental à boa administração, entendida esta como a síntese de alguns deveres da administração pública com alguns direitos dos cidadãos: dever de agir de maneira imparcial e equitativa, dever de motivar as decisões, direito a uma decisão em prazo razoável, direito de ser ouvida previamente à decisão (contraditório) e de apresentar ampla defesa e direito à reparação. Com o início da vigência do Tratado de Lisboa em dezembro de 2009, a Carta de Direitos Fundamentais passou a ter o mesmo valor de tratado, passando a ser exigível nos Estados membros. Em 2001, *European Code of Good Administrative Behaviour*, proposto pelo *Ombudsman* Europeu, foi aprovado pelo Parlamento Europeu, para regular as relações entre as instituições e agentes públicos e o cidadão-cliente, tendo em conta os seguintes princípios: *lawfulness*, ausência de discriminação, proporcionalidade, ausência de abuso de poder, imparcialidade e independência, objetividade, consistência, justiça, cortesia, contraditório, ampla defesa, prazo razoável, fundamentação. Em 2007, o Comitê de Ministros do Conselho Europeu elaborou recomendação de nº 7 sobre boa administração, enumerando seus princípios: *lawfulness*, *equality*, imparcialidade, proporcionalidade, certeza legal, prazo razoável, participação, respeito à privacidade, transparência. Em 2007, *Ombudsman* da Inglaterra publicou o documento intitulado *Princípios da Boa Administração*, destacando os seguintes princípios: legalidade, foco no consumidor, abertura e *accountability*, justiça e proporcionalidade, correção dos erros de maneira imediata, busca pelo aperfeiçoamento. Em 2012, o mesmo *Ombudsman* publicou uma consolidação de padrões éticos do serviço público civil, que tomou a forma de cinco princípios: compromisso com a União Europeia, integridade, objetividade (imparcialidade), respeito aos outros e transparência.

¹³⁰⁶ Lord NOLAN (Normas de conduta para a vida pública [1995], 1997, p. 10). Importante observar que Diana WOODHOUSE (In Pursuit of Good Administration, 1997) apenas comentou o andamento de algumas ações da Comissão NOLAN e algumas declarações de NOLAN, mas não referiu-se ao Relatório NOLAN, o que somente pode ser atribuído ao fato de o fechamento do livro (data anterior à remessa ao editor para publicação do livro) ter sido anterior à publicação do referido relatório, embora entre relatório e publicação do livro tenha decorrido quase 2 anos.

¹³⁰⁷ Convém recordar outros diplomas normativos relacionados com a boa administração que surgiram antes da Carta de Direitos Fundamentais: Convenção Americana contra a corrupção (1996), Conjunto de princípios éticos adotados pelo Conselho da OCDE (1998).

Na Espanha, o direito à boa administração se configura no momento como “*concepto síntesis que agruparía toda una serie de derechos reconocidos de manera dispersa*”.¹³⁰⁸ Estão imbricados em dois níveis, objetivando aumentar a qualidade do serviço público, diminuir os casos de má administração, incluindo a corrupção, e legitimar as ações públicas por meio de geração de confiança no cidadão.¹³⁰⁹ No âmbito constitucional, os preceitos mais significativos são os artigos 103 e 105 da Constituição Espanhola que, combinado com outros dispositivos constitucionais, como os artigos 9, 14 ou 23, impõem à administração pública o respeito à legalidade e à igualdade, a promoção da liberdade, da segurança jurídica e da eficiência, o dever de informar o cidadão e de assegurar a sua participação e o dever de observância do mérito para acesso a cargos públicos. No âmbito da legislação ordinária, a referência fundamental é a Lei do Regime Jurídico das Administrações Públicas e do Procedimento Administrativo Comum, de onde se extraem direitos genéricos (direito de ser informado, direito de ser tratado com respeito, direito de identificar a autoridade, direito de exigir responsabilidade) e direitos relativos a procedimentos (contraditório, ampla defesa, motivação).¹³¹⁰ Devem ser consideradas também as normas éticas constantes do Código de Bom Governo dos Membros do Governo e Altos Cargos da Administração Geral do Estado, do Código de Ética Profissional dos Secretários, Interventores e Tesoureiros da Administração Local e os anexos sobre princípios éticos da Lei 7/2007 (Estatuto Básico do Empregado Público): defesa dos valores democráticos, legalidade, interesse público, neutralidade e imparcialidade, transparência, eficácia e eficiência, igualdade, não discriminação.

7.3.3 Princípios éticos na função pública e normas de boa conduta

Evidentemente que o cumprimento das normas éticas dos códigos de conduta dos servidores públicos é um requisito fundamental da boa administração.¹³¹¹ As controvérsias que surgem sobre tais normas giram em torno do seu conteúdo e grau de juridicidade. O problema da ética na função pública está inserido num contexto maior

¹³⁰⁸ Pedro MORENO (Ciudadanos y administración. El derecho al buen gobierno., 2007, p. 231).

¹³⁰⁹ Pedro MORENO (Ciudadanos y administración. El derecho al buen gobierno., 2007, p. 232).

¹³¹⁰ Pedro MORENO (Ciudadanos y administración. El derecho al buen gobierno., 2007, p. 233).

¹³¹¹ Segundo David HINE (Codes of conduct for public officials in Europe, 2005, p. 154), os códigos de conduta são “pequenos, mas vistosamente importante parte da infraestrutura ética”, sendo “difícil conceber a vida pública liberal-democrática operando sem alguns entendimentos esclarecedores não só de normas processuais pelos quais escolhas são agregadas, políticas implementadas e regras aplicadas, mas de valores éticos que guiam o comportamento individual”.

da relação entre direito e moral, incluindo, como ressalta González Pérez,¹³¹² a vida pessoal, social e política, que vem de longe, atravessa a modernidade, apresentando-se com mais vigor desde o final da Segunda Guerra Mundial, acentuando-se após a fragilização do Estado de Bem Estar Social nos anos 1980, chegando, como aponta Antonio Baggio, mais recentemente com a crise financeira internacional de 2008 ao “ponto de ruptura”.¹³¹³ A crise tem o mérito de demonstrar que a realidade é complexa e não pode ser entendida pelas “razões adquiridas, dominantes, academicamente codificadas”, cabendo uma “compreensão mais profunda do ser humano, menos abstrato, mais capaz de definir a pessoa, suas necessidades, seus recursos”.¹³¹⁴ A crise envolve também a capacidade do homem em formular regras de convívio social e criar as condições para que possamos desenvolver uma boa vida, abalando os “princípios de comportamento” e “pressupostos do pensamento”.¹³¹⁵ Antonio Baggio salienta que, enquanto há 25 anos, quando se debatia a sociedade da incerteza, compreendia-se que a incerteza na vida das pessoas era exógena, atualmente, as recentes crises, especialmente a financeira de 2008, demonstram que a incerteza é endógena, devido às “regras que estabelecemos e que permitem, ou produzem uma imprevisibilidade que gera ansiedade”.¹³¹⁶

Apregoa-se a necessidade de um retorno à “ética séria”, assim entendida “não como uma ética meramente de procedimentos”, onde prevalece o relativismo moral, mas que apresente “um núcleo de critérios morais que representem os valores básicos para uma convivência realmente humana”, sem o qual o mundo sucumbirá.¹³¹⁷ Isso exige tanto a “inversão do discurso moral tipicamente moderno” quanto a “inversão dos parâmetros atuais do discurso político”.¹³¹⁸ Para se obter esta virada, torna-se essencial substituir o princípio da felicidade pelo princípio da responsabilidade, ou melhor, “o princípio do prazer pelo da responsabilidade, pois, no fundo, só esta última nos permitirá alcançar a verdadeira felicidade”.¹³¹⁹ A dignidade do ser humano se afirma pela assunção dos deveres como pessoa e como cidadão e pela autoexigência de seu cumprimento permanente, sendo os direitos “canais institucionais” para a realização dos

¹³¹² Jesús GONZÁLEZ PÉREZ (La ética en la administración pública, 1996, p. 23).

¹³¹³ Antonio Maria BAGGIO (Il ritorno dell'etica: una lettura ragionata della Crisi, 2009, p. 11). O autor retorna às discussões sobre a sociedade da incerteza.

¹³¹⁴ Antonio Maria BAGGIO (Il ritorno dell'etica: una lettura ragionata della Crisi, 2009, p. 25).

¹³¹⁵ Antonio Maria BAGGIO (Il ritorno dell'etica: una lettura ragionata della Crisi, 2009, p. 11).

¹³¹⁶ Antonio Maria BAGGIO (Il ritorno dell'etica: una lettura ragionata della Crisi, 2009, p. 13).

¹³¹⁷ ROBLES (Os direitos fundamentais e a ética na sociedade atual [1995], 2005, p. 122).

¹³¹⁸ ROBLES (Os direitos fundamentais e a ética na sociedade atual [1995], 2005, p. 122).

¹³¹⁹ ROBLES (Os direitos fundamentais e a ética na sociedade atual [1995], 2005, p. 122).

deveres, onde reside “fundamento absoluto dos direitos humanos”.¹³²⁰

Uma maior concretude da ética na vida pública, ou melhor, uma elaboração de uma “ética política da função pública”, também se apresenta indispensável na vida política contemporânea.¹³²¹ Atualmente, tanto os cidadãos criticam os políticos com base em princípios morais, quanto os políticos se defendem apelando a outros princípios morais. Tudo amplificado pela circunstância de que “*la política contemporánea está mediatizada*”.¹³²² Na esteira de Thompson, os conflitos éticos com que lidam os agentes públicos surgem de duas características da função pública (natureza representativa e natureza institucional). Pela natureza representativa, os servidores atuam em nome dos cidadãos e para eles, assumindo direitos e obrigações que os cidadãos comuns não têm na mesma extensão, o que gera conflito entre alguns princípios antagônicos de ação, como por exemplo, entre imunidade e igualdade. O caráter institucional, em face da estrutura orgânica e funcional do exercício do poder, gera tendência de afastar a responsabilidade pessoal e, por vezes, atribuindo a coletividade de diversas índoles.¹³²³ Daí que a ética política requer algumas alterações tanto na maneira usual de se atribuir responsabilidade aos agentes quanto na interpretação dos princípios a serem aplicados.¹³²⁴

Pode-se catalogar três correntes teóricas acerca da relação entre ética e política, ou melhor, em que medida a ética deve estar presente na política.¹³²⁵ A primeira é a base do totalitarismo e apregoa que nem o direito nem a ética devem limitar a política. A segunda é a essência do positivismo, e defende que direito é a exclusiva limitação do político. A terceira, que se pode denominar de dimensão ética na política e que foi reforçada pela doutrina social da igreja, defende que a ética e o direito, sobretudo a ética, limitam o poder. Esta última corrente comporta duas divisões: ética republicana e ética constitucional.¹³²⁶

A ética republicana resultaria da adoção da forma republicana de governo, aliada, muitas vezes, pela consideração dessa forma de governo como limite material da revisão constitucional, pelos quais se extrai o princípio republicano, vinculando, assim,

¹³²⁰ ROBLES (Os direitos fundamentais e a ética na sociedade atual [1995], 2005, p. 123).

¹³²¹ Dennis THOMPSON (La ética política y el ejercicio de cargos públicos, 1999, pp. 12-13).

¹³²² Dennis THOMPSON (La ética política y el ejercicio de cargos públicos, 1999, pp. 12-13).

¹³²³ Dennis THOMPSON (La ética política y el ejercicio de cargos públicos, 1999, p. 15).

¹³²⁴ Dennis THOMPSON (La ética política y el ejercicio de cargos públicos, 1999, p. 16).

¹³²⁵ É o que se extrai de Paulo OTERO (Ética constitucional, 2011) e Paulo OTERO (Direito Constitucional Português. Vol. II, 2014, pp. 185-203).

¹³²⁶ Paulo OTERO (Ética constitucional, 2011, p. 587).

a conduta dos titulares de cargos públicos, especialmente os de natureza política, pelas ideias de devoção ao serviço público (e não a si mesmo), da valorização da competência e mérito pessoal no exercício das funções públicas e da transparência no acesso e no exercício do poder.¹³²⁷

Paulo Otero, contudo, considera que ética republicana é um “mito”, pois não há relação direta entre normas de cunho ético e a forma republicana de governo, como se constata pela existência de governos monárquicos com componente ético (Reino Unido) e, por outro lado, pela existência de governos republicanos cujos governantes não têm o devido respeito para com um padrão razoável de ética pública.¹³²⁸ Advoga assim uma ética constitucional. Não há a rigor Estado Constitucional “sem ética dos governantes”, pois, estes são meros representantes do povo e estão limitados por princípios de legitimidade e de responsabilidade, que redundam numa dimensão ética do exercício do poder.¹³²⁹ O poder político não está limitado apenas pelas fontes jurídicas, mas também por princípios éticos, normas de trato social e regras técnico-científicas.¹³³⁰ A ética constitucional está alicerçada nos princípios da justiça e da boa fé, os quais, nas suas dimensões éticas, são limites materiais do poder político.

Não obstante o reconhecimento da vinculação do poder político a normas de conteúdo ético, elas, por si só, possuem “normatividade extrajurídica” e carecem de “mecanismos judiciais sancionatórios”. A vinculação se dá de duas maneiras: a) ao exercerem “influência directa na formação e no conteúdo de certas normas constitucionais”, como os princípios da boa fé, da justiça e da imparcialidade; b) ao exercerem influência “ao nível das pré-compreensões interpretativas e decisórias de normas constitucionais”.¹³³¹ Obviamente, vale ressaltar que pode a norma jurídica incorporar norma de conteúdo ético, de modo que a violação de uma será naturalmente a violação da outra, sendo os mecanismos jurídicos acionados pela violação, não da norma ética, mas da norma jurídica que a assimilou.

É inconsteste que o significado de ética pública é difuso, e varia bastante de país para país, mas tem prevalecido, na doutrina e nos organismos internacionais, como aponta Vandelli,¹³³² uma “interpretação extensiva”, que também varia muito, mas que,

¹³²⁷ Paulo OTERO (Ética constitucional, 2011, p. 587).

¹³²⁸ Paulo OTERO (Direito Constitucional Português. Vol. II, 2014, p. 197).

¹³²⁹ Paulo OTERO (Ética constitucional, 2011, p. 588).

¹³³⁰ Paulo OTERO (Direito Constitucional Português. Vol. II, 2014, p. 187).

¹³³¹ Paulo OTERO (Ética constitucional, 2011, p. 585).

¹³³² Luciano VANDELLI (Etica pubblica e buona amministrazione, 2009, p. 14).

na compreensão da OCDE sobre ética pública, é sintetizada nos princípios da imparcialidade, legalidade, integridade (probidade), eficiência e responsabilidade. Como visto nos diplomas normativos acima, pode-se ainda adicionar a este rol o princípio da igualdade, o princípio da imparcialidade e o princípio da transparência.

7.3.4 Boa governança

As mudanças da administração pública para enfrentar as crises econômicas, financeiras, políticas e sociais do final do século XX e início do século XXI encaixam-se dentro de uma transformação mais ampla da organização política dos Estados, amplamente conhecida como reforma do Estado, tudo para serem considerados contextos novos de pluralidade da sociedade, complexidade dos fatos sociais, limitação da técnica e da ciência, dispersão do poder político e fragmentação da responsabilidade. Não era apenas a implementação da decisão política (a cargo do executivo) que estava a mudar, mas também a própria tomada de decisão política, que carrega consigo uma mudança de toda a configuração institucional estatal. Daí porque a governança que emerge deste movimento é, como aponta Canotilho, “uma dimensão básica não apenas de Estado administrativo, mas de um verdadeira Estado constitucional”.¹³³³ Ou, mediante raciocínio inverso, como sustenta Pedro Gonçalves, a análise da Administração Pública, conforme esta “*new public governance*”, não pretende substituir os repectivos modelos de funcionamento da administração, mas “compreender as vias que podem conduzir a uma boa governação”.¹³³⁴

Destas primeiras considerações decorre uma constatação inicial: enquanto administração e gestão estão restritos à implementação da decisão política, governação é bem mais amplo, diz respeito à própria definição da política pública fundamental, envolve todo o aparatado estatal, não apenas o poder executivo e a administração pública.

Mas esta constatação é apenas um ponto de partida para compreensão do conceito de governança. Percepe-se a utilização de várias acepções de governança ao longo das três últimas décadas: como Estado mínimo, como governança corporativa/nova gestão pública (NPM), como sistema sócio-cibernético, como redes interorganizacionais autônomas, como boa governança.

¹³³³ Gomes CANOTILHO (“Branco” e interconstitucionalidade, 2008, p. 326).

¹³³⁴ Pedro GONÇALVES (Ensaio sobre a boa governação..., 2013, p. 155).

7.3.4.1 Acepções de governança: Estado mínimo, NPM e interação de redes organizacionais

Rhodes explicita com propriedade tais acepções de governança.¹³³⁵ Como Estado mínimo, governança refere-se ao afastamento do Estado de áreas não estratégicas, que são deixadas para atuação de atores não estatais. Como governança corporativa/nova gestão pública, tem a ver com a aplicação dos conceitos e técnicas do setor privado ao setor público, especialmente abertura ao cliente/cidadão, transparência da atividade/serviço, integridade nas negociações/procedimentos, responsabilidade pelas ações e resultados. Como sistema sócio-cibernético, prende-se ao resultado da interação de vários órgãos sócio-políticos, onde cada um tem área de atuação própria, mas que compartilham objetivos, borrando a fronteira entre o setor público e privado, perdendo o governo, com isso, centralidade para outros atores (governos locais, órgãos internacionais, organizações não governamentais). Como boa governança, é entendida, nos quadros do consenso de Washington, quando o exercício do poder político para gerir os negócios da nação se caracteriza pela eficiência, respeito às leis e aos direitos humanos, responsabilidade, imprensa livre, pluralismo; em palavras diretas de Rhodes, “boa governança casa a nova gestão pública (NPM) com a defesa dos princípios democráticos liberais”.¹³³⁶ Por fim, Rhodes oferta um conceito próprio (governança como interação em rede de organizações autônomas), que aperfeiçoa a governança como sistema sócio-cibernético, adicionando a característica de auto-organização de cada rede, incluindo significativa autonomia frente ao Estado.¹³³⁷ Nesta acepção, as redes autônomas desenvolvem sua própria política, seguem regras previamente definidas (*rule of the game*), são integradas entre si (comunicam-se), sendo controlados pelo Estado apenas indiretamente.¹³³⁸

Obviamente estas concepções não se sucederam de forma linear. Cronologicamente falando, pode-se agrupar tais concepções em dois momentos. Num primeiro momento, a governança exige novas definições do papel do Estado na sociedade e, na área reservada ao Estado, preconiza a extensão dos métodos de gerenciamento privado não apenas à administração pública, mas também a todas as esferas de poder. Compreende a governança como Estado mínimo e como NPM. Neste

¹³³⁵ R.A.W. RHODES (Understanding governance, 1997, pp. 47-51).

¹³³⁶ R.A.W. RHODES (Understanding governance, 1997, p. 50).

¹³³⁷ R.A.W. RHODES (Understanding governance, 1997, pp. 51-53).

¹³³⁸ R.A.W. RHODES (Understanding governance, 1997, p. 53).

ponto, quanto à pluralidade da sociedade, contenta-se ainda com os mecanismos estatais de identificação e captura desta pluralidade, incorporando-a na tomada de decisão política fundamental, como, por exemplo, o sistema proporcional, competição entre governo e oposição, “co-participação os órgãos estatais externos àqueles, especialmente, mas não exclusivamente, a participação do parlamento no governo”,¹³³⁹ estes já tradicionais, bem como mecanismos mais recentes voltados à abertura ao cidadão, participação nos procedimentos por negociação. A centralidade da governação ainda reside no Estado. Pode-se, com Canotilho,¹³⁴⁰ trazer à baila novos princípios informadores desta governação: a) princípio da transparência das ações públicas; b) princípio da coerência entre as diferentes políticas e ações; c) princípio da abertura, para obtenção de soluções múltiplas de governo, por meio de procedimento de negociação e participação; d) “o princípio da *eficácia* em que se coloca a questão central de um Estado promover políticas que dêem resposta às necessidades sociais com base em objetivos claros, com avaliação do seu impacto futuro e tornando em consideração a experiência anterior”; e) princípio da democracia participativa.

Em segundo momento, até como resultado da influência deste processo inicial sobre como se compreende a organização política de uma sociedade, a governação passou a ser entendida como uma nova forma de governar,¹³⁴¹ ou melhor, uma nova forma de a sociedade ser governada,¹³⁴² incluindo conceitos e princípios que vão muito além daqueles almejados num primeiro momento, que se ligavam mais à eficiência do serviço público. Aqui, já não há equivalência entre governança pública e gestão pública.¹³⁴³ E a pluralidade, antes deslocada da sociedade civil para dentro do Estado pelos mecanismos estatais, agora é operacionalizada na própria sociedade civil, a qual passa a interagir reciprocamente com os órgãos estatais. Aqui se encaixam as concepções de governação como sistema sócio-cibernético e governação como interação em rede de organizações autônomas. O Estado perde centralidade na resolução

¹³³⁹ Richard BÄUMLIN (Die Kontrolle des Parlamentes über Regierung ..., 1966, pp. 238-239).

¹³⁴⁰ Gomes CANOTILHO ("Brançosos" e interconstitucionalidade, 2008, p. 331). Discorda-se apenas da denominação do princípio da eficácia, uma vez que atender às necessidades dos cidadãos vai além de eficiência (avaliação do custo benefício do alcance das metas) e de eficácia (realização dos objetivos), ingressando na efetividade do serviço público, que corresponde, num âmbito mais amplo da política, em *responsiveness*.

¹³⁴¹ Douglas LEWIS (The Citizens Charter and Next Steps: a new way of governing?, 1993, p. 316). No caso, o autor chega a esta conclusão a partir da análise de dois instrumentos de governação: carta do cidadão e as agências *Next Steps*.

¹³⁴² R.A.W. RHODES (Understanding governance, 1997, p. 57).

¹³⁴³ BOVAIRD e LÖFFLER (Understanding Public Management and Governance, 2009, pp. 8-10).

dos problemas da sociedade, como já destacou Klement,¹³⁴⁴ e, assim, passa a atuar com a finalidade de “ativar estas redes e buscar novas formas de cooperação”.¹³⁴⁵ Perde centralidade porque não consegue responder às crises de controle social e atender de maneira satisfatória às necessidades básicas das pessoas, e, como tentativa para superar esta situação, ocorre um processo de diferenciação na sociedade, que a torna cada vez mais complexa, gerando, nos subsistemas, conhecimentos altamente especializados, de difícil apreensão e incorporação à estrutura estatal, de maneira que resta ao Estado a missão de coordenar estes subsistemas.¹³⁴⁶ A governança, dessa forma, borra a distinção entre Estado e sociedade civil.¹³⁴⁷ A perda da centralidade não se dá apenas pelo surgimento dos atores não estatais (atores sociais), com relativa autonomia frente ao Estado, mas também pelo incremento do protagonismo de atores estatais internos (municipalidades, por exemplo) e atores supraestatais. A supremacia de órgãos supranacionais, como União Européia, Nações Unidas, Organismos Internacionais de que fazem parte os Estados, provocam assimétrica interação entre eles e o Estado nacional, que claramente implica uma limitação da soberania do Estado, uma das razões pelas quais Dolzer¹³⁴⁸ defende a governança como um novo enquadramento transnacional da estatalidade. Internamente, a autonomia crescente de órgãos estatais, embora aumente a complexidade das relações do governo central e diminua a capacidade de direção nacional, não resulta em perda de soberania, pois dele dependentes. Neste contexto de nova governança pública, “a separação entre política e administração surge como um princípio fundamental”.¹³⁴⁹

7.3.4.2 Boa governança e sua juridicidade

A concepção de governança como *good governance* surgiu com a formulação de políticas e medidas sócio-econômicas pelas instituições financeiras internacionais, Fundo Monetário Internacional e Banco Mundial, em evento ocorrido em 1989, que resultaram no que foi denominado por Consenso de Washington.¹³⁵⁰ Trata-se de um denominador comum das orientações de todas as instituições envolvidas, pelo que

¹³⁴⁴ Jan KLEMENT (Verantwortung, 2006, pp. 17-19).

¹³⁴⁵ Richard BÄUMLIN (Die Kontrolle des Parlamentes über Regierung ..., 1966, pp. 238-239).

¹³⁴⁶ Richard BÄUMLIN (Die Kontrolle des Parlamentes über Regierung ..., 1966, pp. 238-239).

¹³⁴⁷ R.A.W. RHODES (Understanding governance, 1997, p. 57).

¹³⁴⁸ Rudolf DOLZER (Good governance: neues transnationales ..., 2004, pp. 535-546).

¹³⁴⁹ Pedro GONÇALVES (Ensaio sobre a boa governação..., 2013, p. 151).

¹³⁵⁰ Apontando esta origem, Gomes CANOTILHO ("Brançosos" e interconstitucionalidade, 2008, p. 328). O termo consenso de Washington foi cunhado em 1990 por John Williamson, ex-conselheiro do Fundo Monetário Internacional e ex-economista do Banco Mundial.

foram consolidadas regras básicas (disciplina fiscal, redução dos gastos públicos, reforma tributária, juros de mercado, câmbio de mercado, abertura comercial, eliminação de restrições para investimento estrangeiro direto, diminuição do Estado por meio de privatização das estatais, desregulamentação econômica e trabalhista, direito à propriedade intelectual) a serem exigidas a países em desenvolvimento que estavam passando naquela ocasião por dificuldades financeiras, como a maioria dos países da América Latina, e, depois passaram a ser aplicadas a todos que posteriormente necessitaram de ajuda financeira destas instituições.

Governança, na visão de Daniel Kauffman,¹³⁵¹ ex-diretor do Banco Mundial, é o “exercício de autoridade” por meio de “tradições e instituições formais e informais” que regulam a “seleção, monitorização e substituição de governos”, implementem políticas públicas “idôneas” e promovem o respeito dos cidadãos e do Estado para com estas instituições. E o conceito de governança evoluiu para “boa governança” na medida em que a sociedade vai se transformando em um “sistema político sofisticado” e os “conceitos de direitos humanos, democratização e democracia, Estado de direito, sociedade civil, partilha descentralizada de poder e administração pública sólida” vão se concretizando na estrutura governamental.¹³⁵² É notório que, com base em critérios predefinidos, é possível avaliar os resultados, graduando assim o mérito da governança em boa ou má. Não se faz necessário entrar nesta questão dos critérios, mas é oportuno elencar as dimensões necessárias para uma boa governação.

Para a Comissão Econômica e Social para a Ásia e o Pacífico (Nações Unidas), a boa governação será tão mais intensa quanto maior for a concretização dos princípios da participação, da transparência, do respeito pelo Estado de Direito, da orientação para os consensos, da igualdade e inclusividade, da *accountability*, da eficácia, da eficiência e da *responsiveness*.¹³⁵³

No Acordo de Parceria de Cotonou, assinado em 2000, entre a então Comunidade Europeia, hoje União Europeia, e determinados Estados de África, das Caraíbas e do Pacífico, “a boa governação consiste na gestão transparente e responsável dos recursos humanos, naturais, económicos e financeiros, tendo em vista um desenvolvimento sustentável e equitativo”, implicando ainda “processos de decisão claros a nível das autoridades públicas, instituições transparentes e responsabilizáveis, o primado do

¹³⁵¹ Daniel KAUFFMAN (Rethinking Governance, 2003, p. 5 e ss.).

¹³⁵² UNIÃO EUROPEIA (Governança e Desenvolvimento, 2003, p. 4).

¹³⁵³ UNITED NATIONS (What is Good Governance?, 2009).

direito na gestão e na distribuição dos recursos e o reforço das capacidades no que respeita à elaboração e aplicação de medidas especificamente destinadas a prevenir e a combater a corrupção”. O conceito de boa governação constou, posteriormente, em documento elaborado pela União Europeia (Governança europeia: um livro branco), para ser aplicado em todos os níveis de governo (global, europeu, nacional, regional e local), sendo densificado por cinco princípios: abertura (ser transparente, linguagem acessível a todos), participação (da concepção à execução da política pública), responsabilização (definição clara de atribuição de cada instituição, dever de explicar cada ação e assumir responsabilidade pelas ações), eficácia (atingir de maneira oportuna e adequada os objetivos, definidos previamente de modo proporcional) e coerência (uma abordagem, comum, adequada e sistêmica, num ambiente de complexidade institucional, a partir de uma liderança política e forte responsabilidade das entidades).

Embora tenha sido gestado no âmbito de instituições financeiras internacionais, o conceito de boa governação se despreendeu do primado econômico, normalmente associado à ideologia neoliberal, passando a incorporar dimensões que valorizam o princípio democrático, a pluralidade da sociedade e a dignidade da pessoa humana. Após as crises financeiras do final do século XX (em especial a crise asiática e a quebra da Argentina), as próprias instituições que geraram o Consenso de Washington fizeram alguns ajustes nas recomendações iniciais, reconhecendo que para se atingir desenvolvimento sustentável são necessários instrumentos mais amplos que os anteriormente prescritos, tais como, a regulação financeira, a política de concorrência, os investimentos em capital humano e as políticas para facilitar a transferência de tecnologia.¹³⁵⁴

A governança é, então, “erguida a ponte conceitual inter e transdisciplinar de quase todos os esquemas referenciais do direito, da economia e das finanças”.¹³⁵⁵ Esta governação, então, diz respeito também à “essência do Estado”, também porque “o desenvolvimento sustentável, centrado na pessoa humana, envolve como elementos essenciais o respeito dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, incluindo o respeito pelos direitos sociais fundamentais, a democracia assente no Estado de Direito, o sistema de governo transparente e responsável”.¹³⁵⁶

Boa governança, numa compreensão normativa, quer dizer basicamente “a

¹³⁵⁴ Joseph STIGLITZ (More Instruments and Broader Goals, 1998).

¹³⁵⁵ Gomes CANOTILHO (Tribunal de Contas como Instância Dinamizadora ..., 2008, p. 29).

¹³⁵⁶ Gomes CANOTILHO ("Brançosos" e interconstitucionalidade, 2008, p. 328).

condução responsável dos assuntos do Estado”.¹³⁵⁷ É dizer: só é boa a governança “se for uma governação dotada de ‘responsabilidade’”, devendo as decisões das autoridades públicas atender aos “princípios de justiça, imparcialidade, boa fé, igualdade e proporcionalidade”.¹³⁵⁸ A boa governação impõe a “exigência da responsabilidade” (*accountability*), ou seja, “o dever de prestar contas por parte de agentes públicos não apenas perante os seus pares mas também perante os cidadãos e a sociedade civil”.¹³⁵⁹

A boa governança vai além da eficiência e eficácia das políticas públicas, apelando ao real atendimento das necessidades da população, é dizer, a *responsiveness*. A interligação entre *responsiveness* e boa governação é patente. Canotilho inclusive compreende a *responsiveness* como “dever de os representantes políticos promoverem a governação em sintonia...com as aspirações dos concidadãos”.¹³⁶⁰

7.4 *Responsiveness*

As transformações da administração pública e a reforma do Estado tiveram continuidade no início de século XXI, com o intuito de se conseguir maior concretude aos valores éticos e democráticos, bem como aos anseios, preferências, aspirações¹³⁶¹ e necessidades¹³⁶² dos cidadãos, e, assim, alcançar uma sociedade cada vez mais justa. Esta questão remete à problemática da representação, como o mandato é exercido pelos mandatários, especialmente a verificação da capacidade de resposta do mandatário a estas preferências dos cidadãos, que é denominada de *responsiveness*. Alguns autores conceitualizam-na como uma categoria ampla de *accountability*, em contraposição a uma categoria restrita de *accountability*, que corresponde a *responsibility* e a *answerability*.¹³⁶³ Outros autonomizam-na em relação a *accountability*, embora mantendo os dois como subprincípios da *good governance*.¹³⁶⁴

Como o povo é o titular do poder político, resta evidente que o governante deve

¹³⁵⁷ Gomes CANOTILHO (“Brançosos” e interconstitucionalidade, 2008, p. 327).

¹³⁵⁸ Gomes CANOTILHO (Julgar e decidir, 2007, p. 17).

¹³⁵⁹ Gomes CANOTILHO (Julgar e decidir, 2007, p. 17).

¹³⁶⁰ Gomes CANOTILHO (Entre os humores de Hipócrates e a *governance* da saúde, 2010, p. 257).

¹³⁶¹ Gomes CANOTILHO (Tribunal de Contas como Instância Dinamizadora ..., 2008, p. 334).

¹³⁶² Paulo COSTA (O Tribunal de Contas e a boa governança, 2012, p. 294).

¹³⁶³ Kevin KEARNS (Managing for Accountability, 1996, p. 38). Bernard ROSEN (Holding Government Bureaucracies Accountable, 1982, p. 7).

¹³⁶⁴ Gomes CANOTILHO (Tribunal de Contas como Instância Dinamizadora ..., 2008, p. 334). Para o autor, *accountability* corresponde ao “dever de cuidado dos poderes públicos e o dever de prestar contas” ao passo que *responsiveness*, “sintonia profunda da actuação dos poderes públicos com as aspirações dos cidadãos”.

procurar realizar as necessidades do povo. Quanto a isso não há discordância na doutrina. A dúvida está na maneira de se realizar tais necessidades durante o exercício do mandato, seja cumprindo todo mandato considerando apenas as preferências do eleitor manifestadas nas eleições, seja considerando as preferências do cidadão durante todo o mandato (e como aferi-las) ou, ainda, por meio de uma situação intermediária.

No absolutismo, Hobbes defendia que o governante/representante poderia fazer o que lhe agrada, independentemente da vontade ou interesse do povo. Na modernidade, prevaleceu inicialmente a teoria do mandato imperativo, segundo a qual caberia ao mandatário seguir as instruções específicas enviadas pelos cidadãos. Mesmo após a prevalência da concepção de Burke sobre representação livre (ou proibição de mandato imperativo), após Revolução Francesa, concepção que passou a ser adotada pela maioria das Constituições modernas, a discussão sobre a obrigação de o mandatário seguir ou não as condições estipuladas no “mandato” outorgado pelo eleitorado permaneceu no centro da discussão teórica e prática da política e já dura mais dois séculos, sendo que, a partir da metade do século XX, percebe-se inflexão, passando a ser majoritária a flexibilização da concepção do mandato livre.

7.4.1 Miller e Stokes

Miller e Stokes, considerados pela maioria dos estudiosos como precursores da *responsiveness*, realizaram, em 1963, uma pesquisa empírica para determinar se os parlamentares norte-americanos, quando votam as políticas públicas, seguem ou não as preferências do eleitorado.¹³⁶⁵ Partiram de três modelos de representação: a) modelo burkeniano (mandato livre, ou independência do mandatário); b) delegado instruído (mandato imperativo ou dependência do mandatário, ou controle do eleitorado); 3) governo por partido nacional responsável. Os dois primeiros modelos são autoexplicativos. Cabe esclarecer apenas a concepção do mandato de partido responsável. A concepção de representação neste terceiro modelo compartilha a ideia de controle do eleitorado com o modelo de delegado-instruído, por meio de um ente intermediário, que é o partido nacional político, o qual apresenta ao eleitor uma liderança e programa nacionais, comprometendo-se respeitar o primeiro e cumprir o segundo, cabendo ao eleitorado local apenas escolher entre um programa e outro.¹³⁶⁶

¹³⁶⁵ Warren MILLER e Donald STOKES (Constituency Influence in Congress, 1963, p. 56).

¹³⁶⁶ Warren MILLER e Donald STOKES (Constituency Influence in Congress, 1963, p. 45).

Eles comprovam o funcionamento de cada um destes modelos numa área diferente de política no sistema norte-americano. O modelo de Burke aplica-se em matéria de relações exteriores (política externa), o modelo de mandato imperativo é dominante quando se trata de direitos civis, e o modelo de partido responsável, por sua vez, é operante quando o assunto é o bem-estar econômico e social. Eles utilizam o termo representação para conceituar a relação entre preferências do eleitorado e as políticas adotadas pelo mandatário, mais especificamente uma relação de influência do eleitorado sobre o eleito, ou melhor, se os eleitos respondem (*response*) aos eleitores de sua circunscrição, que é o sentido atual de *responsiveness*, embora não utilize este último termo expressamente.¹³⁶⁷ A propósito, antes de Miller e Stokes, Dahl¹³⁶⁸ em 1956 já utilizava *responsive* para adjetivar os líderes governamentais que levavam em conta as preferências do eleitor nas escolhas das políticas públicas, ou seja, líderes que podem ser controlados pelos não líderes.

7.4.2 Hanna Pitkin

Na sequência do trabalho de Miller e Stokes, que tem uma perspectiva positiva (é dizer, constatação da realidade, sem pretensões de normatividade), Hanna Pitkin dá um importante passo ao apresentar uma conceituação substantiva de representação, numa perspectiva normativa. Constata inicialmente que, nos primórdios, tanto o conceito quanto a prática da representação não estavam ligados à eleição ou à democracia: a) na Grécia, mesmo sem utilizar a palavra representação, funcionários eleitos e não eleitos (embaixadores enviados a outras nações) atuavam em prol de todos da nação, consubstanciando um fenômeno de autêntica representação, mas sem vinculação necessária com eleição; b) os romanos, embora *repraesentare* tivesse a mesma origem linguística de representação, utilizavam-na numa acepção bem restrita, significando trazer à presença uma coisa ou objeto (mas não pessoa) que está ausente; c) na América Latina, nos séculos XIII e XIV, pessoas enviadas para participar de conselhos da Igreja com vistas a atuarem em nome de outras pessoas ou em nome das instituições passaram

¹³⁶⁷ Embora não utilize o termo substantivo (*responsiveness*) nem o termo adjetivo (*responsive*), em quatro passagens MILLER e STOKES (*Constituency Influence in Congress*, 1963, pp. 46, 47, 54 e 54) utilizam o termo *response*, sendo a primeira delas exatamente no sentido de representação em conformidade com preferências do eleitor.

¹³⁶⁸ Robert DAHL (*A preface to democratic theory*, 1956, p. 131). Em obra posterior, Robert DAHL (*Polyarchy*, 1971, p. 2) substantivou o termo *responsive*, utilizando *responsiveness* como “uma característica chave da democracia”.

gradualmente a serem consideradas representantes.¹³⁶⁹ Somente a partir do século XVII, inicialmente na Inglaterra, foi-se reconhecendo gradativamente o direito de todo cidadão de ser representado por uma pessoa eleita por ele mesmo, o que consagrou o lema “*taxation without representation is tyranny*”, tradição que foi encampada na Revolução Americana, passando, desde então, a representação a significar representação popular, ligada à ideia de autogoverno.¹³⁷⁰ No século XX, também nas palavras de Hanna Pitkin, assiste-se a uma tendência teórica de depreciação da representação nas democracias, chegando-se a classificá-la como mito ou ilusão, por levar em consideração que os governos utilizam de propaganda para manipular os eleitores.¹³⁷¹

Nesse contexto, Hanna Pitkin¹³⁷² visualiza três maneiras de compreender a representação: a) viés formal da representação, cujo critério definidor é externo à atividade de representar, podendo ter uma perspectiva autorizativa (quando alguém é autorizado, antes mesmo de iniciar a representação, a assim agir) ou perspectiva de *accountability* (quando o representante tem que prestar contas *a posteriori* do que fez); b) representação como suprimento (“*standing for*”), em duas frentes: representação descritiva e representação simbólica; c) representação com foco na atividade ou atuar por (“*acting for*”).

Na visão formal da representação, as eleições são o momento adequado para os eleitores autorizarem (na perspectiva autorizativa) e tomarem contas (na perspectiva de *accountability*), sendo limitadas estas visões, segundo a autora, por não condicionar a atividade do representante aos desejos dos eleitores.

Na representação como suprimento na dimensão descritiva, cujos eminentes defensores foram John Adams e Mirabeau, pretende-se suprir algo ou alguém que está ausente, mediante critério qualquer de similitude ou correspondência de características.¹³⁷³ Preocupa-se mais com a composição do parlamento que com a atuação. Quanto mais a composição do parlamento for próxima em características da composição da sociedade, mais o parlamento representa a sociedade. Como sintetiza Benedita Urbano, “trata-se, em suma, de assegurar a reprodução à escala da realidade social”, e, dessa forma, “a noção de representação é identificada simplisticamente com a

¹³⁶⁹ Hanna PITKIN (The concept of representation, 1967, pp. 2-3).

¹³⁷⁰ Hanna PITKIN (The concept of representation, 1967, p. 3).

¹³⁷¹ Hanna PITKIN (The concept of representation, 1967, p. 4).

¹³⁷² Hanna PITKIN (The concept of representation, 1967, pp. 39-59).

¹³⁷³ Hanna PITKIN (The concept of representation, 1967, pp. 60-61).

ideia de representatividade”.¹³⁷⁴ A limitação desta perspectiva é a dificuldade na identificação das características que devem ser replicadas.

Na representação como suprimento na dimensão simbólica, o suprimento do representado ocorre mediante o uso de símbolos, onde uma coisa (por exemplo, bandeira, hino) ou pessoa (v.g. chefe de Estado) exerce a função (simbólica) de criar na pessoa do representado a crença de que o representante realmente lhe representa, mas, como se posiciona Hanna Pitkin, tal representação é “irracional”, não há “justificação racional”.¹³⁷⁵

Na representação como “*acting for*”, preocupa-se com o conteúdo ou essência da atividade da representação, que é exercida durante os períodos de eleição, e, com isso, a pessoa representada estará presente na ação do representado muito mais do que apenas pela semelhança das características do representante e nos acordos prévios (autorizativo) e posterior (responsabilidade).¹³⁷⁶

Defende que não deve prevalecer nem a concepção do mandato imperativo tampouco a concepção do mandato livre, pois as questões políticas estão a meio termo entre questões técnicas ou de conhecimento (que são melhor resolvidas pela opinião do representante, considerado perito nestas matérias) e questões de gosto ou escolha de valores (onde não é necessário conhecimento técnico, bastando fazer uma opção, que cabe exclusivamente ao eleitor), há que ser uma concepção intermediária, mas a dúvida é exatamente que posição intermediária é esta.¹³⁷⁷ Mesmo localizando-se entre estes dois extremos, Hanna Pitkin refuta a concepção de representação como *accountability*, por considerar que ela está alicerçada em arranjos formais, assim como estava a concepção de Hobbes (concepção autorizativa). Sustenta, assim, uma concepção autodenominada de “substantiva”, que elimine os arranjos simbólicos de uma prestação de contas formal, que se conecte com a substância da própria atividade do mandatário e que tenha por foco os anseios ou desejos (“*wishes*”) do cidadão.¹³⁷⁸ Trata-se da concepção de representação com foco na atuação ou “*acting for*”, que pode ser muito bem sintetizado como representação enquanto *responsiveness*, que significa, nas palavras de Hanna Pitkin, “*acting in the interest of the represented, in a manner*

¹³⁷⁴ Maria Benedita URBANO (Representação política e Parlamento, 2009, p. 158).

¹³⁷⁵ Hanna PITKIN (The concept of representation, 1967, pp. 90-117).

¹³⁷⁶ Hanna PITKIN (The concept of representation, 1967, pp. 118-162).

¹³⁷⁷ Hanna PITKIN (The concept of representation, 1967, pp. 11, 211, 212).

¹³⁷⁸ Hanna PITKIN (The concept of representation, 1967, pp. 12, 213).

responsive to them".¹³⁷⁹ Este atuar no interesse do eleitor e de maneira a atender seus desejos significa *responsiveness*. Hanna Pitkin não quer dizer com isso que o representante tem que sempre atender às preferências e desejos do eleitor, mas sim que o representante deve perseguir o interesse dos seus eleitores, de maneira "pelo menos potencialmente" a atender a seus desejos, evitando, sempre que possível, o conflito, e, quando houver, deve ser "justificável em termos desse interesse", é dizer, tem que dar uma "boa explicação do porquê os desejos não estão de acordo com os interesses".¹³⁸⁰ Em outras palavras, a obrigação do representante é para com o interesse do eleitor, para os quais os desejos são relevantes e devem ser considerados. Como se constata, esta concepção mandato-*responsiveness* vai além do mandato-*accountability*, é mais que simplesmente prestar contas, o mandatário deve evitar o conflito, ou seja, a regra é seguir a preferência do eleitor e, somente quando devidamente justificado, poderá ele contrariar o anseio do eleitor, buscando sempre o interesse do eleitor. A representação-*responsiveness* demanda a existência de arranjos institucionais tanto para captar os desejos dos representados quanto para dar uma resposta a eles, compreendendo, ao menos, eleições regulares e livres, corpo representativo colegial com caráter deliberativo, não apenas consultivo, e a não concentração do governo em um só governante, mesmo que sujeito à reeleição periódica.¹³⁸¹ Na teoria de Hanna Pitkin, as eleições, como fenômeno pontual e temporalmente definido, são o momento chave para apuração da responsabilidade, o representante é responsável enquanto sujeito à eleição, onde tem que prestar contas.¹³⁸² Anote-se ainda que, segundo Hanna Pitkin, não se faz necessário que os eleitores sempre expressem seus anseios (no que devem ser seguidos pelos representantes), mas que sejam capazes de expressar em todas as situações; e, por outro lado, não há necessidade de uma resposta constante do representante, mas estar potencialmente preparado para responder e que não seja apenas ocasionalmente.¹³⁸³

7.4.3 Dominico Fisichella

Fisichella endossa, basicamente, a concepção de Hanna Pitkin, acerca da condição potencial de resposta, adicionando outros fundamentos. Ele considera que a relação

¹³⁷⁹ Hanna PITKIN (The concept of representation, 1967, p. 212).

¹³⁸⁰ Hanna PITKIN (The concept of representation, 1967, pp. 209, 213).

¹³⁸¹ Hanna PITKIN (The concept of representation, 1967, pp. 232-235).

¹³⁸² Hanna PITKIN (The concept of representation, 1967, pp. 55-56).

¹³⁸³ Hanna PITKIN (The concept of representation, 1967, pp. 232-234).

entre representante e representado não segue um modelo “estímulo-sujeito-resposta”, do tipo pavloviano, em que o “comportamento do representante seria uma resposta aos estímulos que partem de eleitores”.¹³⁸⁴ Duas razões fundamentam esta crítica. Primeiro, porque este modelo pressupõe que a direção causal nasce no eleitor, quando, na realidade, dada a assimetria na relação (diferença de *status*: representante está em um nível superior), não é o eleitor que induz o representante, a este cabe a iniciativa, até prova em contrário; segundo, porque a representação, segundo ele, tem característica “sistêmica, processual e coletiva”, o que impede a causalidade na ordem que subjaz ao conceito: estímulo-sujeito-resposta.¹³⁸⁵

Sobre o primeiro fundamento, da mesma forma que Hanna Pitkin, Fisichella não defende um retorno à representação livre, ou, em suas palavras, ao “*voto come atto di abdicazione e spoliazione*”, entendendo responsividade tal como “denominada por Hanna Pitkin, não uma constante e efetiva ‘atividade de *response*’, mas uma ‘potencial prontidão para responder’”.¹³⁸⁶ Assim, repete o escólio de Hanna Pitkin, no sentido de que não é necessário que o mandante expresse os seus desejos, bastando que ele possa ser capaz de fazê-lo, mas, caso expresse, seus desejos devem ser ouvidos, salvo se houver uma boa razão (em termos de seu interesse) para atuar de maneira diversa, daí porque a relação entre representante e representado é assimétrica.¹³⁸⁷ Assim, a propriedade da responsividade é a “disponibilidade potencial para responder”.¹³⁸⁸ Sobre o segundo fundamento, também segue o pensamento de Hanna Pitkin, enquadrando como “sistêmico” o que ela diz acerca da necessidade de mecanismos institucionais que permitam a capacidade dos eleitos em responder aos desejos dos cidadãos, e considerando ser uma característica “coletiva” da representação o fato também ressaltado por Hanna Pitkin, no sentido de tanto o ponto de vista da maioria quanto o ponto de vista da minoria serem contemplados no governo.¹³⁸⁹

O autor italiano, como pontos inovadores, destaca a dificuldade de se precisar as funções infungíveis da representação eletiva, ou seja, quais seriam “as funções de

¹³⁸⁴ Dominico FISICHELLA (La rappresentanza politica, 1996, p. 31). Um dos autores que formulam esta descrição, segundo Dominico FISICHELLA, é Heinz EULAU e Paul D. KARPS (The puzzle of representation: Specifying component of responsiveness, in: Heinz Eulau e John C. Wahlke (a cura di), The Politics of Representation. Continuities in Theory and Research, Sage, Beverly Hills 1978, p. 69).

¹³⁸⁵ Dominico FISICHELLA (La rappresentanza politica, 1996, p. 31).

¹³⁸⁶ Dominico FISICHELLA (La rappresentanza politica, 1996, p. 32).

¹³⁸⁷ Dominico FISICHELLA (La rappresentanza politica, 1996, p. 33).

¹³⁸⁸ Dominico FISICHELLA (La rappresentanza politica, 1996, p. 34).

¹³⁸⁹ Dominico FISICHELLA (La rappresentanza politica, 1996, p. 34).

representação que não podem ser substituídas, se a representação pretende operar e identificar-se comparativamente como representação democrática”, bem como a dificuldade de “medir e operacionalizar a responsividade”.¹³⁹⁰ De fato, não é nada fácil aferir as preferências e anseios dos eleitores, a não ser no período das eleições, quando os eleitores são chamados a opinar sobre os candidatos. Fora do período de eleição, é quase “impossível”¹³⁹¹ para o representante saber com precisão a preferência do eleitor. Daí porque, ao contrário de Hanna Pitkin, que inclui no conceito de *responsiveness* o momento das eleições, Fisichella liga o momento das eleições à apuração da responsabilidade, ao passo que o tempo entre eleições estaria associada à responsividade,¹³⁹² salientando ainda que é a competição pelo poder nas eleições (incluindo os diversos fatores de complexidade a ela relacionados: os partidos políticos, o sistema partidário, os meios de comunicação, os grupos de pressão) que caracteriza a dinâmica da representação, de maneira direta quanto à responsabilidade, e apenas indiretamente quanto à responsividade.¹³⁹³ Em vez de tentar concretizar juridicamente a responsividade, o doutrinador italiano faz uma separação nítida entre responsabilidade e responsividade, sendo que a conexão entre ambos reside no fato de que “é a expectativa de tal momento periodicamente recorrente [eleições] que para o representante constitui estímulo a assumir atitudes de disponibilidade responsiva nas fases inter-eleição”.¹³⁹⁴ Esta aliás tem sido a doutrina dominante, situando *responsiveness* num campo quase exclusivamente metajurídico, tangenciando o campo jurídico apenas por intermédio dos valores que ele incorpora e que dão alicerce a alguns princípios e normas jurídicas relacionadas. É nesse sentido que Benedita Urbano alça a responsividade à esfera da legitimação.¹³⁹⁵

Conjugando a perspectiva positiva de Miller e Stokes, em que se comprova que a representação livre não sucede na prática como prescreve a teoria, e a perspectiva normativa de Hanna Pitkin, que recomenda uma concepção intermediária, de caráter substantivo, a concepção de representação livre ficou praticamente sepultada, pelo menos em sua teoria pura, daí porque, como constatou Susan Stokes,¹³⁹⁶ domina, há mais de 40 anos, a concepção de significativo controle pelo eleitor-mandatário, no

¹³⁹⁰ Dominico FISICHELLA (La rappresentanza politica, 1996, pp. 30, 34 e 35).

¹³⁹¹ Dominico FISICHELLA (La rappresentanza politica, 1996, p. 38).

¹³⁹² Dominico FISICHELLA (La rappresentanza politica, 1996, p. 36).

¹³⁹³ Dominico FISICHELLA (La rappresentanza politica, 1996, pp. 39-40).

¹³⁹⁴ Dominico FISICHELLA (La rappresentanza politica, 1996, p. 39).

¹³⁹⁵ Maria Benedita URBANO (Representação política e Parlamento, 2009, p. 151).

¹³⁹⁶ Susan STOKES (Constituency influence and representation, 1998, pp. 351-352).

sentido de que os políticos que endossam a vontade do eleitor representam-no. Esta foi a principal motivação para Susan Stokes elaborar sua pesquisa empírica, com intuito de examinar se procede ou não esta concepção.

7.4.4 Susan Stokes

Mais recentemente, Susan Stokes realizou um estudo empírico de fôlego, examinando 44 eleições presidenciais na América Latina, entre 1982 a 1995, constatando que, em 12 delas, os eleitos não implementaram os programas políticos prometidos em campanha eleitoral, e, destes, dois deles conseguiram se reeleger.¹³⁹⁷ Examinando tais dados, Susan Stokes percebe que o modelo de representação como responsividade à vontade do eleitor nem sempre ocorre,¹³⁹⁸ notadamente quando as preferências dos eleitores mudam após as eleições, de modo que o mandatário deve atuar em prol dos interesses do eleitor, implementando políticas públicas diferentes das que constaram no programa político eleitoral, mesmo que os atuais interesses não coincidam com as preferências *ex ante*. Os governantes “*violate mandate responsiveness in order to act as good representatives*”.¹³⁹⁹

A mudança na preferência dos eleitores ocorreu, segundo Susan Stokes, porque, nos casos analisados, eles tinham, no momento das eleições, informações limitadas sobre os efeitos das políticas públicas previstas no programa político-eleitoral, e, após as eleições, eles tomaram conhecimento de mais informações, inclusive ponderando os efeitos da implementação das políticas contrárias ao programa.¹⁴⁰⁰ O mandatário, então, deverá levar em conta não as preferências *ex ante* mas o melhor interesse do eleitor, que, no caso, seria a preferência *ex post*, que, por não pode ser aferida efetivamente como ocorre em eleições, deverá ser julgada pelo mandatário. Por esta razão, Susan Stokes defende o retorno a uma separação conceitual entre *responsiveness* e representação, distinguindo rigorosamente vontade (preferências, opiniões) de

¹³⁹⁷ Susan STOKES (Constituency influence and representation, 1998, p. 352). Ocorreu reeleição em dois deles (na Argentina, com o Presidente Menem; no Peru, com o Presidente Fujimori). Em um deles, houve *impeachment*: na Venezuela com o Presidente Carlos Andrés Perez.

¹³⁹⁸ Em texto coletivo posterior a sua obra principal, Susan STOKES *et al.* (Introduction, 1999, p. 9) fixaram com muito mais clareza e síntese a definição de representação-*responsiveness*, que havia ficado um tanto implícito: “A government is ‘responsive’ if it adopts policies that are signaled as preferred by citizens. These signals may include public opinion polls; various forms of direct political action, including demonstrations, letter campaigns, and the like; and, during elections, votes for particular platforms”

¹³⁹⁹ Susan STOKES *et al.* (What do policy switches tell us about Democracy, 1999, p. 103).

¹⁴⁰⁰ Susan STOKES (Constituency influence and representation, 1998, p. 352 e 362).

interesse,¹⁴⁰¹ de maneira que o representante será, na compreensão de Benedita Urbano, “não aquele político que se limita a ser *responsivo* relativamente à opinião *ex ante* dos eleitores, mas aquele que consegue antecipar como vai ser o julgamento retrospectivo dos eleitores já mais bem informados”.¹⁴⁰²

Embora com toda a relevância destacada desta situação de conflito entre vontade e interesse do eleitor, Susan Stokes, na exata linha de raciocínio de Hanna Pitkin, esclarece que, pelas experiências latino-americanas estudadas, a situação constatada, no sentido de que o interesse não coincide com as preferências *ex ante*, mas sim com preferências *ex post*, ocorre excepcionalmente, o rotineiro é justamente o contrário, ou seja, “não esperamos que as opiniões dos cidadãos estejam regularmente em conflito com os seus interesses; e não esperamos que os seus representantes habitualmente tomem ações em desacordo com a vontade dos seus eleitores”.¹⁴⁰³ E para esta situação excepcional, advoga basicamente, não o retorno à Burke (como Hanna Pitkin, que também não apregoa este retorno), mas que “as pessoas devem ter poderes para escolher os seus líderes depois de avaliar a eficácia das ações passadas do governo e depois de ouvir propostas alternativas para o futuro” e os líderes devem ser “livres de imperativos institucionalizados para cumprir os seus mandatos”, no interesse do eleitor.¹⁴⁰⁴ É dizer, o governante pode ser um bom representante, mesmo sem ser responsivo.¹⁴⁰⁵

Além da mudança da preferência dos eleitores antes e depois das eleições, a autora destaca outro fator que justifica a não implementação do programa de governo apresentado na campanha eleitoral:¹⁴⁰⁶ os efeitos de uma política de bem-estar social para os cidadãos são “contingentes” sobre a ação de outros atores (não eleitores), como empresas, associações, organismos, cujas preferências deverão ser consideradas pelo mandatário. Em ensaio posterior, Susan Stokes acrescenta duas outras circunstâncias que forçam o desvio do programa de governo tal como apresentado na campanha:

¹⁴⁰¹ Susan STOKES (Constituency influence and representation, 1998, p. 364).

¹⁴⁰² Maria Benedita URBANO (Representação política e Parlamento, 2009, p. 166).

¹⁴⁰³ Susan STOKES (Constituency influence and representation, 1998, p. 365).

¹⁴⁰⁴ Susan STOKES (Constituency influence and representation, 1998, p. 364).

¹⁴⁰⁵ Maria Benedita URBANO (Representação política e Parlamento, 2009, p. 163 e 168). Diz ainda que “é interessante ter em consideração um outro aspecto apenas aflorado por Susan Stokes neste seu artigo. Trata-se do facto, constatável em várias épocas, de que é interessante ter em conta que os interesses dos cidadãos vão variando com o tempo, de modo que a avaliação que eles fazem sobre a governação tende a não se basear apenas no que os governantes fizeram em relação ao que prometeram (ou seja, relativamente aos interesses dos cidadãos predominantes na altura da eleição anterior), mas igualmente no que eles fizeram relativamente ao que os eleitores valoram no momento em que vão ser de novo chamados a votar” (Representação política e Parlamento, 2009, p. 163).

¹⁴⁰⁶ Susan STOKES (Constituency influence and representation, 1998, p. 363).

quando o partido vencedor precisa fazer, após as eleições, coalisões com outros partidos para garantir a governabilidade ou quando o governo, sem conseguir efetivar coalisões, fica diante de uma maioria da oposição no parlamento.¹⁴⁰⁷

7.4.5 Ponderações: um resgate de Robert Dahl

Apesar da excelente pesquisa empírica feita por Susan Stokes, algumas conclusões a que ela chegou não encontram guarida nos dados levantados. Faz-se uma crítica em duas perspectivas: formal e substancial.

Na primeira perspectiva (formal ou metodológica), o resultado encontrado (2 presidentes reeleitos) não é estatisticamente significativo considerando a quantidade da amostra (apenas 12 campanhas), não se pode concluir que este resultado indica que os eleitores, de um modo geral, aprovam a não-implementação do programa de governo anunciado nas campanhas eleitorais. Há ainda uma distância relevante entre o momento da infidelidade ao programa de governo e o momento de avaliação do governo (próxima da eleição). Nas duas situações da amostra utilizada, o afastamento às promessas de campanha ocorreu logo no início do mandato, trazendo o governante sempre justificativa de que recebeu o governo pior que imaginava. Quando vai ocorrer a avaliação do governo na eleição seguinte, boa parte dos efeitos adversos da política implantada no início do governo já está amenizada, fazendo com que o eleitor dê mais valor à situação política do momento das eleições que a infidelidade ocorrida no início do mandato. Se houvesse uma consulta popular no exato momento em que o governante eleito afasta-se do programa de governo, certamente a população não o apoiaria.

Na perspectiva substancial (de mérito da pesquisa), entende-se que o argumento da contingência é destituído de consistência. Ora, se a política pública envolve interesses diversos, além do eleitor, caberia ao candidato que se apresenta ao eleitor ter considerado tudo isso em seu programa de governo, já que não é nem será uma circunstância desconhecida e imprevisível. Em não o fazendo previamente, o programa de governo apresentado está com erro grave de avaliação sobre a possibilidade de implementar tal e qual política pública, sendo, pois, da estrita responsabilidade do representante a dificuldade encontrada posteriormente para implementação da política.

A segunda crítica nessa perspectiva é que o estudo de Susan Stokes peca por não contemplar uma dimensão ética. A própria autora menciona que os candidatos já sabiam

¹⁴⁰⁷ Susan STOKES (What do policy switches tell us about Democracy, 1999, p. 104).

de antemão que não tinham condições de implementar o programa tal qual prometido, escondendo, pois, esta situação dos eleitores, com receio de não se elegerem, ou seja, eles, quando assumem o governo, implementam outra política pública, porque eles avaliam que o risco dos efeitos adversos (no caso, de desastre econômico) é maior que o risco de eles serem rejeitados na próxima eleição, especialmente tendo em conta uma boa expectativa de que os eleitores sejam estimulados a aprovarem a nova política após usufruírem de seus efeitos.¹⁴⁰⁸ Tal conduta de falta de sinceridade na campanha eleitoral não pode ser admitida, como pretende a autora, como uma estratégia eleitoral, pois apresenta vício insanável na sua origem. Se o candidato já sabe que não vai implementar o programa, ele, a rigor, está faltando com a verdade sobre os pressupostos e condições que afirma existirem para implementação do programa. Atenta contra o princípio da boa fé, que, como visto, traduz, junto com o princípio da justiça, a ética constitucional, consubstanciando limites materiais do poder político, violação esta que não pode simplesmente ser considerada como estratégia. Atenta também contra o princípio da transparência, pois cabe ao governo (que se submete à reeleição) dotar o eleitor de todas as informações necessárias para que possam avaliar os programas implementados e a viabilidade dos programas anunciados. É inadmissível, num Estado de Direito Democrático, sob a égide do princípio da responsabilidade, que o governo omita informações para criar cenários fictícios para dar sustentação a um programa de governo. Assim, somente quando o governo não dispõe de informações completas sobre os efeitos da decisão e sobre as preferências de outros setores da sociedade, em outras palavras, somente quando o cenário era imprevisível tanto para o governo quanto para o eleitor, somente nesta situação o governante, após eleição, terá legitimidade para não implantar o programa de governo, sem infringir o princípio da responsabilidade. A imprevisibilidade do cenário também é pressuposto, em nosso sentir, no modelo de Hanna Pitkin. Por último, tem-se que assinalar ainda que, de qualquer forma, quando Hanna Pitkin justifica a implementação de uma política em divergência com o programa eleitoral, ela mesma pressupõe que é para atender a preferência *ex post*. Assim a sua teoria não deixa de preconizar que o mais relevante na representação é o atendimento às preferências, não ao interesse do cidadão, resvalando, obviamente, na dificuldade de se aferir esta preferência em período diverso das eleições.

O período entre as eleições é realmente o ponto fulcral das teorias acima

¹⁴⁰⁸ Susan STOKES (Constituency influence and representation, 1998, p. 359) e Susan SOTKES (What do policy switches tell us about Democracy, 1999, p. 111).

debatidas, sejam as teorias positivas da representação, sejam as teorias normativas da representação. Este período é associado à responsividade, e esta quase sempre é colocada à margem da juridicidade, por conta da alegada falta de instrumentos jurídicos para captar e medir as preferências do eleitor.

Não obstante tais considerações limitativas, entende-se que é possível avançar um pouco mais. Pensa-se que, quanto maior transparência nas ações governamentais e quanto maior a participação popular na formulação das políticas públicas, maior é a presunção de atendimento aos anseios do cidadão. O governo dispõe sim de instrumentos legais a sua disposição que devem ser utilizados em situações de alteração do programa de governo. Dahl há muito já realçava que as eleições, embora sejam efetivos controles sobre os líderes, “são inefetivos como indicador de preferência majoritária, cuja percepção varia com as fases das eleições: período de eleições (pré-voto, voto e pós-voto) e período entre eleições”.¹⁴⁰⁹ Para alterar o programa de governo, implementando outro programa substituto, segundo Dahl, o governante terá que seguir “as sete condições anteriores, operando, no entanto, em circunstâncias institucionais bastante diferentes”, condições anteriores estas que consubstanciam a igualdade política e a competição política, como foi abordado na seção 6.4.¹⁴¹⁰ Em outras palavras, cabe ao governante, se quiser não aplicar o programa com base no qual foi eleito, passar pelas *condições equivalentes* a da eleição, para captar as preferências atuais do eleitor e, assim, legitimando a nova política.

Dahl não explica que *condições equivalentes* seriam estas, já que *igual* não se confunde com *equivalente*, não podendo ser realizada outra eleição antes do término do mandato. Pode-se encaixar nestas *condições equivalentes* instrumentos de democracia semidireta. Cabe ao novo governo, querendo mudar substancialmente o programa de governo, consultar o cidadão através de plebiscito (consulta prévia), sob pena de ser responsabilizado por não cumprir o programa, não apenas nas eleições, ou seja, a aprovação posterior (nas eleições) do governo (após a não implementação do programa) não retira o vício da infidelidade. O governante poderá ser responsabilizado pelo afastamento cargo por meio de moção de censura¹⁴¹¹ (sistema de base parlamentarista)

¹⁴⁰⁹ Robert DAHL (A preface to democratic theory, 1956, p. 68).

¹⁴¹⁰ Robert DAHL (A preface to democratic theory, 1956, p. 84).

¹⁴¹¹ A CRP/1976 a estabelece que o programa de governo, onde “constarão as principais orientações políticas e medidas a adoptar ou a propor nos diversos domínios da actividade governamental” (art. 188), deverá ser submetido à aprovação da Assembleia da República (art. 192), cuja rejeição implicará a demissão do governo. A Constituição espanhola, por seu turno, prevê, em seu artigo

ou por meio de *recall* (regime presidencialista).¹⁴¹² Se não houver, no regime específico, o instituto de *recall*, a corrente majoritária entende que não há outro mecanismo a não ser a reprovação nas eleições seguintes. Compreende-se que não é somente isso. Há descumprimento da ética constitucional, podendo ser acionados os mecanismos de responsabilidade jurídica e até mesmo de responsabilidade político-difusa.

Importante assinalar que a *responsiveness* é, para Dahl,¹⁴¹³ “característica chave” da democracia, que, para ele, está em um plano ideal, em contraposição ao plano real, o das poliarquias, que são graduações do tipo ideal democrático. Democracia é o sistema político que é “completamente ou quase completamente *responsive* a todos os cidadãos”.¹⁴¹⁴ Na poliarquia, quão mais *responsive* for o sistema político, maior será o grau democrático, mais próxima estará da democracia. Ou seja, pode-se mesmo considerar que a *responsiveness* seja um “pressuposto”, “elemento conceitual” ou “requisito de existência” da democracia; e uma “característica”, “atributo” ou “critério de qualidade do regime” das poliarquias.¹⁴¹⁵

Os três pressupostos genéricos¹⁴¹⁶ e oito garantias institucionais¹⁴¹⁷ que Dahl¹⁴¹⁸

99, item 2, que o candidato à presidência do governo submeterá ao Congresso Nacional o programa político do governo que pretender formar e solicitando voto de confiança. Na Constituição brasileira, assim como a maioria das constituições de sistema presidencialista, não há menção expressa a um programa único de governo; fala a CF/1988 (artigo 74) apenas de “programas de governo” no âmbito orçamentário. Quanto ao artigo 74 da CF/1988, há quem sustente haver fundamento para um programa de governo, como Bruno LORENCINI (A responsabilidade do poder político no Estado Constitucional sob paradigma da Democratic Responsiveness, 2013, pp. 300-301).

¹⁴¹² O *recall* está previsto na vigente Constituição da Venezuela (artigo 72). Por outro lado, a vigente Constituição da Venezuela não dispôs sobre responsabilidade na modalidade de *impeachment*, na feição típica de sistema presidencialista, que não tem natureza criminal.

¹⁴¹³ Robert DAHL (Polyarchy, 1971, p. 2).

¹⁴¹⁴ Robert DAHL (Polyarchy, 1971, p. 3).

¹⁴¹⁵ Bruno LORENCINI (A responsabilidade do poder político no Estado Constitucional sob paradigma da Democratic Responsiveness, 2013, pp. 100-101). Não obstante, discorda-se do autor quando afirma se “distanciar da abordagem teórica de DAHL acerca da *responsiveness* como elemento estrutural da democracia para, desde logo – como posteriormente faz o próprio autor –, reconhecer que jamais será viável a plena correspondência entre os anseios populares e as ações governamentais, razão pela qual nos resta investigar quais seriam os mecanismos que permitiriam a maior aproximação possível e desejável do referido ideal”. Isso porque a separação dos planos ideal e real de DAHL tem exatamente esta função de indicar que os sistemas políticos se aproximam do tipo ideal de democracia. Portanto, considerar *responsiveness* como pressuposto da democracia não é inconciliável com a consideração da *responsiveness* como atributo da poliarquia.

¹⁴¹⁶ Pressupostos genéricos: (i) os cidadãos têm oportunidade para formular suas preferências; (ii) essas preferências podem ser discutidas com demais cidadãos e governantes; e (iii) essas preferências têm o mesmo peso cada uma.

¹⁴¹⁷ Garantias institucionais: (i) liberdade de criação de organizações; (ii) liberdade de expressão; (iii) direito ao voto; (iv) possibilidade de os líderes políticos concorrerem por apoio; (v) fontes alternativas de informação; (vi) elegibilidade para cargos públicos; (vii) eleições livres e justas; e (viii) instituições que procurem fazer com que as políticas de governo sejam dependente das preferências manifestadas nos votos e outras expressões.

¹⁴¹⁸ Robert DAHL (Polyarchy. Participation and opposition, 1971, pp. 2-3).

constrói para a poliarquia, embora possam ser considerados como “arranjos institucionais que encaminhariam o regime político à *democratic responsiveness*”,¹⁴¹⁹ a rigor quase que se aplica apenas ao período das eleições, quando o mais difícil de concretizar é exatamente o período entre as eleições.

Da mesma forma, entende-se que os pressupostos essenciais apresentados por Powell Jr.¹⁴²⁰ são bastante genéricos, ajudando pouco a concretizar a *responsiveness* durante o período entre as eleições: (a) estrutura que possibilite os cidadãos expressarem suas preferências; (b) instituições que possibilitem que as preferências dos cidadãos selecionem governantes comprometidos com tais preferências; e (c) arranjos que permitam a correspondência entre a implementação das políticas pelos governantes e as preferências expressas pelos cidadãos.

7.5 Releitura dos princípios constitutivos do Estado de Direito Democrático a partir do paradigma da *responsiveness* e da boa governança: reforço da responsabilidade do governante

7.5.1 Separação de poderes como responsabilidade pelo exercício de competências

A responsabilidade está associada a uma intensificação de controle, conforme constatado no capítulo 6, e, por isso, como se observou na seção 7.2.1, a ideia de poder mais responsável está se generalizando não somente no seio do setor público como também extravassa ao setor privado. Saladin deu ênfase à responsabilidade individual, particularmente de cada cidadão, mas é igualmente cabível o desenvolvimento da intensificação da responsabilidade individual também do governante. A responsabilidade do Estado já não é suficiente para reparação de todas as injustiças. Os paradigmas da *responsiveness* e da boa governança impõem justamente o reforço da responsabilidade do governante, com vistas à realização mais precisa dos anseios e interesses do povo.

O reconhecimento da responsabilidade do Estado surgiu historicamente antes da responsabilidade da pessoa do governante. No absolutismo, não existia nem uma nem

¹⁴¹⁹ Bruno LORENCINI (A responsabilidade do poder político no Estado Constitucional sob paradigma da Democratic Responsiveness, 2013, p. 104).

¹⁴²⁰ Bingham POWELL JR. (The chain of responsiveness, 2004, pp. 61-69).

outra, era a época da irresponsabilidade pública. Com o Estado moderno, adveio a assunção pelo Estado de responsabilidade civis perante seus cidadãos. Não havia uma responsabilidade pública com foco no governante. Este, quando muito, respondia por crimes que cometia, mas de todo similar à responsabilidade criminal em geral. Na Inglaterra, criou-se o instituto da responsabilidade política perante o Parlamento, que passou a ser utilizado em substituição à responsabilidade criminal, que estava sendo, muitas vezes, desvirtuada pela oposição para conseguir o afastamento do governante.

O reforço da responsabilidade individual preconizada por Saladin também deve abranger estes dois institutos, a saber, responsabilidade política e responsabilidade jurídica. Daí porque serão examinados no capítulo 8, após serem extraídas do conceito de responsabilidade todas as atuais características que impõem uma leitura diferenciada dos sistemas de responsabilidade, na perspectiva da articulação entre eles.

Importante mencionar, com Canotilho,¹⁴²¹ que “estritamente relacionado com o princípio estruturante da separação de poderes surge o princípio da imputação da responsabilidade”. De fato, complementa Canotilho, “num Estado de direito democrático constitucional tem de se saber, de forma inequívoca, a quem podem ser imputados os actos dos titulares de órgãos, pois só assim se pode determinar a responsabilidade pela prática de tais actos”, sendo que “o ‘dever de prestação de contas’, o ‘dever de unidade’ dos órgãos do Estado e demais entidades públicas só existe quando se puder identificar o responsável pelas decisões”.¹⁴²² E como bem salienta Benedita Urbano,¹⁴²³ “num dado momento o poder deixou de ser concebido como um direito e passou a ser concebido como uma competência, que tal como é conferida também é retirada. Esta mudança na compreensão do conceito de poder traz consigo a ideia de prestação de contas inerente ao exercício de uma determinada competência”.

Neste contexto, a relação entre responsabilidade e “dever de prestação de contas” (*Rechenschaftspflicht*) precisa ser esclarecida. A prestação de contas, da mesma forma que responsabilidade, é realizada por algo ou alguém e tomada perante uma instância; de maneira geral, eles se aproximam conceitualmente, mas não se identificam.¹⁴²⁴ A responsabilidade, segundo Picht, diferencia-se do dever de prestação de contas pela

¹⁴²¹ Gomes CANOTILHO (Direito constitucional e teoria da constituição, 2003, p. 544).

¹⁴²² Gomes CANOTILHO (Direito constitucional e teoria da constituição, 2003, p. 544).

¹⁴²³ Maria Benedita URBANO (Apontamentos esparsos sobre a responsabilidade ..., 2012, p. 601).

¹⁴²⁴ Peter SALADIN (Verantwortung als Staatsprinzip, 1984, p. 35).

dimensão ética que a responsabilidade apresenta, que transcende a relação jurídica clássica entre superior e subordinado; por isso a responsabilidade do agente público superior constitui “uma obrigação mais elevada e indelimitável”.¹⁴²⁵ Conforme Saladin, a prestação de contas tem uma dimensão para o futuro mais extensa, não se esgotando na apreciação da instância apropriada, como ocorre na responsabilidade, que exaure no reconhecimento da culpa ou do cumprimento do dever ou na realização da tarefa.¹⁴²⁶ Na realidade, com o paradigma da *responsiveness* e da boa governação, a responsabilidade assumiu também esta vertente temporalmente mais alargada e sem conexão específica com sanções de carácter coercitivo. Diz ainda Saladin que, enquanto a responsabilidade aplica-se a qualquer relação jurídica entre agentes públicos, a prestação de contas pressupõe uma relação de confiança entre os dois polos, uma relação principal e agente.¹⁴²⁷ Embora com algumas diferenças em aspectos específicos, ressalta Saladin¹⁴²⁸ que “responsabilidade implica prestação de contas”, é dizer, é um conceito mais alargado, envolvendo a prestação de contas. Como apregoa Scheuner,¹⁴²⁹ a prestação de contas (*Rechenschaftspflicht*) é o objeto da responsabilidade, enquanto a responsabilidade é a relação jurídica entre os dois polos, em que se impõe a satisfação daquele objeto.

7.5.2 Representação como processo (*responsiveness*)

Como visto na seção 7.2.2, Saladin,¹⁴³⁰ com esteio em Uppendahl,¹⁴³¹ chegou a sustentar que a prestação de contas do eleito perante os eleitores deve ser contínua, não se limitando às eleições, cabendo aos eleitores exercer pressão política e cobrar alinhamento do eleito. Expressamente referiu-se à intensificação da “*responsiveness*” da representação parlamentar, ou até mesmo uma institucionalização do contato entre eleitores e deputados durante a legislatura. Contudo, Saladin não esmiuçou esta matéria, primeiro, porque não arrolou a responsividade como novo paradigma, segundo, porque sequer acessou a fonte primeira do fundamento de Uppendahl,¹⁴³² que foi a teoria de

¹⁴²⁵ Georg PICHT (Wahrheit, Vernunft, Verantwortung, 1969, p. 320).

¹⁴²⁶ Peter SALADIN (Verantwortung als Staatsprinzip, 1984, p. 35).

¹⁴²⁷ Peter SALADIN (Verantwortung als Staatsprinzip, 1984, p. 35).

¹⁴²⁸ Peter SALADIN (Verantwortung als Staatsprinzip, 1984, p. 35).

¹⁴²⁹ Remete-se o leitor à seção 6.9 (Controle e responsabilidade: Ulrich Scheuner).

¹⁴³⁰ Peter SALADIN (Verantwortung als Staatsprinzip, 1984, pp. 177-178).

¹⁴³¹ Herbert UPPENDAHL (Responsive Demokratie, 1981, pp. 85-111).

¹⁴³² Herbert UPPENDAHL (Responsive Demokratie, 1981, pp. 86, 88, 104). Herbert UPPENDAHL (Responsive Demokratie, 1981, p. 87) afirma que, a partir da década de 1960, no conceito

Dahl.

A concepção que mais se ajusta ao novo paradigma da responsividade, no que pertine à representação, é a da representação como processo, cuida de uma relação entre governantes e governados, mas que não é de identificação, sim de aproximação.

Sobolewsky,¹⁴³³ partindo dos esforços de alguns cientistas políticos franceses (M. Duverger e G. Burdeau) na construção de um conceito sociológico da representação, desenvolveu um conceito de representação, consistente na “correlação entre as decisões políticas da elite governante e a opinião pública (esta última entendida como as opiniões predominantes na comunidade)”.

A representação é geralmente definida como um estado ou uma situação estritamente determinado na relação entre política e opiniões, o que seria obtido como resultado de certas medidas, mas, segundo Sobolewsky,¹⁴³⁴ tal definição quase nunca é possível, especialmente a determinação das opiniões expressas pelos governados. Por isso, qualquer conceituação de representação baseada na interpretação estática é falha, “a representação somente pode ser analisada no seu aspecto dinâmico, como um processo”.¹⁴³⁵ A representação, como um fenômeno político, como uma característica de um sistema de governo, não é um estado de concordância entre eleitores e eleitos, mas sim “um processo de harmonização das políticas e opiniões”.¹⁴³⁶

A representação como processo não é executada automaticamente, sem qualquer intervenção das partes, pelo contrário, é “um processo organizado”, devendo ser definido o procedimento, prevendo as formas e os meios de correlação e o seu funcionamento sem perturbações.¹⁴³⁷ Entre eles, incluem-se os instrumentos para manifestação das posições de governantes e governados (eleições, referendo, petições, comícios, notas oficiais e declarações de governantes) e os instrumentos de divulgação sistemática das opiniões dos dois lados (meios de comunicação de massas, partidos

de democracia, tem se tornado dominante o atributo da participação em vez do atributo da representação. Sustenta Herbert UPPENDAHL (Responsive Demokratie, 1981, p. 88) que “com o conceito de *responsiveness* é possível construir uma ponte entre o modelo normativo da democracia participativa e o modelo realista da democracia representativa”. Defende o autor (p. 89) que a responsividade (“*responsivität*“) é a característica nuclear da democracia moderna (“*Kerneigenschaft der modernen Demokratie*“).

¹⁴³³ SOBOLEWSKY (Politische Repräsentation im modernen Staat ..., 1968, p. 422). Adverte, porém, que, embora não seja expressamente adotado nos ordenamentos jurídicos, pelo menos na época em que escrito o texto, a representação como processo é um conceito ideal de representação, servindo para a teoria constitucional (p. 441).

¹⁴³⁴ SOBOLEWSKY (Politische Repräsentation im modernen Staat ..., 1968, p. 428).

¹⁴³⁵ SOBOLEWSKY (Politische Repräsentation im modernen Staat ..., 1968, p. 429).

¹⁴³⁶ SOBOLEWSKY (Politische Repräsentation im modernen Staat ..., 1968, p. 429).

¹⁴³⁷ SOBOLEWSKY (Politische Repräsentation im modernen Staat ..., 1968, p. 434).

políticos e grupos de interesse).

Desta concepção não resulta o dever de o governante ao elaborar uma decisão política alinhar-se individualmente com uma ou outra opinião, “tolera-se a presença de maiores ou menores diferenças entre as políticas desenvolvidas pelo Estado e as opiniões públicas predominantes”.¹⁴³⁸ Mas o governante tem dever de criar as condições e os meios de formação e manutenção da relação de representação, e tem o dever de manter a relação de representação durante todo o processo de governo.¹⁴³⁹

Esta concepção de representação como processo é adotado posteriormente por Scheuner, como se pode inferir da seção 6.9, embora este em nenhum momento cite o autor Sobolewsky. Para Scheuner,¹⁴⁴⁰ numa sociedade complexa e plural, não faz sentido continuar na ficção de que há uma unidade de vontade do povo ou de que há uma identidade entre governante e governados, sob pena de a liberdade e o pluralismo de opiniões serem excluídos. A vontade do povo é “resultado de um processo de confronto de opiniões e forças, que ocorre de forma contínua e através de certas formas e procedimentos institucionais”.¹⁴⁴¹ Por outro lado, a identidade entre governante e governado também não se justifica em uma perspectiva de controle e responsabilidade, que pressupõe uma certa margem de autonomia.¹⁴⁴²

Representação como processo não se aparta da representação com foco na atuação ou “*acting for*”, de Hanna Pitkin, que também pode ser designada por representação enquanto *responsiveness*, que significa, “*acting in the interest of the represented, in a manner responsive to them*”.¹⁴⁴³ Mas vai além, pois, Hanna Pitkin continua a manter as eleições como o momento chave para apuração das responsabilidades, o que, como visto, não é suficiente, exigindo atuação de outras esferas de responsabilidade no período entre as eleições.

7.5.3 Democracia como imputação de responsabilidades

Na visão de Saladin, a democracia do engajamento é “uma forma de governo do cidadão responsável”, ou seja, é a democracia do engajamento do cidadão, não só de

¹⁴³⁸ SOBOLEWSKY (Politische Repräsentation im modernen Staat ..., 1968, p. 440).

¹⁴³⁹ SOBOLEWSKY (Politische Repräsentation im modernen Staat ..., 1968, p. 440).

¹⁴⁴⁰ Ulrich SCHEUNER (Verantwortung und Kontrolle in der demokratischen ..., 1970, pp. 379-385).

¹⁴⁴¹ Ulrich SCHEUNER (Verantwortung und Kontrolle in der demokratischen ..., 1970, p. 380).

¹⁴⁴² Ulrich SCHEUNER (Verantwortung und Kontrolle in der demokratischen ..., 1970, p. 385).

¹⁴⁴³ Hanna PITKIN (The concept of representation, 1967, p. 212).

interesses ou preferências do cidadão.¹⁴⁴⁴ Para tanto, Saladin preconiza que a representação deve ser complementada e balanceada por meio de instrumentos de participação direta dos cidadãos, defendendo inclusive a representação como *responsiveness*.¹⁴⁴⁵ Em momentos de crise econômica mais ainda avulta a necessidade de maior engajamento dos cidadãos.¹⁴⁴⁶

Saladin, contudo, não esclarece como será realizada e concretizada a representação *responsiveness*. Aponta apenas como condições para o engajamento dos cidadãos um ambiente de cultura política e uma abertura institucional, sendo que a cultura política deve ser alcançada com a melhoria na educação cívico-política, nas escolas e nas universidades, e a abertura institucional deve ocorrer pelos instrumentos de participação direta como referendo, plebiscito, iniciativa popular.¹⁴⁴⁷

A democracia, no paradigma da *responsiveness*, exige não apenas engajamento do cidadão, mas essencialmente prestação de contas do governante. Tem-se, pois, que potencializar a responsabilidade também do outro lado, o lado estatal. E bem ressalta Frédérique Rueda¹⁴⁴⁸ que as reflexões atuais, na maioria dos países, com intuito de aprofundar a democracia, passam por estabelecer mecanismos de responsabilidade mais eficientes, de controle mais completo e preciso sobre o funcionamento do Estado.

A democracia não constitui somente uma maneira de autodescrição, mas também, como destaca Canotilho,¹⁴⁴⁹ “um desafio de esclarecimento e imputação de responsabilidades”, e é nesse sentido que se vislumbra a democracia como imputação de responsabilidades.

Como afirma Fisichella, “a competição é uma condição necessária mas não suficiente para a responsabilidade democrática”.¹⁴⁵⁰ O destino da democracia moderna, bem adverte Kelsen, “depende em grande medida de uma organização sistemática de todas essas instituições de controle”, e mais, “a democracia sem controle é, a longo prazo, impossível”.¹⁴⁵¹

Ante o paradigma da *responsiveness*, a destituição do governante deve ser desmistificada. Deve haver canais institucionais para que o governado possa exigir a

¹⁴⁴⁴ Peter SALADIN (Verantwortung als Staatsprinzip, 1984, p. 181).

¹⁴⁴⁵ Peter SALADIN (Verantwortung als Staatsprinzip, 1984, p. 182 e 184).

¹⁴⁴⁶ Peter SALADIN (Verantwortung als Staatsprinzip, 1984, p. 183).

¹⁴⁴⁷ Peter SALADIN (Verantwortung als Staatsprinzip, 1984, pp. 183-184).

¹⁴⁴⁸ Frédérique RUEDA (La responsabilité budgétaire après la LOLF, 2009, p. 116).

¹⁴⁴⁹ Gomes CANOTILHO ("Brançosos" e interconstitucionalidade, 2008, p. 318).

¹⁴⁵⁰ FISICHELLA (La rappresentanza politica, 1996, p. xxix).

¹⁴⁵¹ Hans KELSEN (Essência e valor da democracia, 2000, p. 84).

responsabilidade do governante, inclusive com a sanção de destituição. Seja pela responsabilidade política do governo perante o parlamento, em regime de base parlamentarista, seja pelo *recall* ou *impeachment* em regime presidencialista, seja nas mais diversas responsabilidades jurídicas do governante. Importa lembrar, com Richard Price,¹⁴⁵² teólogo e político inglês, que a destituição do governante foi um dos direitos fundamentais reconhecidos desde a Revolução Gloriosa de 1688.

7.5.4 As dimensões do princípio da responsabilidade

A releitura dos princípios estruturantes do Estado de Direito Democrático, procedida por Saladin, levou a um reforço da responsabilidade individual dos cidadãos, especialmente de cada indivíduo, que pode ser ativada, segundo o autor, por meio da educação, cultura e participação.¹⁴⁵³ Não tratou da responsabilidade da pessoa do governante.

A releitura dos princípios estruturantes do Estado de Direito Democrático em face dos paradigmas da *responsiveness* e boa governação, que foi realizada nas seções imediatamente anteriores, vem em adição à tese de Saladin e exige um reforço da responsabilidade do próprio governante, um incremento da responsabilidade individual não do cidadão mas do exercente do poder público. Tudo para que haja uma atuação preventiva dos sistemas de responsabilidade, de modo a mitigar os efeitos das decisões porventura adversas.

Com foco no tempo, o princípio da responsabilidade, na concepção clássica, estava voltado apenas para o passado e para apuração da culpabilidade, estando de fora não apenas a questão da anulação do ato (com efeitos no tempo presente) como a perspectiva futura.¹⁴⁵⁴ Enquanto categoria constitucional e princípio estruturante do

¹⁴⁵² Richard PRICE (A discourse on the love of our country [1789], 2013, pp. 18-19). Os outros direitos alcançados pela referida revolução, segundo o autor, foram o direito à liberdade de consciência em matéria de religião, o direito de resistir ao poder quando violado e o direito de escolher os governantes e de formar um governo por si mesmo. Quanto à destituição do governante, poderia ocorrer por má conduta, conforme reconhecimento da revolução inglesa. BURKE (Reflexiones sobre la Revolución en Francia, 2003, p. 60), contudo, afirma que na prática os líderes da revolução inglesa não se basearam em má conduta do rei, mas que acusaram o rei de algo muito mais grave que uma má conduta, acusaram-no de ter elaborado “um plano, confirmado por uma infinidade de atos de ilegalidade, para subverter a Igreja e o Estado protestante, e seus fundamentos e inquestionáveis leis e liberdades; ele foi acusado de ter quebrado o pacto original entre o rei e o povo”, e que “nenhum governo se sustentaria nem por um momento se pudesse ser destituído em razão de algo vago e indefinido”, que seria a má conduta.

¹⁴⁵³ Peter SALADIN (Verantwortung als Staatsprinzip, 1984, p. 145).

¹⁴⁵⁴ Nesse sentido, exemplifica-se com a doutrina de Michel VIRALLY (L'introuvable "acte de gouvernement", 1952, p. 326) e Afonso QUEIRÓ (Teoria dos actos de governo, 1948, p. 38).

Estado de Direito democrático, concepção defendida neste trabalho, o princípio da responsabilidade assume todas as três perspectivas temporais: passado, presente e futuro. A responsabilidade pretérita objetiva primordialmente a indenização pelos prejuízos advindos do ato ou conduta praticados. A responsabilidade no presente tem a ver com o desfazimento do ato praticado, com efeitos imediatos, inibindo, assim, os efeitos nocivos do ato em outras pessoas e esferas. A responsabilidade voltada para o futuro ou responsabilidade prospectiva é vocacionada tanto para a produção de bons resultados (responsabilidade produtiva) quanto para prevenção de maus resultados (responsabilidade preventiva).¹⁴⁵⁵ Estas três dimensões são bem mais nítidas nas legislações nacionais sobre a responsabilidade do Estado que sobre responsabilidade da pessoa do governante. Contudo, a concepção contemporânea do princípio da responsabilidade impõe, na perspectiva do reforço da responsabilidade individual do governante, a consideração das três perspectivas também na esfera individual da responsabilidade da pessoa do governante.

No moderno Estado de Direito, havia áreas estatais imunes a quaisquer sistemas de responsabilidade jurídica, e outras áreas imunes a um ou outro sistema jurídico. No segundo caso, era cabível apenas um sistema de responsabilidade, ora o de anulação (sem gerar efeitos indenizatórios), ora o de indenização (sem ocasionar a anulação do ato). Mas, mesmo na área imune a qualquer sistema jurídico, atuava a responsabilidade política, notadamente a institucional formal (governo perante o parlamento) e a eleitoral. Afinal, não pode haver no Estado área alienada da discussão popular, direta ou indiretamente por meio de representantes.

Já no Estado de Direito Democrático, o princípio constitucional da responsabilidade, sob a égide dos paradigmas da *responsiveness* e da boa governação, exige que a área de imunidade jurídica estatal seja mínima, e que, tanto nesta parte mínima de imunidade jurídica quanto na parte não imune, haja um reforço dos sistemas de responsabilidade política, que é obtido pela previsão de, pelo menos, dois sistemas de responsabilidade, o que consubstancia o o princípio da redundância, esquadrinhado na seção 11.6.5. Na área de imunidade jurídica, além da responsabilidade eleitoral, há que se ter uma segunda responsabilidade: responsabilidade política institucional, no regime de base parlamentarista; *recall* ou *impeachment* no presidencialismo. Na área de não imunidade jurídica, incidem as diversas modalidades de responsabilidade jurídica,

¹⁴⁵⁵ Peter CANE (Responsibility in law and morality, 2002, pp. 31-32).

além da responsabilidade política, pelos dois sistemas aplicados na área de imunidade jurídica.

A responsabilidade é mais ampla que o dever de prestação de contas, abrangendo-o. A prestação de contas, da mesma forma que responsabilidade, é realizada por algo ou alguém e tomada perante uma instância. Mas, ao contrário da prestação de contas, que somente incide em relação de confiança entre agente e principal, a responsabilidade aplica-se a qualquer relação jurídica entre agentes públicos. A responsabilidade tem uma dimensão ética que transcende a relação jurídica clássica entre superior e subordinado. Por outro lado, a responsabilidade, que antes se exauria no reconhecimento da culpa ou do cumprimento do dever, assumiu a dimensão temporal mais, que sempre teve a prestação de contas.

TÍTULO II – SISTEMAS DE RESPONSABILIDADE DOS GOVERNANTES, CONEXÕES E PRINCÍPIOS

8 SISTEMAS DE RESPONSABILIDADE

8.1 Do princípio da responsabilidade aos sistemas de responsabilidade

O princípio da responsabilidade, como visto, incide sobre todos que compõe a sociedade: o Estado (com suas instituições e agentes) e o particular (como pessoa individual e como pessoa coletiva). Estes que suportam a responsabilidade são os sujeitos ativos da relação. Na esfera pública, levando-se em conta o sujeito ativo, pode ocorrer tanto responsabilidade do Estado (enquanto entidade pública) quanto responsabilidade da pessoa do governante. Neste capítulo, realiza-se um aprofundamento do estudo da responsabilidade na esfera pública, notadamente a responsabilidade da pessoa do governante. Relembre-se que o princípio da responsabilidade, ante os paradigmas da *responsiveness* e da boa governação, exigiu uma releitura dos princípios estruturantes do Estado de Direito Democrático justamente na perspectiva de reforço da responsabilidade do governante.

O princípio da responsabilidade na esfera pública se materializa por meio de sistemas de responsabilidade, cujos parâmetros estão elencados na Constituição e nas leis de cada Estado. Dada a variedade dos sistemas de responsabilidade, Canotilho reconhece que a responsabilidade, enquanto categoria autonôma constitucional, é um “conceito englobante”, abarcando a “responsabilidade das entidades públicas”, a “responsabilidade política dos governantes” e a “responsabilidade penal [jurídica] dos titulares dos poderes políticos”.¹⁴⁵⁶

Na perspectiva do presente trabalho, onde se analisam as conexões entre as diversas modalidades de responsabilidade, a denominação sistema de responsabilidade é mais adequada que regime de responsabilidade. Sistema de responsabilidade pressupõe não apenas regimes diferentes (sanções, procedimentos), mas também uma comunicação efetiva, clara e estável entre eles, valorizando o caráter dinâmico da interação entre os regimes.

Os elementos constitutivos de um sistema de responsabilidade são os pressupostos (hipótese de incidência), os instrumentos processuais, as garantias, os meios de provas, as sanções, a finalidade. A natureza dos elementos implica a natureza do sistema. Se

¹⁴⁵⁶ Gomes CANOTILHO (Direito constitucional e teoria da constituição, 2003, p. 544).

todos os elementos são jurídicos, a responsabilidade é jurídica. Se todos os elementos são políticos, a responsabilidade é política. A dificuldade ocorre quando não há unanimidade de natureza. O critério da preponderância é uma opção: caso a maioria dos elementos seja político, a responsabilidade é política; caso a maioria seja jurídica, a responsabilidade é jurídica. Contudo, nem sempre é viável definir qual natureza prepondera. Outro critério é adotar a natureza do elemento mais relevante. Como o cerne do trabalho é a interação entre os sistemas de responsabilidade, adota-se o critério da natureza da função estatal. Conforme demonstrado na parte final da seção 6.6.2, as funções estatais *governo*¹⁴⁵⁷ e *legislação* têm natureza política, ao passo que as funções *administração* e *jurisdição* têm natureza jurídica. O sistema de responsabilidade inserido em função de natureza política tem natureza política; inserido em função de natureza jurídica, tem natureza jurídica. A natureza da função implica a natureza do juízo de valor exercido: juízo de valor político, na função política; juízo de valor jurídico, na função jurídica. Assim, a natureza das funções estatais implica o juízo de valor exercido no sistema de responsabilidade: natureza política, julga-se realizando juízo de valor político; natureza jurídica, decide-se por meio de juízo de valor jurídico.

Antes de adentrar nos sistemas específicos de responsabilidade do governante (responsabilidade política, *impeachment*, responsabilidade jurídica, responsabilidade financeira), mister fazer alguns anotações sobre as vertentes da responsabilidade do Estado (responsabilidade política do Estado; responsabilidade jurídica do Estado).

8.1.1 Responsabilidade do Estado: política e jurídica

A responsabilidade política do Estado ocorre nas relações em que o Estado atua como membro de uma federação (União Européia, por exemplo) ou como membro de um organismo internacional (Nações Unidas, por exemplo).

A responsabilidade jurídica do Estado envolve basicamente três tipos de responsabilidade: a) responsabilidade do Estado para anulação do ato (presente); b) responsabilidade do Estado para indenização pelos prejuízos (passado); c) responsabilidade prospectiva do Estado (futuro).

Michel Virally,¹⁴⁵⁸ ao tratar de ato de governo, já mencionava implicitamente a

¹⁴⁵⁷ Não há que se confundir a função *política*, enquanto outra denominação para função de governo, com a natureza *política* da função estatal. A função de governo ou função política tem natureza política; assim como também tem natureza política a função legislação.

¹⁴⁵⁸ Michel VIRALLY (L'introuvable "acte de gouvernement", 1952, p. 326).

distinção entre contencioso de anulação (ou regularidade, como preferiu denominar) e contencioso de responsabilidade. De maneira mais explícita, Afonso Queiró¹⁴⁵⁹ menciona, quando estava também a fazer análise do ato de governo, dois níveis de contencioso: de anulação e de responsabilidade. Referidos autores pressupunham que o contencioso de anulação e o contencioso de responsabilidade eram autônomos, funcionando em jurisdições distintas. Dessa forma, a insidicabilidade do ato político não implica necessariamente a impossibilidade de reparação pelos prejuízos (responsabilidade). Observe-se que tais autores consideravam o conceito clássico de responsabilidade, voltado para o passado, para apuração de atos ilícitos e determinação das sanções cabíveis. Na concepção de responsabilidade enquanto categoria constitucional e princípio estruturante do Estado de Direito democrático, esta perspectiva para o passado e para apuração de culpabilidade é apenas uma dimensão da responsabilidade. Por isso, denomina-se de sistema de responsabilidade não apenas o voltado para o presente (contencioso de anulação) como também para o futuro (responsabilidade prospectiva).

Em Portugal, a responsabilidade do Estado e demais entidades públicas está positivada nos artigos 22 da CRP. No Brasil, tem assento constitucional nos seguintes dispositivos: artigo 21, XXIII, alínea “d”; artigo 37, § 6º; artigo 136, § 1º, II.

É sob este ângulo da responsabilidade, como responsabilidade jurídica do Estado, que Florence Galletti¹⁴⁶⁰ expõe uma sucinta evolução: a) irresponsabilidade do poder público (até o século XIX), onde prevalecia a soberania do Estado frente às vítimas dos atos estatais; b) responsabilidade por culpa (início do século XX), como corolário do Estado moderno de Direito; c) responsabilidade sem culpa, com fundamento na ruptura da igualdade perante os encargos públicos; d) responsabilidade por risco.

Assim como ocorre entre as modalidades do sistema de responsabilidade jurídica do Estado (de anulação, de indenização e prospectiva), não há uma vinculação necessária entre a responsabilidade do Estado e a responsabilidade do governante, cabendo a cada ordenamento jurídico estabelecer suas conexões. A insidicabilidade de um ato estatal (inexistência de responsabilidade para anulação), como o ato político, por exemplo, não impõe necessariamente a irresponsabilidade do governante, daquele que

¹⁴⁵⁹ Afonso QUEIRÓ (Teoria dos actos de governo, 1948, p. 38).

¹⁴⁶⁰ Florence GALLETI (Le juge pénal, 2000, pp. 29-30). A responsabilidade jurídica do Estado é quase sempre denominada de responsabilidade administrativa do Estado, como o faz o autor supracitado.

expediu o ato. Canotilho e Moreira, por exemplo, que consideram que os atos políticos não podem ser “anulados por inconstitucionalidade”, sustentam, por outro lado, que ficam ressalvadas a responsabilidade política e a responsabilidade criminal decorrentes da prática do ato.¹⁴⁶¹ Um dos fundamentos para anulação de um ato estatal é o desrespeito às normas constitucionais sobre direitos fundamentais, sendo que tal desrespeito “não tem apenas consequência sobre os próprios actos políticos (gerando uma relação de validade-invalidade), antes poderá igualmente determinar consequências sobre os respectivos autores, fazendo-os responder pelas suas actuações ou omissões”.¹⁴⁶² Obviamente que, embora não seja possível a invalidação do ato, a circunstância de o ato ter maculado a Constituição será fundamento para a ação de responsabilização do governante (jurídica ou política), pelo que se invade a problemática da questão prejudicial entre jurisdições.¹⁴⁶³

Antes mesmo da implementação da responsabilidade para invalidação do ato (papel reservado à jurisdição ou à administração, neste último como controle interno), com os auspícios da Revolução Francesa, quando, no magistério de García de Enterría,¹⁴⁶⁴ o poder passa a ser “sistematicamente submetido a um juízo em que qualquer cidadão pode exigir-lhe justificações de seu comportamento ante o Direito”, a responsabilidade penal do agente público, cobrada em “processo penal”, era, ao lado do direito à resistência, os instrumentos de que dispunham os cidadãos para assegurar a proteção de seus direitos.

8.2 Responsabilidade da pessoa do governante: evolução

Inicia-se com uma pequena síntese da evolução cronológica da responsabilidade com acentuação na pessoa do governante, o que será esmiuçado nas seções seguintes (8.3. Responsabilidade do governante na Antiguidade; 8.4. Do Absolutismo ao Estado moderno: fase da irresponsabilidade; 8.5. Responsabilidade política do governante).

Embora a responsabilidade jurídico-criminal da pessoa do governante tenha antecedido a responsabilidade do Estado, já se notava, na Antiguidade (em especial,

¹⁴⁶¹ CANOTILHO e MOREIRA (Constituição da República...Vol. II, 2010, p. 906).

¹⁴⁶² Marco CALDEIRA (Actos políticos, direitos fundamentais e constituição, 2014, pp. 204, 503 e 504). Não obstante, referido autor apenas enxerga uma “relação de responsabilidade” no segundo caso (responsabilidade pela ação e omissão), não no caso de contencioso de invalidação.

¹⁴⁶³ A questão prejudicial é enfrentada com mais detalhes na seção 11.6.4, que diz respeito a um dos princípios gerais da conexão entre os sistemas de responsabilidade: a interdependência das decisões.

¹⁴⁶⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA (La lucha contra las inmunidades del poder ..., 1979, pp. 13-15).

Atenas e Roma), alguns mecanismos de responsabilidade pessoal do governante, tanto na vertente criminal quanto na vertente de prestação de contas. Após declínio destas formas antigas de governo, prevaleceu a irresponsabilidade do governante, durante o Estado feudal, estando o rei limitado apenas face a existência de poderes das autoridades locais (baronatos, bispados). No Estado Absolutista, a lei era entendida como expressão da vontade divina, implicando uma irresponsabilidade do governante (rei) e do próprio Estado. O absolutismo da era moderna reconheceu alguns limites, seja como resíduo do feudalismo, seja como consequência das doutrinas jusnaturalistas.¹⁴⁶⁵ Com o Estado liberal, a lei como racionalização da vontade geral implicou tanto o reconhecimento da responsabilidade do Estado em certas circunstâncias quanto o reconhecimento da responsabilidade do governante, esta sob certos privilégios, como a justiça política. Na responsabilidade do governante preponderava a vertente jurídico-criminal, cujo uso foi diminuído com a implantação da responsabilidade de invalidação do ato, mas que, posteriormente, veio a ser intensificado, especialmente na Inglaterra, onde imperava o parlamentarismo, com propósito de forçar a demissão do Primeiro-Ministro, que veio a ser a origem da responsabilidade política, instrumento célere para se efetuar a retirada do mau governante, assim considerado pelo parlamento.

Pode-se resumir da seguinte forma as fases da responsabilidade do governante:

- a) Responsabilidade na antiguidade.
- b) Irresponsabilidade.
- c) Responsabilidade criminal
 - c1) *Bill of Attainder* (lei-sentença).
 - c2) *Impeachment*.
- d) Responsabilidade política.

8.3 Responsabilidade do governante na Antiguidade

Embora a responsabilidade política seja uma “invenção do constitucionalismo moderno”, a responsabilidade do governante eleito foi uma “instituição permanentemente corrente no constitucionalismo da antiguidade”, já preconizava Loewenstein.¹⁴⁶⁶

¹⁴⁶⁵ DÍEZ-PICAZO (La criminalidad de los gobernantes, 1996, p. 18).

¹⁴⁶⁶ LOEWENSTEIN (Teoría de la constitución, 1976, pp. 70-71).

8.3.1 Atenas

A democracia ateniense, que começa com as reformas de Sólon (por volta de 590 a.C.) e termina com a derrota militar e a supressão da democracia no ano 322 d.C., adotou tanto procedimentos que permitiam a prestação de contas dos governantes em razão de sua gestão (ostracismo, por exemplo)¹⁴⁶⁷ quanto procedimentos para sancionamento dos governantes em face de condutas delituosas ou mesmo má condutas religiosas e políticas (*eisangelia*, *graphe paranomon*, *apophasis* etc.). A rigor, o sistema político de Atenas neste período evoluiu de uma oligarquia baseada no nascimento e na riqueza para uma democracia efetiva de cidadãos do sexo masculino.¹⁴⁶⁸

Na organização política anterior ao tempo de Drácon, as magistraturas (os magistrados mais importantes eram o rei, o polemarco e o arconte) eram designadas conforme a riqueza e a nobreza de nascimento, cujos mandatos eram inicialmente vitalícios, e, posteriormente, passaram a temporários (período de dez anos).¹⁴⁶⁹ Já havia nesta época o Conselho do Areópago, composto de magistrados denominados de Areopagitas, sendo encarregado de salvaguardar as leis e de administrar os assuntos mais importantes da cidade, sendo soberano na aplicação de castigos e de multas aos infratores.¹⁴⁷⁰

Durante o arcontado de Aristecmo, Drácon estabeleceu as suas leis (Constituição de Drácon). Segundo a Constituição de Drácon, aos magistrados eleitos cabia a “obrigação de exigir uma caução aos prítanes, estrategos e hiparcos do ano anterior, até à sua prestação de contas, tomando como garantia quatro cidadãos da mesma classe censitária que os estrategos e os hiparcos”.¹⁴⁷¹ O processo de prestação de contas era conhecido por *euthyna*, onde se avaliava, após seu término, como o mandato foi conduzido. O conselho do Areópago era o “guardião das leis e cabia-lhe zelar para que os magistrados cumprissem as suas funções dentro da legalidade”¹⁴⁷² e era o conselho

¹⁴⁶⁷ BEDÉGARAY e EMERI (La responsabilité politique, 1998, p. 7).

¹⁴⁶⁸ Jon ELSTER (Accountability in Athenian Politics, 1999, p. 259). Neste particular, convém destacar que, conforme magistério de BLUNTSCHLI (The theory of state, 1892, p. 459), somente participava da *Ecclésia* os cidadãos acima de 20 anos, que eram denominados de *demos*.

¹⁴⁶⁹ ARISTÓTELES (Constituição dos Atenienses, 2003, p. 23).

¹⁴⁷⁰ ARISTÓTELES (Constituição dos Atenienses, 2003, p. 25).

¹⁴⁷¹ ARISTÓTELES (Constituição dos Atenienses, 2003, p. 26).

¹⁴⁷² ARISTÓTELES (Constituição dos Atenienses, 2003, p. 27). O autor ainda menciona a prestação de contas, em que “o cidadão que fosse vítima de uma injustiça poderia fazer uma denúncia junto do conselho do Areópago, competindo-lhe indicar a lei violada”. Ocorre que, como bem pontuou o tradutor do livro, Delfim Ferreira Leão, a presença deste dispositivo nas leis de Drácon resulta de “uma retroprojectão anacrónica”, pois o direito à denúncia (*eisangelia*) somente foi estabelecido posteriormente por Sólon.

do Areópago “que, depois de convocar e de examinar soberanamente os candidatos, elevava ao poder os mais capazes, distribuindo-os por cada uma das magistraturas, durante um ano”.¹⁴⁷³ Os empréstimos eram feitos sob “hipoteca da liberdade pessoal”.¹⁴⁷⁴ As propriedades das terras estavam com uma minoria, e a maioria mantinha-se escrava. Assim, diante do rigor e do caráter antidemocrático das leis draconianas, não demorou muito para o povo ateniense se rebelar contra Drácon e suas leis, começando uma luta intensa, que se prolongou por vários anos, culminando em um acordo entre as duas facções rivais, consistente na escolha de Sólon como árbitro e arconte, o qual passou a dirigir Atenas.¹⁴⁷⁵

Sólon aproveitou apenas as leis de Drácon relativas ao homicídio e estabeleceu uma nova constituição, que tinha como principais elementos democráticos: “em primeiro lugar e o mais importante, a proibição de fazer empréstimos sob garantia da liberdade pessoal; em seguida, a concessão do direito, a quem o deseje, de exigir justiça em favor das partes lesadas; em terceiro, medida com a qual se diz que a massa do povo saiu, em especial, fortalecida, o direito de apelar ao tribunal popular: na verdade, quando o povo é senhor do voto, torna-se senhor do governo”.¹⁴⁷⁶ Estabeleceu ainda que “as magistraturas fossem tiradas à sorte a partir de uma lista seleccionada previamente por cada uma das tribos”.¹⁴⁷⁷ Criou a denúncia (*eisangelia*) para atos que colocassem em perigo a Constituição, como a tentativa de instaurar a tirania.¹⁴⁷⁸ Posteriormente, já no século IV a.C., outras condutas puderam ser objeto da denúncia: alta traição, dar a conhecer os inventários. Também poderia ser utilizado contra um cidadão ateniense em razão de “má conduta religiosa e política”.¹⁴⁷⁹ Ao conselho do Areópago, que sempre teve a função de salvaguardar as leis, supervisionar os assuntos mais importantes da cidade e sancionar os infratores com multas e castigos, atribuiu a função de zelar pela Constituição e julgar os que haviam conspirado para derrubar a democracia (a partir da denúncia que fora instituída por ele).¹⁴⁸⁰ Outra importante contribuição de Sólon para a democracia ateniense foi a criação do Conselho dos Quatrocentos, composto por cem membros de cada tribo, o qual forma, junto com o Conselho de Areópago, as bases que

¹⁴⁷³ ARISTÓTELES (Constituição dos Atenienses, 2003, p. 32).

¹⁴⁷⁴ ARISTÓTELES (Constituição dos Atenienses, 2003, p. 27).

¹⁴⁷⁵ ARISTÓTELES (Constituição dos Atenienses, 2003, p. 27).

¹⁴⁷⁶ ARISTÓTELES (Constituição dos Atenienses, 2003, p. 34).

¹⁴⁷⁷ ARISTÓTELES (Constituição dos Atenienses, 2003, p. 31).

¹⁴⁷⁸ ARISTÓTELES (Constituição dos Atenienses, 2003, p. 27).

¹⁴⁷⁹ Jon ELSTER (Accountability in Athenian Politics, 1999, p. 268).

¹⁴⁸⁰ ARISTÓTELES (Constituição dos Atenienses, 2003, p. 27).

equilibravam os interesses popular e aristocrático.¹⁴⁸¹ Estabeleceu ainda que, “se a cidade estivesse em dissensão, quem não pegasse em armas por nenhum dos partidos seria punido com atimia e não tomaria parte na vida da cidade”.¹⁴⁸² Atimia, nesse sentido, corresponde a um tipo de proscricção, total ou parcial, a ser cumprido dentro da própria cidade, havendo, assim, uma diminuição dos direitos cívicos.

Incomodado com a avalanche de críticas e de perguntas sobre suas leis, Sólon resolveu fazer uma viagem por 10 anos, tendo sido escolhido como arconte Damásias, e, depois dele, vários outros, marcando um período de grande instabilidade social, até que o povo alçou Clístenes a seu líder, encerrando uma série de governos tiranos.

Clístenes procedeu a uma reorganização do corpo cívico, introduzindo mais elementos democráticos que a Constituição de Sólon, criou novos quadros políticos, ampliou o acesso ao poder, instituiu o Conselho dos Quinhentos.¹⁴⁸³ Também estabeleceu a lei do *ostracismo* por volta de 508 a.C. Competia à Assembleia do Povo (*Ecclésia*), uma vez por ano, reunir-se para decidir a aplicação da pena de banimento por dez anos aos cidadãos que atentassem contra a democracia, tornando-se um importante instrumento contra os tiranos.¹⁴⁸⁴ Esta lei foi utilizada diversas vezes, como por exemplo, contra Hiparco, Mégacles, Xantipo, Temístocles. No exílio, o apenado não perdia a propriedade de suas terras e outros direitos de cidadão.¹⁴⁸⁵ Os ostracizados tinham que residir nos cabos Geresto e Ciléon, sob pena de serem punidos com atimia definitiva.¹⁴⁸⁶

A Constituição de Atenas foi se tornando cada vez mais democrática até as Guerras Médicas (primeiro quarto do século IV a.C.), ao fim das quais o “Conselho do Areópago recuperou o seu vigor, passando a administrar a cidade”, por quase duas décadas, ocasião em que houve “aumento do poder da multidão, [e] tornou-se chefe do povo Efiátes”, tendo este destituído muitos dos areopagitas utilizando-se de processo de prestação de contas (*euthyna*) relativas ao cargo de arconte que exerceram anteriormente.¹⁴⁸⁷ Em seguida, houve alternância entre governos oligárquicos (governo dos quatrocentos), democráticos e tiranos (dos Trinta e dos Dez), até se chegar a 12^a

¹⁴⁸¹ ARISTÓTELES (Constituição dos Atenienses, 2003, p. 33).

¹⁴⁸² ARISTÓTELES (Constituição dos Atenienses, 2003, p. 33).

¹⁴⁸³ ARISTÓTELES (Constituição dos Atenienses, 2003, pp. 51-54).

¹⁴⁸⁴ BIDÉGARAY e EMERI (La responsabilité politique, 1998, p. 7).

¹⁴⁸⁵ Jon ELSTER (Accountability in Athenian Politics, 1999, p. 260).

¹⁴⁸⁶ ARISTÓTELES (Constituição dos Atenienses, 2003, p. 57).

¹⁴⁸⁷ ARISTÓTELES (Constituição dos Atenienses, 2003, pp. 57-60).

reforma da constituição originária, que tinha as seguintes marcas:¹⁴⁸⁸ a) o Conselho dos Quinhentos era composto por cinquenta membros de cada tribo, escolhido por sorteio, e a pritania [presidência] era exercida por cada tribo; b) nas reuniões da Assembleia, convocada pelo prítane do Conselho, votava-se, de mão levantada, a continuação dos magistrados no cargo (caso estivesse desempenhando bem as funções), a acusação de alta traição e o ostracismo; c) “o conselho tinha poder para condenar ao pagamento de multas, à prisão e à morte”, mas depois de o prítane Eumélides de Alópece ter rejeitado dar cumprimento à condenação por morte do Conselho, alegando que não se poderia condenar nenhum cidadão sem prévia decisão do tribunal do povo, o qual foi submetido a julgamento e absolvido, as regras foram mudadas para contemplar recurso do Conselho para o tribunal; d) o conselho escolhe por sorteio dez membros para funcionar como “auditores de contas” e, assim, avaliar a gestão dos magistrados, e, caso não acolham as contas, determina-se a devolução dos valores envolvidos, cabendo da decisão apelo ao tribunal; e) qualquer cidadão poderá “apresentar queixa, privada ou pública, contra algum dos magistrados que prestou contas diante do tribunal, pode fazê-lo dentro do prazo de três dias a seguir a essa prestação.”

Nota-se (vide itens “d” e “e” acima) que a responsabilidade não se limitava à vertente política (avaliação do governante pela Assembleia do povo), havendo também uma responsabilidade jurídico-financeira pela aplicação dos recursos públicos, modalidade que será examinada na seção 8.8.

O ostracismo desapareceu no século 400 a.C. sendo substituído pelo *graphe paranomon*,¹⁴⁸⁹ utilizado pela primeira vez por volta de 415 a.C., e tinha o escopo de anular as resoluções tomadas pela Assembleia do povo, em razão de ofensa à Constituição e às leis.¹⁴⁹⁰ Cuidava-se de uma ação penal movida contra o proponente da resolução perante os tribunais ordinários. Além da anulação da resolução, ao acusado eram infligidas pena de multa e perda de direitos civis.¹⁴⁹¹

Por volta de 340 a.C., foi introduzido o instituto *apophasis*, semelhante ao *eisangelia*, utilizado contra os que praticavam “crimes políticos, como traição, tentativas de derrubar a democracia, e suborno”, diferenciando-se da *eisangelia* na medida em que a iniciativa da acusação ficava a cargo não de um indivíduo mas do

¹⁴⁸⁸ ARISTÓTELES (Constituição dos Atenenses, 2003, pp. 91-99).

¹⁴⁸⁹ Jon ELSTER (Accountability in Athenian Politics, 1999, p. 261).

¹⁴⁹⁰ BIDÉGARAY e EMERI (La responsabilité politique, 1998, p. 7).

¹⁴⁹¹ Jon ELSTER (Accountability in Athenian Politics, 1999, p. 277).

Conselho do Areópago ou da própria Assembleia.¹⁴⁹² Em ambas situações, o Conselho do Areópago apresenta um veredito preliminar para a Assembléia; se for considerado não culpado, o caso é arquivado; se culpado, o processo segue para a Assembleia, que pode rejeitar o veredito preliminar ou confirmá-lo, e, neste último caso, enviar para os tribunais para a decisão final. Uma das penas era a perda de direitos civis.¹⁴⁹³

Os sistemas de responsabilidade em Atenas, caracterizados por atuarem de maneira “*direct, continuous, and comprehensive*”, nas exatas palavras de Day e Klein,¹⁴⁹⁴ diferenciam-se dos sistemas das democracias modernas e contemporâneas nos seguintes aspectos: a) não havia Ministério Público, de modo que dependiam da iniciativa de um cidadão não apenas os processos cíveis como também os processos criminais e até mesmo os que envolviam crimes contra o Estado;¹⁴⁹⁵ b) a responsabilização na antiguidade somente ocorria *ex post*, enquanto atualmente ocorre também *ex ante*, razão pela qual em Atenas o processo de prestação de contas após o exercício do cargo tinha posição fundamental no sistema político, pois tentava contrabalancear a seleção aleatória dos magistrados;¹⁴⁹⁶ c) nas democracias modernas, as pessoas são responsabilizadas quando elas são comprovadamente incompetentes ou comprovadamente desonestas, ao passo que, em Atenas, elas também poderiam ser punidas por “pura má sorte”;¹⁴⁹⁷ d) a influência da oratória dos líderes nas assembleias populares era incomparavelmente superior à influência dos representantes do povo no parlamento, mesmo incluindo a influência exercida por intermédio da mídia.¹⁴⁹⁸

A responsabilidade financeira (modalidade jurídica), cujas origens, como visto, remontam a Atenas, “não é nem lógica nem historicamente ligada à responsabilidade política vista como responsabilidade perante o povo”, pois, ao contrário desta última, era um “exercício técnico e neutro”, estava ligada à “noção de governo como administração de um Estado”.¹⁴⁹⁹ Esta modalidade de responsabilidade financeira é independente da responsabilidade política, embora o inverso não seja correto, pois a primeira é um “*input* necessário” da segunda.¹⁵⁰⁰ Na seção 8.8, demonstra-se que a

¹⁴⁹² Jon ELSTER (Accountability in Athenian Politics, 1999, p. 270).

¹⁴⁹³ Jon ELSTER (Accountability in Athenian Politics, 1999, p. 277).

¹⁴⁹⁴ DAY e KLEIN (Accountabilities: Five Public Services, 1987, p. 6).

¹⁴⁹⁵ Jon ELSTER (Accountability in Athenian Politics, 1999, p. 262).

¹⁴⁹⁶ Jon ELSTER (Accountability in Athenian Politics, 1999, p. 254 e 276). No mesmo sentido, DUNN (Situating democratic political accountability, 1999, p. 332).

¹⁴⁹⁷ Jon ELSTER (Accountability in Athenian Politics, 1999, p. 276).

¹⁴⁹⁸ BLUNTSCHLI (The theory of state, 1892, p. 460).

¹⁴⁹⁹ DAY e KLEIN (Accountabilities: Five Public Services, 1987, p. 8).

¹⁵⁰⁰ DAY e KLEIN (Accountabilities: Five Public Services, 1987, pp. 8-9).

responsabilidade financeira, na contemporaneidade, tem duas vertentes: uma jurídica (responsabilidade financeira) e outra política (responsabilidade pela execução geral do orçamento).

8.3.2 Roma

Roma, assim como Atenas, é “exemplo de como houve responsabilidade onde quer que imperasse a lei”.¹⁵⁰¹ Na República romana, merece destaque alguns procedimentos para apuração de uma responsabilidade específica dos titulares de cargos públicos.¹⁵⁰² Os magistrados não podiam ser processados durante o exercício do cargo, mas, após o seu término, voltavam a ser cidadão comum, podendo, assim, ser processados em face de atos cometidos no exercício das suas funções. Mas para evitar que eles fossem objeto de pura vingança, a Lei das Doze Tábuas (450 a.C.), aperfeiçoada pela *Lex Valeria* (300 a.C.), criou o *provocatio ad populi*, pelo qual os magistrados condenados poderiam solicitar um julgamento do povo para comutar a pena.

Os governantes sempre tiveram, “nos punhais dos súditos infiéis, a sanção de sua responsabilidade de fato”, como ocorreu com Públio Cipião, o Africano, estadista de Roma, conhecido por ter derrotado Aníbal de Cartago, na batalha de Zama (ou de Waterloo), que “foi perseguido pelo clamor tribúncio e as censuras de Catão, foi também compelido a exilar-se no interior da Itália (183 a.C.), acusado que era de malversação de dinheiros públicos”.¹⁵⁰³

Na fase imperial, em vista de frequentes abusos de governadores das províncias, foram criados tribunais especiais para julgar os titulares de cargos públicos, por infrações graves cometidos no exercício das funções públicas: *quaestiones extraordinariae* (contra irregularidades), *quaestiones repetundarum perpetua* mais tarde chamados *quaestiones perpetuae* (contra os desvios de recursos públicos).

Estes sistemas de responsabilidade dos gestores públicos se perpetuaram na vertente criminal por meio de “avatars de justiça feudal”, para gradualmente assumirem uma conotação mais política, visando especificamente os titulares do poder autoridade governamental.¹⁵⁰⁴

¹⁵⁰¹ Paulino JACQUES (Curso de direito constitucional, 1974, p. 248).

¹⁵⁰² BIDÉGARAY e EMERI (La responsabilité politique, 1998, p. 8).

¹⁵⁰³ Paulino JACQUES (Curso de direito constitucional, 1974, p. 248).

¹⁵⁰⁴ BIDÉGARAY e EMERI (La responsabilité politique, 1998, p. 8).

8.4 Do Absolutismo ao Estado moderno: fase da irresponsabilidade

O sistema de responsabilidade na antiguidade, em especial Atenas, era simples (poucos sujeitos na relação), direto (poucos intermediários entre os extremos da relação), contínuo (vários momentos de aferição da responsabilidade antes mesmo do término do mandato) e responsivo (levava em conta as preferências do cidadão, aferidas pela votação em assembleia popular), podendo ser sintetizado na figura abaixo:¹⁵⁰⁵

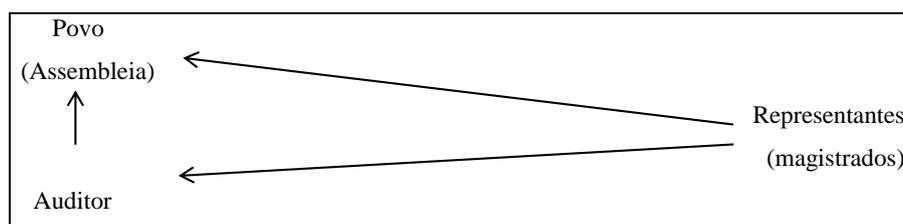


Figura 1. Responsabilidade na antiguidade

No Estado feudal, o sistema de responsabilidade, assim como em Atenas, era marcado pela simplicidade, isso em termos de quantidade de pessoas na relação. Nesta época, a legitimidade do governante não decorria do povo, mas de Deus, a quem ele respondia em última instância, daí porque vigorava no plano terrestre a irresponsabilidade do governante.

Com a especialização e divisão do trabalho no século XII, vê-se surgir uma estrutura burocrática no âmbito do governo, e, conseqüentemente, houve a necessidade de um sistema de controle sobre esta nova estrutura. A limitação do poder real que havia era por conta da “amplitude da ‘potestas’ das autoridades locais, com os baronatos e os bispados”.¹⁵⁰⁶ Assim, pode-se representar o sistema de responsabilidade no feudalismo, quando ainda não havia parlamento, da seguinte forma:

¹⁵⁰⁵ DAY e KLEIN (Accountabilities: Five Public Services, 1987, p. 10).

¹⁵⁰⁶ Paulino JACQUES (Curso de direito constitucional, 1974, p. 21).

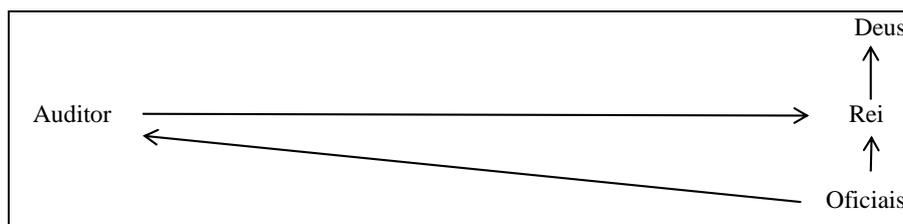


Figura 2. Responsabilidade no feudalismo

Na era moderna, agregam-se aos decorrentes do resíduo do feudalismo alguns limites gerados pelas doutrinas jusnaturalistas.¹⁵⁰⁷ No século XIII, o instituto do parlamento começou a se desenvolver,¹⁵⁰⁸ quando os barões feudais impuseram ao rei João-sem-Terra a Magna Carta (1215), com diversas exigências, entre as quais, o prévio consentimento da assembleia de nobres para a criação de tributo. A partir do século XVI, a crença da legitimidade divina do rei é contestada, crescendo a importância do parlamento na vida política da sociedade, gerando um longo embate entre o rei e parlamento, especialmente no que tange à possibilidade de controle do parlamento sobre o rei quanto aos gastos públicos.¹⁵⁰⁹ É na modernidade que se regulou “o processo de responsabilização individual dos altos agentes do Poder Público”.¹⁵¹⁰ Na Inglaterra, surgiu o *Bill of Attainder* (século XVI), seguido do *Impeachment* (século XVII). Em 1628, em resposta à solicitação do rei Carlos I de aprovação de tributos sob a ameaça de ele mesmo impor novos tributos, o parlamento inglês redigiu a *Petition of Rights*, reafirmando que nenhum tributo poderia ser cobrado sem o consentimento do parlamento e condenando a utilização de empréstimos forçados ou mesmo gratuitos, com o qual teve o rei que concordar. Após a Revolução Gloriosa (1688),¹⁵¹¹ o parlamento inglês aprovou em 1689 o *Bill of Rights*, afirmando sua competência não apenas para autorizar a criação de tributo (já previsto na Carta Magna) como também para fixar o total das despesas públicas.¹⁵¹² Na Espanha, havia, desde a baixa idade

¹⁵⁰⁷ DÍEZ-PICAZO (La criminalidad de los gobernantes, 1996, p. 18).

¹⁵⁰⁸ O parlamento de 1295 é considerado o primeiro parlamento representativo. Ele incorporou o baixo clero e dois membros de cada um dos distritos do país.

¹⁵⁰⁹ Patricia DAY e Rudolf KLEIN (Accountabilities: Five Public Services, 1987, p. 12).

¹⁵¹⁰ Paulino JACQUES (Curso de direito constitucional, 1974, p. 249).

¹⁵¹¹ O parlamento inglês se reuniu em janeiro de 1689 e decidiu que a fuga do rei Jaime II, da dinastia Stuart, equivaleria à abdicação ao trono, empossando, assim, como rei o seu genro Guilherme de Orange (Guilherme III) e como rainha a sua filha Maria (Maria II).

¹⁵¹² Luciana Ribeiro CAMPOS (Direito orçamentário em busca da sustentabilidade, 2015, p. 40) aponta que não havia proposta formalizada para a realização de despesas, a ser votada no parlamento. Este votava a proposta anual para as receitas, que era apresentada ao parlamento pelo Chanceler do Tesouro (*Chancellor of the Exchequer*), espécie de Secretário do Tesouro ou Ministro das Finanças, e, quando do discurso do Chanceler perante a Câmara dos Comuns no *Budget Day*, ele fazia apenas

média, o juízo da residência, pelo qual os agentes do rei, ao terminar o mandato, estavam obrigados a permanecer em seu lugar de destino por um período de residência de 3 a 6 meses, quando qualquer pessoa poderia apresentar queixa contra eles.¹⁵¹³ A relação entre parlamento e rei passa a ser crucial no modelo de separação dos poderes de Locke no século XVIII. E com o sistema representativo no século XIX, entra em cena mais uma figura relevante na política, gerando um complexidade maior no sistema de responsabilidade, que pode ser assim esquematizado:

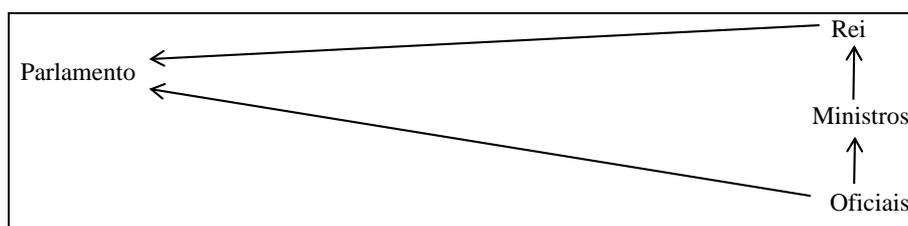


Figura 3. Responsabilidade no Estado moderno representativo

Como bem relatam Day e Klein,¹⁵¹⁴ durante mais de um século após a Revolução Gloriosa (1688), o parlamento inglês tentou realizar controle sobre os gastos do governo por meio de criação de uma variedade de comissões temporárias e comitês, sendo uma das mais notáveis a comissão estatutária encarregada de examinar as contas públicas em 1780, durante o governo do Primeiro-Ministro Lord North, quando se considerou a questão financeira como uma matéria técnica e administrativa, que demandava uma abordagem independente do parlamento e da Coroa, além de exigir uma maior profundidade da análise das contas, incluindo economia e eficiência. O maior desenvolvimento da responsabilidade ocorreu em 1866, com a promulgação de *Exchequer and Audit Department Act*, que criou o cargo de Controlador e Auditor-geral, que embora nomeado pelo executivo, dele agia com independência, sendo responsável apenas perante o parlamento.¹⁵¹⁵ Eis uma síntese do mecanismo de responsabilidade:

referência ao gasto público. Ou seja, havia apenas limite para as despesas públicas, não uma autorização de despesas.

¹⁵¹³ DÍEZ-PICAZO (La criminalidad de los gobernantes, 1996, p. 19).

¹⁵¹⁴ Patricia DAY e Rudolf KLEIN (Accountabilities: Five Public Services, 1987, p. 14).

¹⁵¹⁵ O *Committee of Public Accounts* (Comitê de Contas Públicas) estabelecido em 1861 por William Gladstone ficou encarregado de supervisionar o trabalho do Controlador e Auditor-Geral.

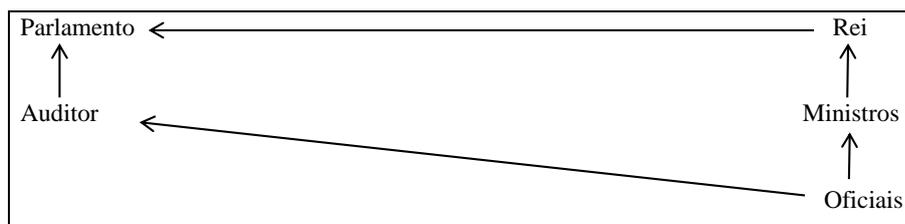


Figura 4. Responsabilidade no Estado moderno representativo com Auditoria independente

Com o advento do Estado Liberal, a legitimidade do poder retorna ao povo, a quem seus representantes, reunidos no parlamento, devem responder em última instância. O sistema de responsabilidade em regime parlamentar pode ser sintetizado pela figura a seguir:

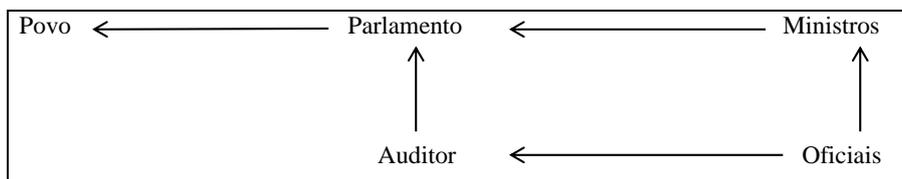


Figura 5. Responsabilidade no Estado Liberal

Nas monarquias, o rei foi perdendo poderes de decisão na condução dos destinos do país com a criação do parlamentarismo e a instalação do governo por gabinete, mas foi-se afirmando a sua irresponsabilidade nestas áreas, embora por outro fundamento:¹⁵¹⁶ se antes não respondia aos representantes do povo em decorrência da legitimidade divina de seu mandato, agora a irresponsabilidade decorre da ausência de poderes decisórios. Continuava a vigorar o adágio *King can do no wrong*.¹⁵¹⁷ Nos países europeus onde as monarquias não aceitaram o movimento de limitação dos poderes monárquicos, abriram-se as portas para a instalação das Repúblicas.¹⁵¹⁸ Os instrumentos da irresponsabilidade do governante (no caso do chefe de Estado) eram a regra da contra-assinatura ministerial e a regra do acompanhamento.¹⁵¹⁹ A assinatura do chefe de

¹⁵¹⁶ BIDÉGARAY e EMERI (La responsabilité politique, 1998, p. 9). Dizem basicamente que « *L'irresponsabilité n'a été accordée qu'en contrepartie de la perte du pouvoir de décision* ». Este movimento ocorreu tanto na Inglaterra quanto nos países continentais europeus, conforme adicionam BIDÉGARAY e EMERI (La responsabilité politique, 1998, p. 11).

¹⁵¹⁷ No período imperial brasileiro, a Constituição de 1824 estabelecia no artigo 99 que “a Pessoa do Imperador é inviolável, e Sagrada: Elle não está sujeito a responsabilidade alguma”.

¹⁵¹⁸ BIDÉGARAY e EMERI (La responsabilité politique, 1998, p. 12).

¹⁵¹⁹ BIDÉGARAY e EMERI (La responsabilité politique, 1998, pp. 13-15).

governo e a de seus ministros nos expedientes que são encaminhados ao chefe de Estado para promulgação e publicação têm a exata função de atestar que as formalidades necessárias à formação do ato (lei, decreto, *ordonnance* etc.) foram devidamente cumpridas. A regra do acompanhamento é o correlato natural do primeiro instrumento e prescreve que o chefe do Estado parlamentar nunca deve se apresentar sozinho em público, seja em mensagens ou correspondências, seja em discursos. Isso com intuito de não evidenciar desarmonia entre ele e o governo.

8.5 Responsabilidade política do governante

Cronologicamente, a responsabilidade do governante foi inicialmente concretizada por uma responsabilidade criminal (individual), passando para uma responsabilidade política (coletiva),¹⁵²⁰ e, quando no século XX entrou em crise a responsabilidade política, houve um retorno à responsabilidade criminal (individual) dos governantes, e, mais recentemente, tem se construído uma vertente de responsabilidade política (individual) dos ministros do governo.

A gênese da responsabilidade política do governo perante o parlamento encontra-se no direito inglês, onde mecanismos de responsabilidade criminal eram constantemente utilizados para fins políticos.¹⁵²¹

Contra a arbitrariedade da dinastia Stuart e seus tribunais de exceção, a Grande Rebelião (1640-1642) e a Revolução Gloriosa (1688) conseguiram impor o princípio da igualdade dos governantes e governados perante a lei, inclusive no que tange à sujeição aos mesmos tribunais, seja processo civil, seja processo criminal.¹⁵²² Esta sujeição de todos os governantes às mesmas leis aplicadas aos cidadãos compõe o “núcleo duro da *rule of law*”, que, ao lado da soberania do parlamento, compõe os dois fundamentos do constitucionalismo inglês.¹⁵²³ Daí porque o constitucionalismo inglês recusa qualquer regime especial de responsabilidade criminal dos governantes. Como resultado dos conflitos entre Coroa e Parlamento, surgiram, contudo, duas exceções ao monopólio dos tribunais ordinários: *Bill of Attainder* e *Impeachment*.

¹⁵²⁰ BIDÉGARAY (Le principe de responsabilité fondement de la démocratie, 2000, p. 6).

¹⁵²¹ LOEWENSTEIN (Teoría de la constitución, 1976, p. 71).

¹⁵²² BIDÉGARAY e EMERI (La responsabilité politique, 1998, p. 22).

¹⁵²³ DÍEZ-PICAZO (La criminalidad de los gobernantes, 1996, pp. 51-53).

8.5.1 Origens da responsabilidade política

8.5.1.1 *Bill of Attainder*

O *Bill of Attainder* era uma condenação decretada por lei, um júízo penal realizado de maneira legislativa, tinha conteúdo individual de pena, sem garantias processuais semelhantes às asseguradas ao réu na jurisdição ordinária penal.¹⁵²⁴

No século XVI, antes da supremacia do parlamento, o *Bill of Attainder* foi utilizado por Henrique VIII e Elizabeth I, direcionando-o contra seus adversários, “privando-os da garantia de irretroatividade das leis”, e, assim, condenando-os a sanções criminais estabelecidas pelas novas leis.¹⁵²⁵

Quando o parlamento no século XVII se agigantou na estrutura política inglesa, o *Bill of Attainder* foi substituído pelo *impeachment*, que ressurgiu de um longo período de hibernação, da metade do século XV até o primeiro quarto do século XVII.¹⁵²⁶ Contudo, mesmo assim, o *Bill of Attainder* ainda foi utilizado em 1640, quando, após 12 anos sem parlamento, Carlos I convocou um outro. O novo parlamento, que, além de reformista, era revolucionário, acusou de alta traição ao rei o conde de Strafford. Contudo, como o conde era o servidor mais fiel a Carlos I, não era possível utilizar o *impeachment*; assim, o parlamento promulgou um *Bill of Attainder*, retirando do conde as “garantias de uma corte de Justiça, o que importava na legalização de um assassínio”, e que o rei não teve outra saída que não sancionar a lei.¹⁵²⁷

Esta lei-sentença, aplicada retroativa e pessoalmente, era procedimento odioso.¹⁵²⁸ O *Bill of Attainder*, sem dúvida, era um atentado à separação dos poderes, e foi expressamente proibido, junto com decretos de proscricção e leis retroativas em geral, pelos Federalistas.¹⁵²⁹ Cuida-se dos “*extemporary arbitrary decrees*” referidos por Locke, e constam como limites na Constituição Americana ao Poder Legislativo (art. I, sec. 9, cl. 3).

¹⁵²⁴ DÍEZ-PICAZO (La criminalidad de los gobernantes, 1996, p. 53).

¹⁵²⁵ BIDÉGARAY (Le principe de responsabilité fondement de la démocratie, 2000, p. 6).

¹⁵²⁶ Paulo BROSSARD (O impeachment, 1992, pp. 24-26). O autor assevera que o *Bill of Attainder* prosperou precisamente com a hibernação do *impeachment*, ocorrida em data não precisa, entre 1449 e 1459, após um período de atuação que se prolongou desde momento também não preciso, entre o fim do século XIII e início do século XIV.

¹⁵²⁷ Paulino JACQUES (Curso de direito constitucional, 1974, p. 35).

¹⁵²⁸ ESMEIN (Éléments de droit constitutionnel français et comparé. Tome I., 1921, p. 148). Em suas precisas palavras: “*C’est une loi véritable, odieusement personnelle et rétroactive*”.

¹⁵²⁹ HAMILTON, MADISON e JAY (O federalista, 2003, p. 459).

8.5.1.2 *Impeachment inglês e o surgimento da responsabilidade política*

O *impeachment* surgiu na Inglaterra entre os séculos XIII e XIV como um processo criminal contra qualquer cidadão, que se iniciava com denúncia perante a Câmara dos Comuns, seguia procedimento judicial, e era submetido a julgamento na Câmara dos Lordes, que era o órgão supremo jurisdicional.¹⁵³⁰ Foi idealizado para possibilitar punições, pelo parlamento inglês, daqueles que estavam além do alcance da lei ou que nenhuma outra autoridade iria processar, especialmente os nobres e frequentadores da corte, tendo sido muito utilizado contra as pretensões absolutistas, representando, de início, “uma das grandes conquistas do Parlamento contra a prepotência real, que, embora não fosse diretamente atingida, tinha sua ação limitada pela repressão ministerial”,¹⁵³¹ constatando-se um decréscimo com a implantação da monarquia constitucional.

Sua evolução, assim como a maioria dos institutos político-jurídicos, não teve uma cronologia definida, não foi inteiramente estruturado,¹⁵³² mas é possível alinhar três fases: puramente criminal, político-criminal e puramente criminal.

Na fase puramente criminal, ocorrida até o século XV, era admissível apenas contra ofensa às leis criminais, sendo aplicáveis ao réu as sanções nelas estabelecidas. Contudo, em se tratando de crimes capitais, logo foi fixado precedente no sentido de que a Câmara dos Lordes era livre para escolher e estabelecer as penas, que poderiam ser de destituição do cargo, desonra, exílio, prisão e morte.¹⁵³³ Admitiu-se, em seguida, o processo quando de ofensa também à Constituição, mas ainda com referência a crimes, embora com tipificação bastante aberta.

Na segunda fase, político-criminal, verificada nos séculos XVII e XVIII, expandiu-se mais um pouco o escopo do *impeachment* para admitir o processo não apenas em caso de crimes mas também nos casos de faltas graves prejudiciais ao país, independentemente de tipificação legal ou constitucional.¹⁵³⁴ Sem deixar de ser processo criminal, o *impeachment* ganha contornos políticos, passando a ser admitido até mesmo em casos puramente políticos.¹⁵³⁵ Por meio dele, os Comuns costumavam

¹⁵³⁰ DÍEZ-PICAZO (La criminalidad de los gobernantes, 1996, p. 53).

¹⁵³¹ Paulino JACQUES (Curso de direito constitucional, 1974, p. 249).

¹⁵³² Paulo BROSSARD (O impeachment, 1992, p. 25).

¹⁵³³ Paulo BROSSARD (O impeachment, 1992, p. 27).

¹⁵³⁴ Foi nesta fase que sucedeu a tentativa de *impeachment* contra o duque de Buckingham, ministro de Carlos I.

¹⁵³⁵ Paulo BROSSARD (O impeachment, 1992, p. 27).

acusar os ministros do rei seja por crime seja por “mau procedimento no exercício de suas funções”.¹⁵³⁶

A vitória do parlamento sobre a Coroa em 1688 e o controle sobre o governo obtido por meio do voto anual sobre o orçamento e os impostos, aliados à formação de dois grandes partidos e ao advento de uma dinastia estrangeira, contribuiu para uma mudança gradual do sistema de governo baseado em conselho privado a um sistema de governo de gabinete, e, na sequência, de gabinete responsável perante o parlamento, ficando, assim, em desuso o *impeachment*, registrando-se sua última utilização em 1848, intentado contra Lord Palmerston Robert Peel.¹⁵³⁷

O que mais contribuiu para o nascimento da responsabilidade política foi a ameaça do uso do *impeachment*. A simples ameaça de responsabilização criminal fazia com que os ministros pedissem demissão ministerial, sendo necessário formar outro gabinete.¹⁵³⁸ Robert Walpole, líder do gabinete,¹⁵³⁹ em 1742, deixa o governo, sob ameaça de *impeachment*, anunciando que é preferível a demissão que a degolação. Lord North, em 1782, junto com seu gabinete, demitiu-se, sob simples censura da Câmara dos Comuns, o que deu início à responsabilidade política do governo perante o parlamento, ficando, desde então, o *impeachment* reservado novamente apenas à matéria criminal, que corresponde à terceira fase do *impeachment*.

8.5.2 Dimensões clássicas da responsabilidade política

8.5.2.1 Responsabilidade política institucional parlamentar

Como visto, a responsabilidade política surgiu como uma responsabilidade individual do ministro (demissão do ministro em face de ameaça de responsabilização na esfera criminal), e em razão do caráter colegiado do Governo e a partir do afastamento de Lord North e de todo seu gabinete em 1782 na Inglaterra, em virtude de voto de desconfiança parlamentar, evoluiu para uma responsabilidade coletiva.¹⁵⁴⁰

A responsabilidade política tem, no direito constitucional, uma incerteza relativa à sua definição, surgindo ora como “perda do poder”, ora como “demissão dos

¹⁵³⁶ Paulino JACQUES (Curso de direito constitucional, 1974, p. 249).

¹⁵³⁷ Paulo BROSSARD (O impeachment, 1992, p. 27 e 29). Nesta fase, ocorreram os impedimentos de Warren Hastings, em 1787, e Lord Melville, em 1805, ambos ministros do rei Jorge III, como apregoa Paulino JACQUES (Curso de direito constitucional, 1974, p. 249).

¹⁵³⁸ BIDÉGARAY (Le principe de responsabilité fondement de la démocratie, 2000, p. 6).

¹⁵³⁹ O cargo de Primeiro-Ministro não era, nesta época, reconhecida oficialmente.

¹⁵⁴⁰ Maria Benedita URBANO (Responsabilidade política e responsabilidade jurídica, 2003, p. 38).

governantes” após “perda da confiança” dos membros do Parlamento, mas que podem ser aglutinados sob a ideia de “revogação”.¹⁵⁴¹ Historicamente, o surgimento de mecanismos jurídicos de responsabilidade política ocorre com a implantação do regime parlamentarista, daí porque está atrelada à demissão do governo.

Segundo Éric Millard,¹⁵⁴² a responsabilidade política tem fundamento contratual, sendo que, para Jean-Michel Blanquer,¹⁵⁴³ parece forçado adaptar a responsabilidade política no esquema falta-sanção.

Philippe Ségur¹⁵⁴⁴ enumera três caracteres para configuração de autêntica responsabilidade política: 1) a iniciativa do procedimento não deve ser voluntária, e deve ser atribuída a uma instância exterior ao agente; 2) uma clara manifestação de vontade; 3) uma sanção revocatória. Estas três características, em menor ou maior grau, também são encontradas na responsabilidade jurídica. A propósito, a remoção do cargo também pode ser alcançada por meio da responsabilidade penal, embora esta não tenha um enfoque inibitório, preventivo, como na responsabilidade política.

Canotilho leciona que a responsabilidade política deriva da “quebra da relação de confiança política que existe ou deve existir entre o titular do órgão em causa e o órgão que o propôs ou aceitou”, traduzindo-se numa responsabilidade parlamentar do governo, quer dizer, é uma responsabilidade de todo o governo, não individualmente por ministro, perante a Assembléia da República.¹⁵⁴⁵

Como salienta Benedita Urbano,¹⁵⁴⁶ a responsabilidade política tem características peculiares; não se baseia necessariamente em condutas ilícitas, podendo sustentar-se “no caráter errôneo ou no total fracasso da decisão política”. A responsabilidade política pauta-se por critérios de oportunidade e não de legalidade. A responsabilidade política tem o objetivo não de reparar eventual dano mas sim de promover a remoção de um governante de suas funções. Não considera que a responsabilidade política seja uma responsabilidade residual (ou *passé-partout*), ou seja, que abrangeria todos os atos que não pudessem ser objeto de responsabilização jurídica.

¹⁵⁴¹ Philippe SÉGUR (Qu'est-ce que la responsabilité politique?, 1999, p. 1506).

¹⁵⁴² Éric MILLARD (La signification juridique de la responsabilité politique, 2000, p. 98).

¹⁵⁴³ Jean-Michel BLANQUER (Un Phenix Juridique: la Responsabilité, 2000, p. 282).

¹⁵⁴⁴ Philippe SÉGUR (Qu'est-ce que la responsabilité politique?, 1999, pp. 1618-1621).

¹⁵⁴⁵ Gomes CANOTILHO (Direito constitucional e teoria da constituição, 2003, p. 644).

¹⁵⁴⁶ Maria Benedita URBANO (Responsabilidade política e responsabilidade jurídica, 2003, p. 42).

8.5.2.2 *Juridicidade da responsabilidade política*

Remotamente, na época do nascimento da responsabilidade política, discutia-se se ela era um gênero autônomo de responsabilidade ou uma espécie da responsabilidade jurídica ao lado das demais espécies, como a penal e a civil. É certo que a referida responsabilidade é política, porque o objeto da atividade se insere no campo da política, porque o juízo para determinação das sanções lida com valores políticos mais que jurídicos e porque implica uma quebra da relação de confiança pública.¹⁵⁴⁷ Atualmente, quase a unanimidade dos autores¹⁵⁴⁸ sustenta que a responsabilidade política não tem apenas aspectos políticos, tem também elementos jurídicos, é, assim, uma responsabilidade jurídico-política, importando saber quais elementos e o grau de vinculação jurídica. Vejam-se com mais vagar as correntes que se formaram desde então, ponendo-se agrupar, na esteira de Philippe Ségur,¹⁵⁴⁹ em teses *confusionistas* (Benjamin Constant, Maurice Hauriou e Carré de Malberg) e teses *diferenciadoras* da responsabilidades política e jurídico-penal.

Benjamin Constant, precursor teórico da responsabilidade dos ministros, distinguiu os atos privados dos atos praticados no exercício das funções, subdividindo-se estes últimos em atos ilegais e atos legais mal-praticados, seja por negligência, seja por erro.¹⁵⁵⁰ Quanto aos atos ilegais, não há dúvida de que estão submetidos à responsabilidade jurídico-comum. Já quanto aos atos legais mal-praticados, embora tenham natureza político-ministerial, devem estar submetidos à responsabilização penal. Chega a ser contraditória esta posição, mas é justificada pelo fato de as Constituições francesas até então (1791, 1793 e 1814) não terem previsto a responsabilidade política do governo perante o parlamento.¹⁵⁵¹ Pretendeu Benjamin Constant, assim, introduzir um controle dos representantes sobre a atividade governamental, que, no caso, foi do tipo jurídico-penal.

¹⁵⁴⁷ Gomes CANOTILHO e Vital MOREIRA (Constituição da República...Vol. II, 2010, pp. 118-119).

¹⁵⁴⁸ DÍEZ-PICAZO (La criminalidad de los gobernantes, 1996, p. 73), por exemplo, afirma que a responsabilidade política, no que tange às normas, é responsabilidade jurídica, porque está prevista na Constituição. Para Paulo OTERO (Direito Constitucional Português. Vol. II, 2014, p. 34), a responsabilidade traduz “uma forma de responsabilidade jurídica”. Maria Benedita URBANO (Responsabilidade política e responsabilidade jurídica, 2003, p. 40) salienta que a responsabilidade política do governo perante o parlamento (responsabilidade institucional) realmente pode ser enquadrada como uma espécie de responsabilidade jurídica, mas não as mais recentes modalidades de responsabilidade política.

¹⁵⁴⁹ Philippe SÉGUR (Qu'est-ce que la responsabilité politique?, 1999, p. 1611).

¹⁵⁵⁰ Benjamin CONSTANT (De la responsabilité des ministres, 1815, pp. 34-35).

¹⁵⁵¹ SÉGUR, Philippe (Qu'est-ce que la responsabilité politique?, 1999, p. 1612).

Hauriou considera que a responsabilidade por crimes praticados pelos detentores de cargos políticos no exercício das funções traduz-se numa responsabilidade política.¹⁵⁵² Os crimes cometidos no exercício das funções têm natureza política. Assim, deixando de lado os crimes comuns praticados pelos governantes, que se sujeitam aos tribunais judiciais ordinários (assim como preconiza Benjamin Constant), a dicotomia entre responsabilidade político-parlamentar e responsabilidade penal (jurídica), para Hauriou, não se justifica.

Carré de Malberg¹⁵⁵³ distingue o tipo de responsabilidade de acordo com o órgão que irá efetuar o julgamento (se o órgão for político, a responsabilidade é política; se o órgão for tribunal, a responsabilidade é criminal). Como o julgamento dos ministros por crimes cometidos no exercício das funções competia ao Senado na III República francesa, concluiu que a responsabilidade penal confundia-se com a responsabilidade política. A confusão de conceitos aumentava na medida em que a responsabilidade penal tinha objetivo também político.

Fica evidente que as teses *confusionistas* propunham que alguns atos de cunho político fossem apurados sob o manto da responsabilidade jurídica (penal), o que é explicado, de certa forma, pelo fato de não haver à época reconhecimento constitucional da responsabilidade política. E foi neste contexto de inexistência (ou inefetividade) da responsabilidade política que teve origem, na Inglaterra, no fim do século XVIII, como bem recorda Benedita Urbano,¹⁵⁵⁴ o aproveitamento político da persecução criminal pelo Parlamento, ao pressionar ministros a se demitirem.

Já as correntes *diferenciadoras* sustentam uma distinção nítida entre a responsabilidade política e a responsabilidade jurídica. Aqueles atos que Benjamin Constant considerava atos legais, porém mal-executados, estariam no âmbito da responsabilidade política, não na criminal. Estas posições diferenciadoras são mais recentes, resultado da evolução da responsabilidade política como conceito jurídico-político.

Giuseppe Rescigno¹⁵⁵⁵ sustenta que a responsabilidade política é ditada inteiramente por razões políticas e que se estende até onde se estende o poder político. E embora possa se enquadrar no conceito geral de responsabilidade, a responsabilidade

¹⁵⁵² Maurice HAURIUO (Précis Élémentaire de Droit Constitutionnel, 1930, p. 139).

¹⁵⁵³ CARRÉ DE MALBERG (Contribution à la théorie générale de l'État. Vol. I, 1920, p. 789).

¹⁵⁵⁴ Maria Benedita URBANO (Responsabilidade política e responsabilidade jurídica, 2003, p. 38).

¹⁵⁵⁵ Giuseppe Ugo RESCIGNO (La responsabilità politica, 1967) e Giuseppe Ugo RESCIGNO (Corso di diritto pubblico, 1994, p. 448).

política é distinta da responsabilidade jurídica e da responsabilidade moral.

Após um período esquecido, o tema da diferenciação entre as duas responsabilidades resurge com o enfraquecimento da responsabilidade política e a judicialização da política no final do século XX.

Em França, esta retomada ocorreu com os estudos sobre o caso do sangue contaminado, onde alguns ministros foram acusados de crimes pelo fato de não terem tomado as providências devidas e necessárias para evitar a contaminação com HIV (SIDA) dos pacientes nas transfusões de sangue. Bidégaray e Emeri ressaltam a natureza circunstancial da confusão entre as duas responsabilidades, motivada apenas pela fragilidade do sistema repressivo, o que daria ensejo à politização da justiça penal.¹⁵⁵⁶ Mas, como acentua Philippe Ségur,¹⁵⁵⁷ mesmo a politização da justiça não faz desaparecer o regime peculiar da responsabilidade política, distinta da responsabilidade jurídica. Olivier Beaud defende o princípio da diferenciação de responsabilidade política e criminal, que, para ele, foi historicamente “um progresso do direito”.¹⁵⁵⁸

Em Portugal, Benedita Urbano¹⁵⁵⁹ considera que o objeto e o tipo de juízo que se faz na apuração da responsabilidade política são diferenciados daqueles da responsabilidade jurídica, o que justifica a distinção. No que tange ao objeto, apenas na responsabilidade política o sujeito passivo pode ser responsabilizado por “meras intenções, por factos alheios (i.é, por comportamentos levados a cabo por terceiras pessoas a ele ligadas por razões políticas), pode responder de forma colegial ou solidária e, por último, o elemento subjectivo do ilícito pode ser determinado indiferentemente do dolo e da culpa”.¹⁵⁶⁰ No que concerne ao tipo de juízo, a reconhecida liberdade de ação política, não estando atrelada a normas jurídico-constitucionais, tampouco a “cânones políticos pré-definidos”, imporia uma margem também de liberdade de juízo da responsabilidade política.¹⁵⁶¹ Além do que as novas configurações que estão surgindo da responsabilidade política (seção 8.5.3), “têm em comum a ausência ou quase total ausência de elementos jurídicos”.¹⁵⁶²

¹⁵⁵⁶ BIDÉGARAY e EMERI (La responsabilité politique, 1998, p. 117).

¹⁵⁵⁷ Philippe SÉGUR (Qu'est-ce que la responsabilité politique?, 1999, p. 1614).

¹⁵⁵⁸ Olivier BEAUD (Le sang contaminé, 1999, p. 105).

¹⁵⁵⁹ Maria Benedita URBANO (Responsabilidade política e responsabilidade jurídica, 2003, pp. 40-2).

¹⁵⁶⁰ Maria Benedita URBANO (Responsabilidade política e responsabilidade jurídica, 2003, pp. 40-2).

¹⁵⁶¹ Maria Benedita URBANO (Responsabilidade política e responsabilidade jurídica, 2003, pp. 40-2).

¹⁵⁶² Maria Benedita URBANO (Responsabilidade política e responsabilidade jurídica, 2003, pp.

Benedita Urbano¹⁵⁶³ afirma ainda que não se pode concluir que a responsabilidade política é gênero ou espécie da responsabilidade jurídica, mas que a responsabilidade política não é *responsabilidade totalmente extrajurídica*. Há quem afirme que a responsabilidade política é um mecanismo *jurídico* de afetação de valor a uma conduta governamental.¹⁵⁶⁴ Canotilho e Moreira assentam que não há uma dicotomia entre responsabilidade jurídica e responsabilidade política, acrescentando que “a responsabilidade política é também uma responsabilidade juridicamente conformada, quer através da criação de instituições jurídicas com competência para o controlo sobre os actos (tribunais de contas, tribunais administrativos), quer através da definição jurídica, a nível constitucional, de *formas* exteriorizadas dos actos sancionatórios e de controlo (censura, demissão, exoneração, veto, etc.)”.¹⁵⁶⁵ Em obra individual, Canotilho sustenta que “a responsabilidade política é um mecanismo jurídico-constitucional que incide sobre o desvalor jurídico e político-constitucional dos actos dos titulares do poder político”.¹⁵⁶⁶ Jorge Miranda, por sua vez, considera que a responsabilidade política é baseada no princípio da prestação de contas pelos órgãos de poder e de seus titulares, onde o juízo de mérito exercido é de natureza política.¹⁵⁶⁷

Entende-se que a responsabilidade política (institucional formal) não é inteiramente política, nem inteiramente jurídica, porque possui tanto caracteres políticos (juízo de valor político, órgão julgador político) quanto caracteres jurídicos (procedimento/mecanismo juridicamente estabelecido, sanção disciplinada na Constituição). A predominância é de elementos políticos, não apenas pela quantidade, mas pela maior relevância do critério do juízo de valor em relação aos demais. O critério do juízo de valor exercido é válido e útil para classificação de cada um dos sistemas de responsabilidade, especialmente na perspectiva das conexões.

8.5.3 Novas dimensões da responsabilidade política: difusa e institucional livre

Na Itália, Giuseppe Rescigno¹⁵⁶⁸ menciona que, além da responsabilidade política tradicional, que denomina de responsabilidade política institucional, há a

40-2).

¹⁵⁶³ Maria Benedita URBANO (Representação política e Parlamento, 2009, p. 215).

¹⁵⁶⁴ Philippe SÉGUR (Qu'est-ce que la responsabilité politique?, 1999, p. 1616).

¹⁵⁶⁵ Gomes CANOTILHO e Vital MOREIRA (Constituição da República... Vol. II, 2010, p. 119).

¹⁵⁶⁶ Gomes CANOTILHO (Direito constitucional e teoria da constituição, 2003, p. 544).

¹⁵⁶⁷ Jorge MIRANDA (Teoria do Estado e da Constituição, 2002, p. 755).

¹⁵⁶⁸ Giuseppe Ugo RESCIGNO (La responsabilità politica, 1967, p. 121) e Giuseppe Ugo RESCIGNO (Corso di diritto pubblico, 1994, p. 450).

responsabilidade política difusa, que, nas palavras do autor, é “fugaz e fluída”. Consubstancia no poder genérico de crítica à atuação do governo, notadamente por meio da opinião pública e dos resultados das eleições. É reputada difusa por se realizar jurídica e politicamente de forma livre.

Ainda segundo Giuseppe Rescigno,¹⁵⁶⁹ uma leitura mais atenta à realidade política sugere uma terceira espécie de responsabilidade política, que corresponde à pressão exercida pelos meios de comunicação de massa sobre o governo, a partir da crítica da opinião pública. Este terceiro tipo tem uma característica de responsabilidade institucional (uma vez que é realizado por meio de códigos próprios dos meios de comunicação) e outra característica de responsabilidade difusa (como o fato de se desenvolver de forma livre). A responsabilidade política institucional livre passou a ter relevância a partir da constatação de que um político adquire ou perde poder e influência não pelos movimentos de opinião pública mas pelo que é publicado em jornais, rádio, televisão, pois estes movimentos ou são coletados e amplificados pela mídia ou permanecem impotentes.

Neppi Modona¹⁵⁷⁰ inclui na responsabilidade política institucional livre as críticas abalizadas, quer dizer, críticas efetuadas por personalidades políticas de expressão, associadas a uma propagação destas críticas pela mídia com intuito deliberado de deslegitimar o governo.

Em Portugal, Jorge Miranda¹⁵⁷¹ subdivide a responsabilidade política em responsabilidade-representação e responsabilidade-fiscalização. A responsabilidade-representação é apurada de forma difusa através da crítica dos cidadãos e de forma *específica* nas eleições no final dos mandatos. A responsabilidade-fiscalização ocorre em sistemas onde o governo depende do parlamento, como o sistema parlamentar e o sistema misto parlamentar-presidencial (ou semipresidencial).

Para Canotilho e Moreira, a responsabilidade política não pode ser reconduzida aos parâmetros clássicos de uma “responsabilidade ministerial” perante o parlamento, devendo ser construída uma “responsabilidade constitucional”, num “sentido amplo e autónomo”, apontando para um “dever de prestar contas pelos resultados das decisões, actos ou omissões que os titulares de funções políticas praticaram no exercício dos

¹⁵⁶⁹ Giuseppe Ugo RESCIGNO (Corso di diritto pubblico, 1994, pp. 449-450).

¹⁵⁷⁰ Guido Neppi MODONA (Il difficile confini tra responsabilità politica ..., 1994, p. 14).

¹⁵⁷¹ Jorge MIRANDA (Teoria do Estado e da Constituição, 2002, p. 755).

respectivos cargos”.¹⁵⁷²

Em síntese, há uma tripartição da responsabilidade política: 1) responsabilidade política institucional formal (ou responsabilidade política estrito senso), onde se impõe a sanção de destituição do cargo, por meio dos procedimentos previstos na Constituição; 2) responsabilidade política difusa, correspondendo às pressões exercidas pela opinião popular e aos resultados das eleições; 3) responsabilidade política institucional livre (ou responsabilidade política em sentido amplo), correspondendo à pressão que a mídia (meios de comunicação de massa) exerce a partir da crítica da opinião pública e de críticas efetuadas por personalidades e especialistas políticos.

Quanto a esta classificação, algumas ressalvas se impõem. Em primeiro lugar, como será demonstrado na seção 8.5.4, nos casos em que o governante se candidata à reeleição, o resultado das eleições consubstancia responsabilidade política institucional, não responsabilidade política difusa. Em segundo lugar, notando-se que as duas modalidades não formais de responsabilidade política (difusa e institucional livre) não possuem uma sanção específica para o governante, mas objetivam o acolhimento pelo governante da pressão exercida sobre ele, elas se aproximam da modalidade de autorresponsabilidade política: o órgão julgador é o próprio governante (esfera moral), o critério é juízo político, a sanção é pedido de desculpas e/ou correção da conduta e/ou renúncia ao cargo. Diferencia-se da autorresponsabilidade estrito senso pelo fato de não ser espontânea; a assunção da responsabilidade pelo governante decorre da pressão sofrida pela opinião pública, pela mídia e pelos especialistas políticos.

8.5.4 Responsabilidade eleitoral

Quanto às eleições no final dos mandatos, entende-se, na esteira de Jorge Miranda,¹⁵⁷³ que é uma forma específica de responsabilização política do governante. Assim, o enquadramento deste mecanismo na responsabilidade política difusa, como faz a doutrina italiana,¹⁵⁷⁴ ou mesmo a não consideração como responsabilidade política, como faz a doutrina francesa, merece algumas reflexões.

¹⁵⁷² Gomes CANOTILHO e Vital MOREIRA (Constituição da República... Vol. II, 2010, p. 118).

¹⁵⁷³ Jorge MIRANDA (Teoria do Estado e da Constituição, 2002, p. 755).

¹⁵⁷⁴ Em posição minoritária na Itália, Dario CAVALLARI (La responsabilità politica del ministro per gli atti dei dirigenti, 2005, pp. 80-81) preconiza que as eleições não são apenas mero instrumento para atribuição de mandatos, mas “um elemento de definição de responsabilidade política”, de maneira que a representação política é complementada por referência ao exercício do poder de controle e de sanção pelos eleitores.

Primeiro, é importante registrar que a responsabilidade política não dispõe apenas de instrumentos efetivos de destituição do cargo. Neppi Modona¹⁵⁷⁵ recorda que a responsabilidade política não é caracterizada por um sistema sancionatório preciso. Há vários outros instrumentos (brandos ou *soft*), inclusive na França, que apuram, institucionalmente, a responsabilidade do governante, sem que seja aplicada sanção de remoção, como é o caso das convocações dos Ministros para esclarecimentos no parlamento. A propósito, Canotilho¹⁵⁷⁶ entende que as duas espécies de convocação do Primeiro-Ministro pelo Presidente da República (art. 201/1-c da CRP), bem como a demissão voluntária do Primeiro-Ministro por desacordo com o Presidente da República traduzem-se em efetivação de responsabilidade política.

Em segundo lugar, é certo que, como afirma Ségur,¹⁵⁷⁷ não é possível conhecer de maneira incontestável se a decisão dos cidadãos nas eleições é de imposição de sanção política ao governante. Contudo, pelo menos nos casos de reeleição, pode-se afirmar que a vontade de não reeleger o atual governante pelo fato de seu governo é conclusão inarredável do resultado da eleição que assegura a vitória a outro candidato.¹⁵⁷⁸

Embora considerando uma responsabilidade “semipolítica”, Cristóbal¹⁵⁷⁹ considera a reeleição do governante uma responsabilização “positiva” perante o corpo eleitoral. O referendo, por essa ótica, também é manifestação de responsabilidade política, com bastante aproximação aos mecanismos da responsabilidade institucional formal, principalmente quando diz respeito a leis que versam sobre fatos já ocorridos (lei em concreto), podendo, inclusive, motivar uma moção de censura.¹⁵⁸⁰ No caso de referendo, como a pergunta ao eleitor é bem específica (por exemplo, você é a favor de legislação que proíbe porte de armas?), o óbice apontado por Ségur (não haver motivação específica) é relativizado.

Assim, pelo menos quando o governante se candidata à reeleição, o resultado das

¹⁵⁷⁵ Guido Neppi MODONA (Il difficile confini tra responsabilità politica ..., 1994, p. 7).

¹⁵⁷⁶ Gomes CANOTILHO (Direito constitucional e teoria da constituição, 2003, p. 646).

¹⁵⁷⁷ Philippe SÉGUR (Qu'est-ce que la responsabilité politique?, 1999, p. 1620).

¹⁵⁷⁸ No sistema de base parlamentarista, embora não haja eleição popular para o cargo de Primeiro-Ministro, os partidos políticos, na eleição para compor o parlamento, têm indicado aos eleitores a pessoa que virá a ser Primeiro-Ministro, tornando-se, na prática, eleição para Primeiro-Ministro. Nesse sentido é o magistério de CANOTILHO (Direito constitucional e teoria da constituição, 2003, p. 645).

¹⁵⁷⁹ Rosário SERRA CRISTÓBAL (Las responsabilidades de un jefe de estado, 2002, p. 168 e 180).

¹⁵⁸⁰ É o que ocorreu na Islândia, quando foram rejeitados dois referendos, um em 2010 e outro em 2011, sobre legislação que previa indenização aos investidores estrangeiros lesados pela falência do banco islandês Icesave, subsidiária do Landsbanki. A moção de censura ao governo foi, contudo, rejeitada.

eleições é um juízo de valor político realizado pelo povo sobre a gestão do governante, com efeito jurídico de permitir ou impedir a recondução ao cargo, sendo, assim, autêntica responsabilidade política institucional. O órgão julgador é o povo, o juízo de valor é político, o objeto da responsabilidade é a atuação do governo, sem nenhuma tipificação, e a sanção é a não recondução.

8.5.5 Responsabilidade política individual dos ministros

A responsabilidade individual de ministro perante o parlamento não está prevista expressamente nas Constituições contemporâneas, à exceção da Constituição grega, a qual dispõe no artigo 84.2 que “a Câmara poderá, mediante resolução, denegar a confiança ao Governo ou a qualquer de seus ministros”.¹⁵⁸¹

Nos países de regime de base parlamentarista, embora não haja previsão expressa, nota-se uma tendência de se exigir uma responsabilidade política individual de ministro. Esta responsabilidade individual não se fundamenta substancialmente na fidejussão entre governo e parlamento, pois esta é outorgada de maneira coletiva. Ela deve ser vista, nas palavras de Holgado González,¹⁵⁸² como “*una facultad propia del Parlamento dentro del control de la gestión de gobierno y del cumplimiento del programa*”.

Em França, na III e IV Repúblicas, o parlamento tinha a prerrogativa de demitir individualmente qualquer ministro. Atualmente, cada ministro somente responde, de maneira individual, perante o próprio governo. Assim também prescreve o artigo 191/2º da CRP/1976, com base no qual Canotilho e Moreira¹⁵⁸³ sustentam que “a censura, embora possa ter por fundamento a actuação de um Ministro em particular, não pode incidir individualmente sobre ele, mas sim dirigir-se ao Governo, como tal”.

Na Inglaterra, como visto nas seções 6.10.1 e 6.10.2, foi desenvolvida a convenção da responsabilidade individual dos ministros, onde o parlamento reforça a sua função de controle e fiscalização, pondo exigir que o ministro renuncie ou que o Primeiro-Ministro o demita, nos casos de elevada ofensa à moralidade, indiscrição privada, erro de julgamento ou avaliação de que resultem efeitos graves. Cuida-se da responsabilidade de sacrifício (*sacrificial responsibility*). Não há, contudo, um mecanismo formal para o parlamento demitir o ministro isoladamente, sem destituir

¹⁵⁸¹ Em termos subnacionais, a Lei do Governo Basco (artigo 49.2) também prevê a responsabilidade individual de ministro do governo.

¹⁵⁸² María HOLGADO GONZÁLEZ (El Programa de Gobierno ..., 2008, p. 364).

¹⁵⁸³ Gomes CANOTILHO e Vital MOREIRA (Constituição da República... Vol. II, 2010, p. 457).

todo o governo.

Não obstante não mencionem expressamente responsabilidade individual de ministro perante o parlamento, algumas Constituições referem-se a uma responsabilidade individual de ministro, sem especificar o regime, mas que pode muito bem fundamentar a responsabilidade individual política. Nestes termos, o artigo 65 da Constituição alemã estabelece que “o Chanceler Federal determina as diretrizes da política e assume a responsabilidade por elas. Obediente a estas diretrizes, *cada Ministro Federal dirige a sua pasta com autonomia e sob própria responsabilidade*”. Na mesma linha, o artigo 98.2 da Constituição espanhola determina que “*el Presidente dirige la acción del Gobierno y coordina las funciones de los demás miembros del mismo, sin perjuicio de la competencia y responsabilidad directa de éstos en su gestión*”. Segundo Holgado González,¹⁵⁸⁴ a referida responsabilidade “não pode ser outra que política”. Na prática, na Espanha o parlamento tem votado uma “moção de reprovação” individual de ministro, exigindo-lhe sua demissão.¹⁵⁸⁵

Na Itália, o Ministro Filippo Mancuso, em 1996, foi alvo de responsabilização política individual, por se afastar do programa de governo. O Senado italiano aprovou uma moção de censura individual, não apenas uma moção de reprovação e, em razão de o ministro não entregar voluntariamente o cargo, o Presidente da República procedeu com a substituição do ministro, acolhendo a moção de censura individual, embora o texto constitucional não outorgue poderes para nomear e demitir ministros. O ministro demissionário recorreu à Corte Constitucional italiana, que confirmou a legitimidade e validade da moção de censura individual (Sentença 7/1996).

8.5.6 Responsabilidade política nos regimes presidencialistas

É corrente afirmar que não há responsabilidade política no regime presidencialista. Contudo, a responsabilidade política, embora tenha surgido com o parlamentarismo, pode ser aplicada em outros sistemas de governos,¹⁵⁸⁶ e também não se restringe a titulares de mandatos eletivos (políticos). Obviamente, no sistema presidencialista, o resultado da responsabilização política do governante não será tão efetivo e preventivo quanto no sistema parlamentarista ou no sistema misto

¹⁵⁸⁴ María HOLGADO GONZÁLEZ (El Programa de Gobierno ..., 2008, p. 352).

¹⁵⁸⁵ María HOLGADO GONZÁLEZ (El Programa de Gobierno ..., 2008, p. 355).

¹⁵⁸⁶ Essa é a posição de Philippe SÉGUR (Qu'est-ce que la responsabilité politique?, 1999, p. 1616).

parlamentar-presidencial (ou semipresidencialista), onde pode ocorrer a remoção do governo em face de voto de censura do parlamento. Contudo, há mecanismos no sistema presidencialista que concretizam, de outra maneira, a responsabilidade política.

Na linha da divisão tripartite da responsabilidade política da doutrina italiana, está assente de dúvida que no sistema presidencialista a responsabilidade política institucional livre e a responsabilidade política difusa têm grande expressão. Mas não somente estas duas.

Vislumbra-se a responsabilidade política efetivada pelos cidadãos no período eleitoral, ao não eleger determinado governante que se apresenta para uma reeleição. E conforme mencionado na seção 8.5.4, este tipo de responsabilidade tem mais característica de uma responsabilidade política institucional formal que responsabilidade política institucional livre ou mesmo difusa.

Durante o mandato, realmente, os instrumentos que o sistema presidencialista dispõe para a responsabilidade política não têm muita eficácia. Pode-se dizer até que nos países, como nos Estados Unidos da América, que adotam a separação rígida de poderes, não há mecanismo de responsabilização política *institucional* durante o cumprimento do mandato.¹⁵⁸⁷

No Brasil, há alguns mecanismos que efetivam a responsabilidade política institucional durante o mandato, mas sem sanção de destituição (ou seja, mecanismo brando ou *soft*). Voltam-se não diretamente ao Presidente da República, mas a seus principais auxiliares. Contudo, é evidente que a fiscalização do Poder Legislativo sobre as atividades dos ministros configura também apuração de responsabilidade do próprio Presidente da República, por ser o gestor maior e primeiro das políticas públicas desenvolvidas em cada ministério. O primeiro deles é a convocação de ministros por qualquer Comissão da Câmara dos Deputados ou do Senado para prestar pessoalmente informações sobre assunto previamente determinado (art. 50, *caput*, da CF/1988). Com a Emenda Constitucional de Revisão nº 2/1994, essa prerrogativa do Poder Legislativo passou a abranger os titulares de órgãos diretamente subordinados à Presidência da República. Isso com finalidade de abranger alguns cargos com envergadura de ministro, mas que não tinham esta denominação. O segundo instrumento são *pedidos escritos de informações* a ministros de Estado encaminhados pelas Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal (§ 2º do art. 50). Estes dois instrumentos concretizam a

¹⁵⁸⁷ A exceção que existe ocorre nos regimes presidencialistas que adotam o instituto do *recall*.

responsabilidade política dos ministros, bem como do próprio Presidente da República, enquanto chefe supremo da Administração Pública. A inobservância desta convocação e do pedido de informação configura hipótese geradora de *impeachment* dos Ministros (artigo 50, § 2º, da CF/1988).¹⁵⁸⁸

8.6 *Impeachment* nos regimes presidencialista e semipresidencialista

8.6.1 A implantação tardia da responsabilidade política na França e um modelo diferenciado de *impeachment*

Há alguns modelos de responsabilidade do governante que são variantes dos sistemas de responsabilidade política e de responsabilidade jurídica. Um deles diz respeito à criação de um tribunal especial para julgamento das altas autoridades do país. Muitos países ainda hoje inspiram-se no direito romano, onde o Senado era o “defensor das condições constitucionais romanas e cuja autoridade tinha que homologar as deliberações populares para que fossem impedidas violações da ordem constitucional e das obrigações internacionais”,¹⁵⁸⁹ razão pela qual o Senado é colocado como Corte de Justiça para julgamento das altas autoridades pelos crimes políticos.

A França revolucionária rejeitou o sistema inglês da responsabilidade política e implantou uma responsabilidade penal do executivo “à la française”, estabelecendo, na Constituição de 1791, uma separação dura (“*tranchée*”) entre os poderes executivo e legislativo, sendo este composto por uma assembléia única e indissolúvel.¹⁵⁹⁰ Uma Câmara Alta nos moldes da Inglaterra não se compatibilizava com a revolução que objetivava eliminar os privilégios da monarquia e aristocracia.

O rei manteve-se irresponsável enquanto perdurou a Monarquia. Tinha função executiva, mas seus atos demandavam assinatura dos ministros, os quais não poderiam ser ao mesmo tempo parlamentares. A responsabilidade dos ministros era penal (art. 5,

¹⁵⁸⁸ Os ministros de Estado (Brasil) ou secretários de Estado (EUA), da mesma forma que são nomeados livremente, podem ser demitidos (exonerados) a qualquer momento pelo Presidente da República. Apesar de não terem poder político efetivo originário, exercem função política de maneira indireta ao assessorar o Presidente da República na prática de seus atos, bem como de maneira direta na prática de atos delegados pelo Presidente da República (quanto à supervisão, orientação e gestão do Ministério ou Departamento). No Brasil, além de estarem sujeitos a mecanismos *soft* de responsabilidade política institucional (convocação e pedidos de esclarecimentos), os ministros de Estado se submetem ao *impeachment* (artigos 50 e 52 da CF/1988 e artigo 13 da Lei 1.079/1950).

¹⁵⁸⁹ Carl SCHIMITT (O guardião da Constituição, 2007, p. 12).

¹⁵⁹⁰ BIDÉGARAY e EMERI (La responsabilité politique, 1998, p. 29).

Seção 4, Capítulo 2),¹⁵⁹¹ iniciada pela Assembleia Nacional e apreciada por uma Alta Corte de Justiça (art. 1-10, Seção 1, Capítulo 3; art. 23, Capítulo 5).

Nas Constituições de 1791, 1793, 1848, e 1852, o poder legislativo era unicameral e o julgamento dos governantes era atribuído a uma Alta Corte de Justiça. Um dos grandes defensores da criação de tribunal especial para julgamento da responsabilidade criminal foi Benjamin Constant, ainda que, como entende Carl Schmitt, “totalmente consciente da particularidade e da anormalidade de uma queixa ministerial”.¹⁵⁹² Benjamin Constant, como já se teve oportunidade de resgatar neste trabalho, defendeu que os ministros fossem submetidos à responsabilidade jurídica quanto aos crimes e atos que, embora não se caracterizem como delitos, forem praticados com negligência ou erro (mal desempenhados). Reconhece, contudo, que a lei que dispuser sobre a responsabilidade ministerial não demanda ser precisa nem detalhada, pois abrange atos legais, porém mal executados, cuidando-se, assim, de uma “lei política, cuja natureza e aplicação têm, inevitavelmente, algo de discricionário”.¹⁵⁹³ Por isso, Benjamin Constant afirma que o julgamento dos ministros deve ser atribuído a um tribunal especial, a uma câmara de pares, dotada de independência e neutralidade.¹⁵⁹⁴ Compreende-se que o ministro formulou um contrato especial com Estado, daí porque não se aplicariam as mesmas garantias de proteção do réu existentes no processo penal comum, assumindo, assim, o risco de ser submetido a um julgamento diferenciado, de certa maneira discricionária. Esta discricionariade é, contudo, atenuada pela publicidade da discussão, pela formalidades do rito, pela influência da opinião pública, pela distinção dos juízes e pela especificidade da pena.¹⁵⁹⁵

Importante registrar que, embora tenha pretendido Benjamin Constant, com sua teoria da responsabilidade dos ministros, permitir um controle dos representantes sobre os governantes, as experiências do século XIX mostraram que o instituto da responsabilidade ministerial judicial foi utilizado com o escopo de “evitar uma responsabilidade política do ministro e de tomar, o máximo possível, inofensiva politicamente toda a responsabilidade”, assim, lamentavelmente, “a estrutura judicial

¹⁵⁹¹ Segundo BIDÉGARAY e EMERI (La responsabilité politique, 1998, pp. 30-31), este dispositivo pouco conduziu à responsabilização dos ministros, tendo em vista que “não definia nem precisava as infrações puníveis” e, embora o órgão do legislativo pudesse enquadrar qualquer ato no decreto de acusação, até mesmo por fazer uso político deste procedimento criminal, como ocorreu na Inglaterra, a Alta Corte, por não ser integralmente do legislativo, não os conhecia.

¹⁵⁹² Carl SCHMITT (O guardião da Constituição, 2007, p. 41).

¹⁵⁹³ Benjamin CONSTANT (De la responsabilité des ministres, 1815, p. 38).

¹⁵⁹⁴ Benjamin CONSTANT (De la responsabilité des ministres, 1815, pp. 45-47).

¹⁵⁹⁵ Benjamin CONSTANT (De la responsabilité des ministres, 1815, pp. 49-64).

era o meio seguro da ineficácia política”.¹⁵⁹⁶

Nas Constituições de 1814, 1830 e 1875, o poder legislativo era bicameral e o julgamento dos governantes passou para a competência do Senado, com jurisdição facultativa. O sistema francês da Constituição de 1875 distinguia-se do inglês, “primeiro, por ser ‘facultativa’ a jurisdição do Senado, segundo, porque admitia a responsabilidade penal do chefe do Executivo (o presidente da República), pelo crime de ‘alta traição’”; ao passo que do “sistema norte-americano, estrema-se bastante, primeiro, porque estende o *impeachment*, de modo geral, a todos os cidadãos; segundo, porque não admite a responsabilidade política do presidente da República, salvo o caso de ‘alta traição’; terceiro, porque impõe pena administrativa, civil e criminal, como na Inglaterra”.¹⁵⁹⁷

A Constituição francesa de 1946 restaurou a tradição da Constituição de 1789, atribuindo o processo e julgamento da responsabilidade criminal do governante (*impeachment*)¹⁵⁹⁸ a um tribunal especial, qual seja, Alta Corte de Justiça (artigo 57), composta por 30 juízes, além de presidente e dois vice-presidentes, sendo 20 parlamentares da Assembléia Nacional. Prevê uma Comissão de Instrução, composta de nove membros (seis parlamentares e dois juízes designados pelo Conselho Superior da Magistratura, um deles presidente), que é encarregada de instruir o processo, remetendo-o para julgamento pela Alta Corte de Justiça, por maioria absoluta de seus membros, com voto secreto.

A Constituição de 1958 (degaulleana) estabeleceu o sistema bicameral do poder legislativo e manteve a Alta Corte de Justiça como esfera competente para apurar a responsabilidade criminal dos membros do governo, sendo a acusação feita facultativamente pela Assembleia Nacional.¹⁵⁹⁹ A composição da Alta Corte de Justiça foi alterada para 24 membros (sendo 12 membros da Assembléia e 12 membros do Senado), e a Comissão de Instrução foi reduzida para 5 titulares, designados anualmente pela Corte de Cassação.

Pela revisão constitucional de 1993, foram adicionados os artigos 68-1 e 68-2 à

¹⁵⁹⁶ Carl SCHMITT (O guardião da Constituição, 2007, p. 41). O autor mencionou especificamente as experiências das monarquias constitucionais alemãs do século XIX.

¹⁵⁹⁷ Paulino JACQUES (Curso de direito constitucional, 1974, p. 251).

¹⁵⁹⁸ Os principais casos de *impeachment* (responsabilidade criminal) em França foram relacionados por Paulino JACQUES (Curso de direito constitucional, 1974, p. 250): “os ministros de CARLOS X (1830); o ministro TESTE, de Luís FILIPE, em 1847; os ministros BROGLIE e ROCHEBOUET, em 1877; o ministro MALVY, em 1918; e o ministro PÉRET, em 1931”.

¹⁵⁹⁹ Artigo 67 da Constituição, cuja redação originária esteve em vigor de 5 de outubro de 1958 a 24 de fevereiro de 2007.

Constituição de 1958, criando uma nova jurisdição especializada (Corte de Justiça da República) para julgamento criminal dos membros do governo, mantendo as funções da Alta Corte para o julgamento do Presidente da República.¹⁶⁰⁰ A composição da Corte de Justiça é mista: quinze juízes, sendo doze parlamentares, eleitos, em número igual, pela Assembleia Nacional e pelo Senado, e três juízes eleitos entre os magistrados da Corte de Cassação, sobre um dos quais recairá a presidência.

O Presidente da República responde perante a Alta Corte de Justiça nos termos da redação originária do artigo 68 da Constituição de 1958 apenas no caso de alta traição.¹⁶⁰¹ Após revisão constitucional de 2007, ampliou-se a hipótese para todo “incumprimento das suas obrigações manifestamente incompatível com o exercício do seu mandato”, que, evidentemente, inclui a alta traição.¹⁶⁰² Como o próprio artigo 68 da Constituição de 1958 menciona, “o parlamento constitui-se em Alta Corte”, para apurar a responsabilidade do chefe de Estado. O parlamento faz as vezes de tribunal jurisdicional, assim não há outro julgamento pelo mesmo fato perante os tribunais ordinários. Trata-se de tribunal especial para julgamento dos governantes.

Note-se, por fim, que, enquanto se refere à “responsabilidade criminal” dos ministros perante a Corte de Justiça, a Constituição francesa não qualifica de criminal a responsabilidade do Presidente da República apurada perante a Alta Corte, mencionando apenas “destituição”, aproximando-se, portanto, neste particular, do *impeachment* norte-americano.¹⁶⁰³

8.6.2 Impeachment nos EUA

Os norte-americanos, quando da independência dos EUA e elaboração da Constituição, aboliram o *Bill of Attainder* e adotaram o *impeachment*, contudo, “reduzindo-o a expediente político com a separação do juízo parlamentar da instância criminal”.¹⁶⁰⁴ Essa redução não decorre apenas da adoção da separação absoluta dos

¹⁶⁰⁰ Regulamentação procedida pela Lei Orgânica 093-1252, de 23 de Novembro de 1993.

¹⁶⁰¹ Artigo 68 da Constituição, cuja redação originária esteve em vigor de 5 de outubro de 1958 a 28 de julho de 1993.

¹⁶⁰² Artigo 68 da Constituição, com redação em vigor a partir de 24 de fevereiro de 2007.

¹⁶⁰³ Na França, a doutrina utiliza moderadamente a palavra *impeachment*, preferindo as expressões designadas pela Constituição: “responsabilidade criminal” do governante (Primeiro-Ministro e demais ministros do governo) ou “destituição” do Presidente da República. O modelo francês é diferenciado porque prevê um tribunal especial, fora da jurisdição ordinária, para julgamento da responsabilidade criminal dos ministros.

¹⁶⁰⁴ Paulo BROSSARD (O impeachment, 1992, p. 30). No mesmo sentido, Fides OMMATI (Dos freios e contrapesos entre os poderes do Estado, 1977, p. 66).

poderes, mas também porque naquela altura na Inglaterra já se formava a concepção da responsabilidade política do governo perante o parlamento, extraindo-se o uso político do processo criminal, reservando-se tal escopo apenas à responsabilidade política. Assim, o *impeachment* norte-americano assemelha-se mais à responsabilidade política que ao que remanesceu do *impeachment* inglês, após implantação da responsabilidade política. Nesse sentido, Pomeroy sustenta que apenas a palavra e o processo do *impeachment* foram transplantados da Inglaterra para os EUA, sendo que foram atribuídos objeto e fim muito diferentes.¹⁶⁰⁵ Enquanto no *impeachment* americano a finalidade é política; no *impeachment* inglês, é jurídico-criminal.¹⁶⁰⁶ A importância do julgamento político no *impeachment* está no freio (*check*) a que submetem o presidente e os altos agentes públicos civis.¹⁶⁰⁷

Como decorrência do objetivo político do instituto nos EUA, as penas aplicáveis no *impeachment* são apenas a destituição do cargo e inabilitação para o exercício de qualquer cargo público (honorífico, de confiança ou remunerado), sem prejuízo das penas civis e criminais a serem estabelecidas pelos tribunais judiciais. Enquanto na Inglaterra, o *impeachment*, por ser criminal, sanciona a pessoa, “impondo livremente toda a sorte de penas, até a pena capital”, e também atinge a autoridade; nos EUA, alcança apenas a autoridade, deixando a pessoa para julgamento pelo Poder Judiciário.¹⁶⁰⁸

Estão sujeitos ao *impeachment* norte-americano o Presidente, o Vice-Presidente e todos os funcionários civis dos Estados Unidos, incluídos os magistrados federais e excluídos os militares e os congressistas (Artigo II, Seção 4, da Constituição).¹⁶⁰⁹ Na Inglaterra, o *impeachment* alcança qualquer súdito, autoridades ou cidadãos, investidos

¹⁶⁰⁵ John Norton POMEROY (An introduction to the constitutional law ..., 1888, p. 608).

¹⁶⁰⁶ Paulo BROSSARD (O impeachment, 1992, p. 22).

¹⁶⁰⁷ John Norton POMEROY (An introduction to the constitutional law ..., 1888, pp. 609-610).

¹⁶⁰⁸ Paulo BROSSARD (O impeachment, 1992, p. 21).

¹⁶⁰⁹ Os militares são excluídos pelo texto constitucional, ao se referir apenas a servidores civis. Já os congressistas são excluídos por força do precedente no caso do *impeachment* contra o senador William Blount, em que o Senado considerou que seus membros não se enquadravam como “*civil officers*”, precedente aplicável, em face da mesma lógica, também aos membros da Casa dos Representantes. John Norton POMEROY (An introduction to the constitutional law ..., 1888, pp. 599-600) considera esta interpretação “*somewhat strained*”, e sustenta que mesmo a alta “*discretion*” (discricionariedade) outorgada aos parlamentares não justifica que seus atos ilícitos e corrupção fiquem sem “*compulsive sanction*”, não havendo razão para tratamento diferenciado dos membros do Poder Judiciário, argumentando ainda que é inadequada a sanção disciplinar aplicada pela Casa parlamentar respectiva, mesmo a perda do mandato, pois o parlamentar poderá concorrer a novas eleições, nem fica impedido de assumir outro tipo de cargo público.

ou não em funções oficiais, militares ou civis, ficando excluída somente a Coroa.¹⁶¹⁰

Os fatos que ensejam o *impeachment*, de acordo com o artigo II, Seção 4, da Constituição dos EUA, são traição (*treason*), suborno (*bribery*) e altos crimes e infrações (*high crimes and misdemeanors*).¹⁶¹¹ A traição contra os Estados Unidos é definida na própria Constituição (Art. III, Seção 3) como a conduta de levantar armas contra o país ou de coligar-se com os inimigos, prestando-lhes auxílio e apoio. O suborno já era previsto em lei criminal. Ficou em aberto a conceituação de grandes crimes (*high crimes*) e de má conduta (*misdemeanor*). Por conta desta abertura, discutiu-se, desde cedo, se tais casos teriam que ser enquadrados em algum crime previsto em lei ou infração processável em tribunal ordinário.

A primeira corrente, a qual afirmava esta necessidade, tinha dois fundamentos, como aponta Pomeroy:¹⁶¹² a) a natureza criminal do *impeachment*, a indicar a função de acusador da Câmara baixa e a de julgador da Câmara alta, tudo importado do modelo inglês, pressupondo, assim, um cometimento de um delito previsto em lei; b) o termo “*misdemeanors*” tem um sentido estrito de “*felonies*” ou crimes, de conduta delitativa, é dizer, estabelecida em lei criminal. Rui Barbosa questiona o primeiro fundamento, afirmando que não ocorre a “analogia, que, na América do Norte, se pretendeu estabelecer entre as funções das duas câmaras no congresso americano e as funções das duas casas no parlamento inglês”.¹⁶¹³

A segunda corrente não confinava a Casa dos Representantes à função de acusador e o Senado, à função de processador e julgador, tal como em processo criminal; defende o processo de *impeachment* como “uma importante sanção pessoal pela qual a observância dos deveres oficiais é garantida, como a própria pedra fundamental pelo qual o arco de poderes constitucionais é mantido no lugar”.¹⁶¹⁴ Dessa forma, como a punição a ser infligida tem por referência apenas a posição oficial do ofensor, os atos da hipótese de incidência do *impeachment* devem ter referência, diretamente ou por inferência, aos deveres e funções oficiais do ofensor, mas não necessitando o enquadramento em uma lei positiva, seja criminal ou não.¹⁶¹⁵

¹⁶¹⁰ Paulo BROSSARD (O impeachment, 1992, p. 23). Com o surgimento da responsabilidade política do governo perante o parlamento, o espectro do *impeachment* deixou de ser largo.

¹⁶¹¹ *Misdemeanor* pode ser traduzido como “má conduta” ou “infração”, esta última sem conotação penal, podendo envolver infração disciplinar, contravencional.

¹⁶¹² POMEROY (An introduction to the constitutional law ..., 1888, p. 600).

¹⁶¹³ Rui BARBOSA (Teoria do impeachment, 1893, p. 169).

¹⁶¹⁴ POMEROY (An introduction to the constitutional law ..., 1888, p. 601).

¹⁶¹⁵ POMEROY (An introduction to the constitutional law ..., 1888, p. 602).

Pomeroy indica que os precedentes de *impeachment* acolheram a segunda corrente doutrinária.¹⁶¹⁶ Como afirma Thomas Cooley, a expressão *high crimes and misdemeanors*, é “bastante flexível e indefinida, posto que não são obrigatoriamente crimes constantes da lei penal”.¹⁶¹⁷ O congresso norte-americano, de fato, tem concluído que não se faz necessária lei prévia para efeito de *impeachment* por má conduta, admitindo para o processamento do *impeachment* muitas infrações difíceis de precisar em lei e muitas de caráter meramente político. Compreende-se na expressão má conduta (*misdemeanor*) “faltas inominadas, com ou sem repercussão na esfera do crime, cometidas ou não no exercício das funções”.¹⁶¹⁸ Utilizou-se desta hipótese fática (má conduta) no processo de *impeachment* contra o presidente Johnson, que foi acusado de atacar o Congresso em discursos públicos (ao final absolvido) e no processo contra o juiz English, que foi acusado de agir com parcialidade e favoritismo, tendo sido impedido em 1926. Como arremata Pomeroy, se as hipóteses de incidência fossem tão somente os atos enquadrados em lei, o *impeachment* seria “frustrante, inútil, justamente contra aqueles agentes públicos e naqueles casos em que mais necessário seria como repressão contra a quebra de deveres oficiais”.¹⁶¹⁹

A corrente majoritária no continente americano não considera o *impeachment*, no sistema presidencialista, como nos EUA e Brasil, um processo de natureza criminal. Nos EUA, a natureza criminal foi afastada bem cedo. No caso *Blount*, em 1797, “Bayard sustentou que se tratava de processo exclusivamente político, que mais visava a proteger o Estado do que a punir o delinquente”, e no caso *Chase*, em 1805, o Senado rejeitou a tese de que no *impeachment* constituiria uma corte de justiça, ficando assente que “o *impeachment* não era um libelo criminal, nem mesmo um libelo, mas apenas um inquérito, feito pelas duas Casas do Congresso, para saber se um cargo não poderia ser mais bem preenchido, razão pela qual o afastamento de um juiz não importava necessariamente na sua responsabilidade criminal”.¹⁶²⁰ O célebre constitucionalista norte-americano Story há muito sustentava que o “*impeachment* é um procedimento puramente de natureza política”.¹⁶²¹

¹⁶¹⁶ POMEROY (An introduction to the constitutional law ..., 1888, p. 603).

¹⁶¹⁷ Tommaso COOLEY (Biblioteca di Scienze Politiche. Vol. VI. Parte Prima., 1891) e Tommaso COOLEY (Principios Generales de Derecho Constitucional ..., 1898, p. 116).

¹⁶¹⁸ Paulo BROSSARD (O impeachment, 1992, p. 22).

¹⁶¹⁹ POMEROY (An introduction to the constitutional law ..., 1888, p. 609).

¹⁶²⁰ Paulo BROSSARD (O impeachment, 1992, pp. 31-32).

¹⁶²¹ Joseph STORY (Commentaries on the Constitution of the United States. Vol. I, 1905, p. 586).

8.6.3 *Impeachment brasileiro*

O *impeachment* foi previsto em todas as constituições brasileiras. O *impeachment* brasileiro é um expediente de apuração de responsabilidade política muito mais que de responsabilidade jurídica. Os mesmos fatos podem gerar tanto o *impeachment* quanto processo criminal perante os tribunais judiciais, mesmo que, em alguns casos, atribua-se a competência para tribunal superior.¹⁶²² O modelo brasileiro variou entre o modelo norte-americano e o modelo anglo-franco.

8.6.3.1 *Antecedentes legislativos*

No regime monárquico, a Constituição de 1824 adotou o sistema anglo-franco mitigado. À Câmara dos Deputados competia decretar e sustentar a acusação dos ministros e conselheiros de Estado: e ao Senado, o julgamento.¹⁶²³ Poderiam ser aplicáveis penas político-funcionais (perda do cargo com inabilitação para exercer outro) e penas criminais (prisão e morte).¹⁶²⁴ Assim como na Inglaterra e França, era um processo criminal,¹⁶²⁵ com a diferença que só se aplicava aos ministros e conselheiros de Estado.¹⁶²⁶ A iniciativa poderia ser dos membros Assembléia Geral (Câmara dos Deputados e Senado), como também de qualquer cidadão, conforme aponta Pimenta Bueno.¹⁶²⁷ Os ministros poderiam ser processados por traição, peita, suborno ou concussão, abuso de poder, falta de observância da lei, obrar contra a liberdade, segurança e propriedade, dissipação dos bens públicos (artigo 133 da Constituição). Como o artigo 38 acerca da atribuição privativa da Câmara dos Deputados para decretar a acusação dos ministros de Estado e Conselheiros de Estado não se referia expressamente aos crimes do artigo 133, a Câmara dos Deputados arguia que tal dispositivo constitucional aplicava-se tanto a crimes comuns quanto aos crimes de responsabilidade.¹⁶²⁸ Tobias Barreto tece longas críticas à fundamentação utilizada pela

¹⁶²² Paulo BROSSARD (O impeachment, 1992, pp. 31-32).

¹⁶²³ Constituição de 1824 (art. 38, art. 47, item 2º.) e Lei de 15 de outubro de 1827 (arts. 17, 18 e 20).

¹⁶²⁴ Lei de 15 de outubro de 1827 (arts. 1º e 2º).

¹⁶²⁵ Paulo BROSSARD (O impeachment, 1992, p. 33).

¹⁶²⁶ Constituição de 1824 (arts. 133 e 143).

¹⁶²⁷ Pimenta BUENO (Direito público brasileiro e analyse da constituição do Império. Vol. I, 1857, p. 113). Em obra específica sobre direito processual penal, Pimenta BUENO (Apontamentos sobre o processo criminal brasileiro, 1857, p. 57) reforça a natureza criminal do *impeachment* tal como previsto na Constituição de 1824.

¹⁶²⁸ Esta posição foi adotada pela Câmara no caso do deputado Epaminondas de Melo, que, indicado para ministro de governo, fora pronunciado por crime comum no Senado, sem a decretação da acusação pela Câmara dos Deputados.

Câmara dos Deputados, reputando ser “grave erro de tomar a exceção pela regra e firmar aquela amplitude na necessidade de premunir os ministros contra os caprichos do poder judicial” e que, se o dispositivo constitucional é uma garantia constitucional, como alegou a Câmara dos Deputados, “não é decerto uma garantia do ministro *vis-à-vis* dos tribunais, que podem querer fazer política, mas uma garantia dos cidadãos *vis-à-vis* desses mesmos tribunais, que podem ser subservientes e ao aceno do governo menosprezar e calcar os direitos dos indivíduos”.¹⁶²⁹ Não obstante tais críticas, Tobias Barreto¹⁶³⁰ concluiu que o artigo 38 se aplicava também a crimes comuns, por outras razões: a) o artigo 133 da Constituição não isolou o elemento disciplinar do elemento penal; b) os crimes comuns de parlamentares podem “comprometer a reputação e a posição política desse alto funcionário”, resultando daí uma concorrência entre crimes relacionados ao exercício da função e crimes comuns, que impõe o envolvimento dos mesmos órgãos acusatório e julgador. A interpretação realizada por Tobias Barreto, embora bem fundamentada, vai de encontro à disposição do artigo 48, o qual prescreve “no juízo dos crimes, cuja acusação não pertence à Câmara dos Deputados, acusará o procurador da Coroa e Soberania Nacional”, o que tornaria letra morta o artigo 38 se fosse aplicado a todos tipos de delitos, não apenas a crimes praticados no exercício da função. Importante frisar que boa parte da dificuldade na compreensão do alcance das normas constitucionais supracitadas reside no fato de a Constituição do Império (1824) não ter feito referência a crimes no exercício da função ou crimes funcionais ou mesmo a crimes de responsabilidade, esta última expressão foi a adotada pelas constituições posteriores. Em posição contrária a Tobias Barreto, e em nosso entendimento, com razão, Hermenegildo de Almeida sustentou à época que o artigo 38 aplicava-se apenas aos crimes políticos, entendidos estes como aqueles cometidos no exercício do cargo ou provenientes da inobservância dos deveres do cargo; assim, na hipótese de crime comum, não há análise pela câmara dos deputados, apenas julgamento pelo Senado.¹⁶³¹

Com a instalação da República e a promulgação da Constituição de 1891, o Brasil deixou de lado o sistema anglo-franco mitigado, adotando o modelo norte-americano, com algumas variações. Ao Supremo Tribunal Federal competiam o processo e o julgamento dos crimes comuns do presidente da República e ministros de Estado; e ao

¹⁶²⁹ Tobias BARRETO (Responsabilidade dos ministros ..., 1991, pp. 154-155).

¹⁶³⁰ Tobias BARRETO (Responsabilidade dos ministros ..., 1991, pp. 156-157).

¹⁶³¹ Hermenegildo de ALMEIDA (Da responsabilidade política e individual ..., 1880, p. 2).

Senado, os crimes de responsabilidade.¹⁶³² O decreto de acusação da Câmara gerava a suspensão do exercício de suas funções. Ao contrário da Constituição norte-americana, limitou-se o *impeachment* às mais altas autoridades do país (Presidente da República, ministros de Estado e ministros do Supremo Tribunal Federal).¹⁶³³ Os crimes de responsabilidade foram indicados no artigo 54 da Constituição, deixando-se para a lei regular a definição, o processo e o julgamento. Nesse contexto, foram promulgadas a lei de crime de responsabilidade (Decreto 30/1892, de 8 de janeiro) e a lei sobre processo e julgamento dos crimes de responsabilidade (Decreto 27/1892, de 7 de janeiro). Quando da confecção destas leis, levantaram-se duas questões que estavam baseadas na natureza jurídica do *impeachment* (se exclusivamente político ou se misto, político-criminal): a) a inconstitucionalidade da sanção de “incapacidade para exercer qualquer outro cargo”, estabelecida no artigo 2º do Decreto 30/1892, uma pena acessória, que somente poderia ser aplicada juntamente com a sanção principal (perda do cargo); b) a inconstitucionalidade da cessação do processo diante da renúncia do presidente da República (art. 3º do Decreto 27/1892).

Epitácio Pessoa, sustentando o caráter misto ou político-penal do *impeachment* de modo que o afastamento do cargo não impedia a imposição da pena de incapacidade para exercer qualquer outro, apresentou na Câmara dos Deputados uma emenda ao artigo 3º, no sentido de que o processo de *impeachment* podia também ser intentado depois que o presidente deixasse, por qualquer motivo, o exercício do cargo.¹⁶³⁴ Em contrapartida, seu colega Felisbello Freire argumentou que o *impeachment* era um processo meramente político, e, assim, com o afastamento do presidente do cargo, por qualquer motivo, inclusive renúncia, exauria o processo, tanto que não havia uma pena autônoma de incapacidade para o exercício de qualquer cargo, esta somente poderia ser aplicada conjuntamente com a perda do cargo. A emenda proposta por Epitácio Pessoa foi rejeitada pelo parlamento, consolidando o entendimento Felisbello Freire no sentido de que o *impeachment* era um processo meramente político, razão pela qual o afastamento do presidente da República extinguiria o processo.

A doutrina de Felisbello Freire (natureza meramente política do *impeachment*) foi acolhida pelo Supremo Tribunal Federal, em 1895 e em 1899, onde, respectivamente, o Vice-Governador do Piauí, Joaquim Ribeiro Gonçalves, e o capitão José Joaquim

¹⁶³² Constituição Federal de 1891 (art. 52, § 2º, e art. 53). Isso se mantém na CF/1988.

¹⁶³³ Art. 52, § 2º, art. 53 e art. 57, § 2º.

¹⁶³⁴ Paulino JACQUES (Curso de direito constitucional, 1974, p. 253).

Pereira Lobo, requereram o trancamento do processo contra eles instaurado, mesmo com a renúncia, pelas Assembléias Legislativas dos seus estados.¹⁶³⁵ Em termos doutrinários, o Congresso Jurídico Americano, reunido no Rio de Janeiro em 1900, assentou que o *impeachment* cuidava-se de instituição de direito contitucional e não de direito penal.¹⁶³⁶ A tese de Felisbelo Freire foi também reafirmada pelo STF no Acórdão 1.476, de 1901 e no Acórdão 3.018, de 1911. Contudo, não duraram muito estes precedentes do STF.

Em 1916, no julgamento do *Habeas Corpus* 4.091, pela primeira vez houve divergência entre os ministros do STF acerca da natureza do *impeachment*: enquanto o relator Oliveira Ribeiro invocava o precedente do STF no sentido da natureza meramente política, Pedro Lessa asseverava: “é um instituto político ou de índole constitucional, e por seus efeitos ou consequências de ordem penal. O que o engendrou foi a necessidade de pôr termo aos desmandos do Executivo. Por ele fica o Poder Legislativo investido do direito de cassar o mandato do Executivo, o Legislativo indubitavelmente impõe penas. A leitura dos citados artigos da Constituição Federal não deixa pairar a menor dúvida a esse respeito. O ‘impeachment’, pois, tem um duplo caráter, é um instituto heteróclito. Se fosse meramente constitucional não se compreenderia que, além da perda do cargo, ainda acarretasse a incapacidade de exercer qualquer outro. Se fosse meramente penal não se explicaria a sujeição do Presidente, ou representante do Poder Executivo, a outro processo e a outra condenação criminal”.¹⁶³⁷

Ainda no ano de 1916, no processo do general Caetano de Faria (Presidente de Mato Grosso) contra a Assembléia Legislativa de Mato Grosso, o STF adotou a tese de Epitácio Pessoa da natureza mista (político-penal) do *impeachment*, tendo assentado no acórdão: “o *impeachment*, na legislação federal, não é um processo exclusivamente político, senão, também, um processo misto, de natureza criminal e de caráter judicial, porquanto só pode ser motivado pela perpetração de um crime definido em lei anterior, dando lugar à destituição do cargo e à incapacidade para o exercício de outro qualquer. Os Estados não podem legislar sobre os casos de ‘impeachment’, *ex vi* do artigo 34, § 23, da Constituição da República”.¹⁶³⁸

¹⁶³⁵ Paulino JACQUES (Curso de direito constitucional, 1974, p. 253).

¹⁶³⁶ Lauro NOGUEIRA (O impeachment: especialmente no Direito Brasileiro, 1947, p. 26). No mesmo sentido, Paulo BROSSARD (O impeachment, 1992, p. 80). A natureza política do *impeachment* era a posição de quase a unanimidade dos constitucionalistas da época.

¹⁶³⁷ Paulo BROSSARD (O impeachment, 1992, p. 86).

¹⁶³⁸ Paulo BROSSARD (O impeachment, 1992, p. 84). No mesmo sentido, Paulino JACQUES

A Constituição de 1934 adotou a concepção da natureza mista do *impeachment*, estabelecendo, no artigo 58, § 7º, a sanção de “perda do cargo, com inabilitação, até o máximo de cinco anos, para o exercício de qualquer função pública”, permitindo a continuação do processo mesmo com a renúncia ao cargo. Introduziu novos tipos de crime de responsabilidade, consistente no atentado contra o cumprimento das decisões judiciárias e na violação dos direitos sociais. Atribuiu o julgamento a um *tribunal especial*, com composição mista (parlamentares e juízes), na linha da Constituição de Weimar (arts. 59 e 108) e da Constituição da França de 1946, como se para “acentuar o caráter político-penal do *impeachment*”.¹⁶³⁹

A Constituição ditatorial de 1937, obviamente para dificultar a destituição do chefe de governo pelo *impeachment*, reduziu de nove para cinco os crimes de responsabilidade (art. 85), mantendo os atos que atentarem contra: a) a existência da União; b) a Constituição; c) o livre exercício dos poderes políticos; d) a probidade administrativa e a guarda e emprego dos dinheiros públicos; e) a execução das decisões judiciárias. Eliminou os atentados contra: a) a forma de governo federal; b) o gozo ou exercício legal dos direitos políticos, sociais ou individuais; c) a segurança interna do país; d) as leis orçamentárias. Quanto ao processo, restaurou o modelo de 1891, que era mais favorável ao governo, pois o julgamento seria pelo parlamento, campo propício para influência das forças políticas. Para assegurar maior liberdade na tomada de decisão do ditador, introduziu a figura da imunidade temporária do presidente da República, não podendo ser ele responsabilizado em face de atos estranhos às suas funções, durante o exercício delas (arts. 87). Afastou-se assim do modelo das constituições anteriores, onde o processo de responsabilidade por crime comum poderia seguir após decretada a acusação pela Câmara dos Deputados. Por conta dessas amplas alterações das normas constitucionais, o STF em 1937, ao julgar o *Habeas Corpus* 26.544, retornou a sua jurisprudência primeira, da época do início da República.¹⁶⁴⁰

A Constituição de 1946 definiu os crimes de responsabilidade e estabeleceu o processo e o julgamento tal qual a Constituição de 1891: a) o processo e julgamento seguia o modelo norte-americano (Senado Federal); b) a pena cabível não estava indicada na Constituição, deixando ao arbítrio da lei.¹⁶⁴¹ Em seu artigo 62, § 3º,

(Curso de direito constitucional, 1974, p. 254).

¹⁶³⁹ Paulino JACQUES (Curso de direito constitucional, 1974, p. 255).

¹⁶⁴⁰ STF, HC 26.544, Pleno, por unanimidade, Relator Ministro Lauro de Camargo, em 30/8/1937.

¹⁶⁴¹ Duas obras se destacaram ao abordar o *impeachment* estabelecido na Constituição de 1946: a de Lauro NOGUEIRA (O *impeachment*: especialmente no Direito Brasileiro, 1947) e a de Paulo Brossard

esclareceu que “não poderá o Senado aplicar outra pena a não ser a de perda do cargo com inabilitação”. Em obediência à Constituição, foi promulgada a Lei 1.079/1950, de 10 de abril, que definiu os crimes de responsabilidade e regulou o processo e julgamento, estipulando que o governante estaria sujeito à “perda do cargo com inabilitação para o exercício de qualquer função pública, até cinco anos”. Ao contrário da regulamentação anterior (Decreto 27/1892 e Decreto 30/1892), onde se aplicava a perda do cargo, agravada ou não com a pena acessória de inabilitação para exercer qualquer outro cargo, a Lei 1.079/1950 elevou a inabilitação para função pública à natureza de pena principal, a ser aplicada junto com a pena de perda do cargo. Dessa forma, não pode haver aplicação apenas de perda do cargo, pois a pena é de “perda do cargo com inabilitação”.

Lauro Nogueira,¹⁶⁴² em obra escrita na vigência da Constituição de 1946, afirma que o *impeachment* brasileiro “é, sem dúvida, político; mas nenhuma responsabilidade política se faz efetiva nele”, entendida a responsabilidade política como responsabilidade governo perante o parlamento, enquanto “peça essencial do parlamentarismo”, parecendo, na realidade, “extravagância haver um processo político sem a correspondente responsabilidade política”. Arremata dizendo que se trata de um “processo mixto – político e criminal”.¹⁶⁴³

Em sentido contrário, Paulo Brossard, desde a primeira edição de seu livro, em 1965, também sob a égide da Constituição de 1946 e da Lei 1.079/1950, sustentou a natureza política do *impeachment*, e, em razão desta natureza, defendia que “o término do mandato, por exemplo, ou a renúncia ao cargo trancam o *impeachment* ou impedem sua instauração”.¹⁶⁴⁴ Na mesma linha, Paulino Jacques, em razão da unicidade da pena, conclui que foi adotada a concepção política do *impeachment*, tendo por corolário a extinção (ou não abertura) do processo em razão de renúncia do cargo.¹⁶⁴⁵

O STF, somente após a CF/1988, por ocasião do *impeachment* do então Presidente Fernando Collor,¹⁶⁴⁶ manifestou-se sobre os efeitos da renúncia no andamento do processo, como se verá adiante. Contudo, relativamente à responsabilização dos prefeitos municipais por infração político-administrativa, nos

(O *impeachment*, 1992), cuja primeira edição é de 1965.

¹⁶⁴² Paulo NOGUEIRA (O *impeachment*: especialmente no Direito Brasileiro, 1947, p. 27).

¹⁶⁴³ Paulo NOGUEIRA (O *impeachment*: especialmente no Direito Brasileiro, 1947, p. 28).

¹⁶⁴⁴ Paulo Brossard (O *impeachment*, 1992, p. 133).

¹⁶⁴⁵ Paulino JACQUES (Curso de direito constitucional, 1974, p. 256).

¹⁶⁴⁶ STF, MS 21.689, Plenário, Relator Ministro Carlos Velloso, em 16/12/1993, DJ de 7/4/1995.

termos do Decreto-Lei 201/1967, o STF já havia firmado jurisprudência sólida no sentido de que apresentada a denúncia, estando o prefeito no exercício do cargo, a ação penal terá seguimento, mesmo após o término do mandato, ou deixando o prefeito o cargo, por qualquer motivo.¹⁶⁴⁷

A Emenda Constitucional nº 4/1961, de 2 de setembro, instituiu o sistema parlamentar de governo, estabelecendo que ao Conselho de Ministros caberia “a direção e a responsabilidade da política do governo, assim como a administração federal,” respondendo coletivamente perante a Câmara dos Deputados.¹⁶⁴⁸ O *impeachment* foi mantido apenas para o Presidente da República, que se submetia a julgamento perante o Senado Federal nos “crimes funcionais” (art. 4º), que estavam arrolados no artigo 5º: “I - a existência da União; II - o livre exercício de qualquer dos poderes constitucionais da União ou dos Estados; III - o exercício dos poderes políticos, individuais e sociais; IV - a segurança interna do país”. O sistema parlamentar vigorou até a Emenda Constitucional nº 6/1963, de 23 de janeiro, que restabeleceu, após plebiscito determinado pela Emenda Constitucional nº 4/1961, o sistema presidencialista de governo, e que, segundo o STF no julgamento do Mandado de Segurança 21.564, houve reconstituição de todo o sistema estabelecido na Constituição de 1946, salvo o artigo 61 desta última, por expressa determinação do artigo 1º da Emenda Constitucional nº 6/1963.

A Constituição de 1967, elaborada após implantação do regime militar, apesar de ter mantido o instituto e ter criado um caso novo de *impeachment* (descumprimento das leis, art. 84, item VII), não o prestigiou, estabelecendo regras que dificultaram amplamente o seu uso: a) aumento do quórum para declarar procedente a acusação de crime de responsabilidade de maioria absoluta para dois terços (art. 85); b) hipótese de arquivamento do processo quando o julgamento não estiver concluído no prazo de sessenta dias (art. 85, § 2º). A Constituição de 1969, basicamente, repetiu essas normas, como se vê nos artigos 82 e 83.

A CF/1988 introduziu pequenas alterações, o que, segundo Paulo Brossard, foram “suficientes para torná-lo ainda menos aplicável, ou de mais difícil aplicabilidade”.¹⁶⁴⁹ A configuração normativa do *impeachment* na constituição vigente

¹⁶⁴⁷ STF, HC nº 52.908-SP, Relator Ministro Thompson Flores, DJ de 13/12/1974, pág. 9351. Conferir também RHC 55.705 e RHC 65.207-GO, Rel. Min. Moreira Alves.

¹⁶⁴⁸ O artigo 6º da Emenda Constitucional nº 4/1961 também previa que respondia “cada Ministro de Estado, individualmente pelos atos que praticar no exercício de suas funções”.

¹⁶⁴⁹ Paulo BROSSARD (O *impeachment*, 1992, p. IX).

brasileira é o tema das seções seguintes, que finalizam o capítulo 8.

8.6.3.2 *Hipóteses legais do impeachment na Constituição de 1988: a inapropriada denominação crimes de responsabilidade e as espécies de infração política*

O artigo 85 da CF/1988 considera como crime de responsabilidade “os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal, e, especialmente, contra”¹⁶⁵⁰ as setes situações já elencadas nas três constituições anteriores. Da mesma forma que nas Constituições anteriores, caberá à lei definir os crimes e estabelecer o processo. Como o artigo 85 considera crime qualquer atentado à Constituição e as sete situações são apenas exemplos, Paulo Brossard defende que “toda ofensa a uma prescrição sua, independente de especificação legal, constitui crime de responsabilidade”.¹⁶⁵¹ Esta posição é insustentável. Como o parágrafo único do artigo 85 determina que a lei defina os crimes, o *caput* do artigo apenas exemplificou sete situações que a lei deve disciplinar, possibilitando-a ainda que especifique outros delitos, desde que, é claro, seja violação à Constituição Federal.

Enquanto não promulgada lei na vigência da CF/1988, fica recepcionada a Lei 1.079/1950, obviamente naquilo que for compatível com a CF/1988.¹⁶⁵² O prazo da inabilitação para o exercício de cargo público é de oito anos, por força do artigo 52, parágrafo único, da CF/1988, ficando, neste ponto, inaplicável o prazo de cinco anos indicado no artigo 2º da Lei 1.079/1950.

Como visto, nos EUA, foi ferrenha a discussão sobre se as hipóteses de *impeachment* teriam que ser enquadradas em algum crime previsto em lei ou infração processável em tribunal ordinário, haja vista que a Constituição norte-americana foi bem genérica na descrição da hipótese do *impeachment*, referindo-se à “traição, corrupção, ou altos crimes e má condutas”, não havendo ainda lei especial que discipline o que sejam altos crimes e má condutas. O entendimento predominante nos EUA é de que não se faz necessária lei prévia definindo má conduta, que pode ser

¹⁶⁵⁰ A CF/1988 incluiu o Ministério Público no inciso II e manteve excluída “a guarda e legal emprego dos dinheiros públicos” que a Constituição de 1946 mencionava e as Constituições de 1967 e 1969 retiraram.

¹⁶⁵¹ Paulo BROSSARD (O impeachment, 1992, p. 53).

¹⁶⁵² Na vigência da Constituição de 1967-1969, o STF, no MS 20.474, de 9/4/1986, relator Sydney Sanches, assentou a recepção da Lei 1.079/1950. Na vigência da CF/1988, da mesma maneira, o STF, no MS 20.941, de 9/2/1990, entendeu recepcionada a Lei 1.079/1950, à exceção do prazo de inabilitação de cinco anos. Neste julgamento, discutiu-se a recepção ou revogação dos artigos 14 a 23 da Lei 1.079/1950, que tratam da instauração e processamento. O relator Aldir Passarinho entendia revogados os artigos 14 a 23, mas foi vencido nesta parte.

caracterizada por desde faltas não relacionadas ao exercício de função pública a crimes funcionais.

No Brasil não houve, quanto à descrição das infrações, muita polêmica. A Constituição estabelece os tipos e a lei especial define as hipóteses para cada um dos tipos de *impeachment*. A CF/1988 não prevê *impeachment* por “má conduta”, como o faz a constituição norte-americana (*misdemeanors*, art. II, sec. 4). Também não prevê a hipótese de má administração, como a Constituição de Massachusetts (*maladministration*, cap, I, sec. II, art. VII), ou ainda de má prática, como a Constituição de New Hampshire (*malpractice*, part. II, art. 38), ou também de incompetência, como a Constituição de West Virginia (*incompetency*, art. IV, n° 9).

Importante ressaltar que a Constituição de 1824 não se referiu em nenhum momento à expressão “crimes de responsabilidades”, tampouco a Lei de 15 de outubro de 1827, que regulamentou o artigo 133. A primeira referência ocorre no Código Criminal de 1830, que excluía de sua incidência “os crimes de responsabilidade dos Ministros e Conselheiros de Estado, os quais serão punidos com as penas estabelecidas na lei respectiva”. Depois seguiu o Código de Processo de 1832, em cujo capítulo V do Título III dispôs acerca “da denúncia dos crimes de responsabilidade dos empregados públicos e forma do processo respectivo”. Depois destes primeiros usos, a expressão foi alçada a nível constitucional, por ocasião da Constituição de 1891, e desde então nunca mais perdeu este *status*.

Na Constituição de 1824, como o *impeachment* tinha natureza criminal, não seria inapropriado denominar suas hipóteses de crimes de responsabilidade. Assim, também não laboraram mal as leis do Império já citadas. Contudo, a Constituição de 1891 e a Lei 27/1892, estabeleceram “nítida separação entre a jurisdição política e a criminal”,¹⁶⁵³ não sendo apropriada a utilização da expressão crimes de responsabilidade tanto para as hipóteses de infração jurídico-política sujeita ao *impeachment* quanto para os crimes relacionados com o exercício da função (crimes funcionais).

Correta é a denominação de infrações políticas aos ilícitos sujeitos ao *impeachment*, pois “melhor se atenderia à natureza das coisas e se evitaria o escolho decorrente da designação, pelo mesmo nome, de realidades diversas”.¹⁶⁵⁴ Nesse sentido o Decreto-lei 201/1967, que dispõe sobre a responsabilidade dos prefeitos e vereadores,

¹⁶⁵³ Paulo BROSSARD (O *impeachment*, 1992, p. 68).

¹⁶⁵⁴ Paulo BROSSARD (O *impeachment*, 1992, p. 69).

andou melhor que a Lei 1.079/1950, haja vista que separou bem o que denominou de infrações político-administrativas, cujo julgamento é político e a cargo do parlamento municipal, do que denominou de crimes de responsabilidade, cuja ação seguirá o rito do processo penal com julgamento pelo poder judiciário.

Quanto à pena, a CF/1988 determina que seja aplicada a “perda do cargo, com inabilitação, por oito anos, para o exercício de função pública”. A Constituição encampou a disciplina da Constituição de 1946 e da Lei 1.079/1950, no que tange à natureza de pena principal da inabilitação. Ampliou, contudo, o período de inabilitação para oito anos. Ao contrário da regulamentação anterior à Lei 1.079/1950, em que o Decreto 27/1892 e Decreto 30/1892 permitiam aplicação apenas de perda do cargo, pois a inabilitação era pena acessória, a CF/1988 estabeleceu que as duas penas (perda do cargo e inabilitação para oito anos) são principais e aplicadas conjuntamente. Nessa toada, o STF já decidiu que “no sistema atual, da Lei 1.079, de 1950, não é possível a aplicação da pena de perda do cargo, apenas, nem a pena de inabilitação assume caráter de acessoriedade”; por outro lado, a renúncia, uma vez iniciado o processo, não tem o condão de extinguir o *impeachment*, o qual seguirá para aplicação da pena de inabilitação para o exercício de cargo público.¹⁶⁵⁵

8.6.3.3 Rito do impeachment

O processo se desenvolve nas duas casas do legislativo. A ação de *impeachment* poderá ser formulada por qualquer cidadão perante a Câmara dos Deputados.¹⁶⁵⁶ Compete à Câmara dos Deputados “autorizar, por dois terços de seus membros, a instauração de processo contra o Presidente e o Vice-Presidente da República e os

¹⁶⁵⁵ STF, MS 21.689, Plenário, Relator Ministro Carlos Velloso, julgamento em 16/12/1993, DJ de 7/4/1995. Não obstante esse precedente do Plenário do STF, no sentido de que não poderá ser aplicada apenas pena de perda do cargo, no julgamento do *impeachment* da Presidente Dilma Roussef, o Senado Federal, presidido pelo presidente do STF, Ricardo Lewandowski, como determina a CF/1988, na conclusão do julgamento, no dia 29 de agosto de 2016, decidiu por aplicar à Dilma Roussef apenas a pena de perda do cargo. O Presidente Ricardo Lewandowski deferiu requerimento formulado pelo Partido dos Trabalhadores para ser feito um destaque no quesito a ser apreciado pelos Senadores por ocasião da votação final. Dessa forma, foram votados dois quesitos: 1) se Dilma Roussef cometeu as duas infrações político-administrativas a ela imputadas e, por isso, aplica-se a sanção de perda do cargo; 2) se Dilma Roussef cometeu as duas infrações político-administrativas a ela imputadas e, por isso, aplica-se a sanção de inabilitação. Só foi alcançado o quórum de 2/3 (exigido para condenação) para o primeiro quesito. Após o julgamento pelo Senado, o STF foi instado em várias ações judiciais a aplicar a inabilitação como resultado do primeiro quesito, mas os pedidos de liminares foram indeferidos nominalmente, e, até fechamento desta tese, o caso não havia sido levado a julgamento colegiado.

¹⁶⁵⁶ Lei 1.079/1950, artigo 14, dispositivo recepcionado pela CF/1988.

Ministros de Estado”.¹⁶⁵⁷ Neste aspecto, a CF/1988 não repetiu a expressão das constituições anteriores: declarar a procedência ou improcedência da acusação. Substituiu por “autorizar” (art. 51, I), que tem o mesmo significado de “admitida a acusação” (art. 86). Também alterou o dispositivo do Senado (art. 52). Antes competia ao Senado apenas julgar, estando, com a CF/1988, encarregada de “processar e julgar”. Na mesma linha dessas duas alterações, o dispositivo constitucional que prescrevia o termo inicial da medida cautelar (suspensão do exercício das funções presidenciais) também foi modificado: antes decorria da declaração de procedência da acusação pela Câmara, agora resulta da instauração do processo pelo Senado.¹⁶⁵⁸ Estas três alterações indicam claramente uma mudança na distribuição das funções entre as casas legislativas. A Câmara dos Deputados apenas autoriza a instauração; o Senado, instaura, processa e julga. A Câmara dos Deputados perdeu uma atribuição histórica, a de ser órgão de acusação, instaurando, processando e decretando procedente a acusação, para só depois remeter ao Senado Federal para julgamento. Considerando estas novidades constitucionais, os artigos 14 a 23 da Lei 1.079/1950, que tratam da instauração e processamento do *impeachment*, devem ser lidos à luz dos preceitos constitucionais: por exemplo, o artigo 23, § 1º, que prescreve que “se da aprovação do parecer resultar a procedência da acusação, considerar-se-á decretada a acusação pela Câmara dos Deputados”, a norma aplicável é “se da aprovação do parecer resultar a procedência da acusação, considerar-se-á autorizada a instauração do processo”.

Na CF/1988, o poder da Câmara dos Deputados, restringindo-se, assim, a autorizar a instauração do *impeachment* no Senado Federal, “se assemelha ao que as Assembléias possuem em relação às imunidades parlamentares”.¹⁶⁵⁹ Apesar de ter perdido parcela de sua atribuição, a Câmara dos Deputados ainda dispõe de uma relevante função no processo de *impeachment*, que é fazer o juízo preliminar de cognoscibilidade, com duas soluções: a) determinar o arquivamento (não autorizar a instauração), o que, aliás, foi o destino de quase a totalidade de ações de *impeachment* desde 1893 até hoje; b) autorizar a instauração do processo no Senado.

Discute-se se, após autorização da Câmara dos Deputados, o Senado fica vinculado para instaurar o processo ou poderá proceder a novo juízo de admissibilidade.

¹⁶⁵⁷ CF/1988, art. 51.

¹⁶⁵⁸ CF/1988, art. 86.

¹⁶⁵⁹ Paulo BROSSARD (O impeachment, 1992, p. 8).

Para Afonso da Silva,¹⁶⁶⁰ “não cabe ao Senado decidir se instaura ou não o processo”, pois, “quando o texto do art. 86 diz que, admitida a acusação por dois terços da Câmara, será o Presidente submetido a julgamento perante o Senado Federal nos crimes de responsabilidade, não deixa a este possibilidade de emitir juízo de conveniência de instaurar ou não o processo”, haja vista que “esse juízo de admissibilidade refoge à sua competência e já fora feito por quem cabia”. Nesta mesma linha, Paulo Brossard destacou que, quanto à autorização da Câmara, “uma vez concedida, sua instauração é irrecusável e dela resulta a suspensão do Presidente”, não tendo “sentido requerer o voto de dois terços da Câmara para autorizar a instauração do processo e esta ainda pender da anuência do Senado”.¹⁶⁶¹ Contudo, o STF, em dezembro de 2016, ao examinar ação que questionava o rito do *impeachment* contra a então Presidente Dilma Rouseff, decidiu, por maioria de seus membros, que o Senado poderá recusar a instauração do processo, mediante novo juízo de admissibilidade, por maioria simples.¹⁶⁶²

8.6.4 Oportunidade tipificada como critério de julgamento

No sistema presidencialista de governo, o *impeachment*, que pode levar à destituição do cargo, não tem natureza penal, mas sim político-administrativa. Enquadra-se na função política, sendo exclusivamente político o juízo de valor exercido sobre o fato. Sob a perspectiva da existência de caracteres políticos e jurídicos, é certo que o *impeachment* no presidencialismo é jurídico-político, assim como é a responsabilidade política institucional no regime de base parlamentarista. Mas pelo critério do juízo de valor, critério adequado para a análise das conexões entre sistemas de responsabilidade, não se tem dúvida de que é político, o juízo de valor é político.

Assim como a responsabilidade política institucional no regime de base parlamentarista, o *impeachment* no presidencialismo apresenta tanto caracteres políticos quanto jurídicos, é também uma responsabilidade jurídico-político. O grau de juridicidade do *impeachment* é maior que na responsabilidade política institucional no regime de base parlamentarista, mas não deixa de ser uma responsabilidade política, considerado o critério do juízo de valor (político) utilizado para tomada de decisão. O

¹⁶⁶⁰ José Afonso da SILVA (Curso de direito constitucional positivo, 2005, p. 551). O autor expressou esta posição já na edição de seu célebre livro em 1991, no ano do ajuizamento do *impeachment* de Fernando Collor de Mello.

¹⁶⁶¹ Paulo BROSSARD (O *impeachment*, 1992, p. 10).

¹⁶⁶² STF, na Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 378.

impeachment no regime presidencialista está no meio do caminho entre a responsabilidade política institucional no regime de base parlamentarista e a responsabilidade jurídico-penal. É uma responsabilidade política *processualizada e tipificada* do governo perante o parlamento.

Quando da importação do *impeachment* da Inglaterra para os EUA, ele incorporou o escopo político do afastamento do governante do cargo, deixou de ser processo criminal, mas não perdeu o rito processual, tampouco perdeu a delimitação das hipóteses fáticas, que, a propósito, se alargaram. Na Inglaterra, como a responsabilidade política estava se consolidando, o *impeachment* era restrito aos fatos tipificados como crime, tinha natureza penal. Nos EUA, assim como no Brasil (a partir da Constituição de 1891), como não havia responsabilidade política do governo perante o parlamento, pois sequer existia governo como órgão colegial e autônomo, o *impeachment* deixa de ser uma responsabilidade criminal, e passa a representar uma responsabilidade política, diferente da responsabilidade política do governo perante o parlamento (moção de censura) e distinta da responsabilidade criminal, de caráter punitivo (que fica a cargo dos tribunais). O *impeachment*, como bem destaca Duvivier, “investe-se de efeito semelhante ao do voto de censura, ou desconfiança”, restringindo-se à “perda do cargo, acidentalmente, apenas, podendo acarretar a inabilitação para outro”.¹⁶⁶³

O *impeachment* norte-americano, e da mesma forma o *impeachment* brasileiro do período republicano, “afastou a morosidade do expediente inglês e assimilou a agilidade da responsabilidade política parlamentar”.¹⁶⁶⁴ Com diz Duvivier,¹⁶⁶⁵ “adotando o ‘*impeachment*’, como um meio de tornar efetiva a responsabilidade do Presidente, seus ministros e outros funcionários, tomaram-no, da constituição inglesa, com as garantias, de natureza judicial, do seu processo originário, mas com o efeito político, muito aproximado, do seu último estado de evolução — o voto de censura —, evolução que fora, certamente, o resultado do princípio desenvolvido, na Inglaterra, na última parte do século XVIII, da independência do judiciário, como elemento particularmente garantidor da liberdade civil”.

O *impeachment* no sistema presidencialista, embora se aproxime da responsabilidade política institucional no regime de base parlamentarista quanto ao afastamento do governante, dela se diferencia (e neste ponto se aproxima da

¹⁶⁶³ Eduardo DUVIVIER (Defesa do ex-Presidente da República ..., 1931, p. 72).

¹⁶⁶⁴ Paulo BROSSARD (O impeachment, 1992, p. 32).

¹⁶⁶⁵ Eduardo DUVIVIER (Defesa do ex-Presidente da República ..., 1931, p. 75).

responsabilidade jurídico-criminal), ao demandar uma especificação dos fatos geradores e ao oferecer maior garantia para o acusado (por conta do rito processual do *impeachment* e da especificação dos fatos geradores), além de quórum mais elevado para aprovação.

Na responsabilidade política institucional no regime de base parlamentarista, não há tipificação de fatos que podem ser considerados, pelo parlamento, ensejadores da moção de censura, bastando, para tanto, a mera avaliação adversa de um fato político qualquer. Ou seja, o universo desta responsabilidade política é quase a totalidade da política. O *impeachment*, contudo, demanda fatos especificados na Constituição e/ou em lei. São poucas situações dentro do universo da política, são apenas os fatos considerados mais graves pelo poder legislativo, o que representa um campo de aplicação bem mais restrito que o da responsabilidade política institucional no regime de base parlamentarista. Contudo, a tipificação dos fatos não é fechada como na responsabilidade criminal.

A especificação dos fatos geradores e o rito processual do *impeachment* oferecem maior garantia para o acusado. Como destaca Duvivier, há “maior garantia para o acusado, porque não basta que este contrarie a política do Congresso, que também não o pode derrubar por uma maioria ocasional, mas preciso é que ele ofenda a lei e que essa ofensa seja verificada na forma e com as garantias de um processo judicial e por um tribunal, que somente poderá condená-lo por dois terços dos seus votos”.¹⁶⁶⁶

Tanto a responsabilidade política do governo perante o parlamento no regime de base parlamentarista quanto o *impeachment* no presidencialismo objetivam “afastar do governo a autoridade que se pôs em conflito com a maioria da nação, representada no Parlamento”.¹⁶⁶⁷ Embora o sistema presidencialista adote um modelo mais rígido da separação dos poderes, isso não impede a concretização de uma responsabilidade política do governo perante o parlamento, nos moldes de um processo de *impeachment*.

Embora reconhecendo que, não obstante o regime presidencialista, a função de controle político, por meio especialmente do “mais drástico” instrumento, o *impeachment*, tem sido o “grande alento” do Congresso Nacional, colhendo-se resultados positivos, Amaral Júnior preconiza que “somente com uma profunda reengenharia do sistema de governo pátrio será possível ampliar em efetividade o controle político do Congresso”, ou seja, “somente com a submissão do governo ao

¹⁶⁶⁶ Eduardo DUVIVIER (Defesa do ex-Presidente da República ..., 1931, p. 72).

¹⁶⁶⁷ Paulo BROSSARD (O impeachment, 1992, p. 33).

Congresso, fazendo aquele politicamente responsável perante esse, haverá verdadeiro aprimoramento e fortalecimento da função de controle político das Casas legislativas brasileiras.”¹⁶⁶⁸ Concorde-se com este ponto de vista, mas não se pode esquecer que há outro meio mais rápido de implementação, que é simplesmente aplicando o próprio processo de *impeachment*. Não será implantando o parlamentarismo no Brasil que da noite para o dia surgirá uma cultura político-partidária que torne natural a moção de censura para derrubada de um governo. Basta se verificar que a frequência com que isso tem ocorrido nos regimes de base parlamentarista também não é grande.

Como o juízo de valor é político, o exame que se faz é de oportunidade e conveniência sobre o mérito do fato, tudo segundo os princípios e parâmetros políticos. Contudo, o universo é reduzido, quando comparado com a responsabilidade política institucional formal no regime de base parlamentarista. Apenas os fatos tipificados podem ensejar o *impeachment*. Assim, pode-se concluir que o critério de julgamento é de *oportunidade tipificada*.

Saber se um determinado fato realmente ocorrido se enquadra ou não nas hipóteses normativas do *impeachment* faz parte do juízo político, que é feito por meio do voto de cada parlamentar, e, uma vez respeitadas as regras processuais e regimentais, não representa nenhum atentado ao Estado de Direito Democrático, independentemente do resultado da votação, se afirmativo ou se negativo. Pode-se vislumbrar abuso do processo de *impeachment* na hipótese de ser instaurado sem que tenha ocorrido (no plano da existência fática) o fato alegado na petição de propositura, o que é bem distinto da análise do enquadramento do fato nas hipóteses de infrações político-administrativas, reservada ao parlamento. O controle judicial sobre *impeachment* limita-se a tutelar o devido processo legal, tão somente, não cabendo adentrar no mérito do processo, incluindo aí a análise da tipicidade.

O *impeachment* é “um sistema de repressão de abusos, imprescindível à existência e a segurança dos governos democráticos”.¹⁶⁶⁹ O instituto torna-se ainda mais importante no regime presidencialista como instrumento de “intimidação às autoridades executivas, na administração da coisa pública, mormente nos tempos atuais, em que o Poder Executivo, hipertrofiado, tende a concentrar sob sua gerência um volume considerável de serviços, que se espalham por todos os setores da vida social e

¹⁶⁶⁸ AMARAL JÚNIOR (O poder legislativo na democracia contemporânea, 2005, p. 14 e 16).

¹⁶⁶⁹ Paulino JACQUES (Curso de direito constitucional, 1974, p. 257).

econômica”.¹⁶⁷⁰

8.7 Responsabilidade jurídica do governante

O não-cumprimento ou o cumprimento defeituoso dos deveres ou das tarefas de que estão encarregados os órgãos ou agentes constitucionais pode implicar, bem adverte Canotilho, “sanções político-jurídicas (censura, destituição, exoneração)” e “sanções jurídicas (penais, disciplinares, civis)”.¹⁶⁷¹

A “responsabilidade constitucional” é, como já referido, um “conceito englobante”, abrangendo a responsabilidade penal dos titulares dos poderes políticos e a responsabilidade política dos governantes.¹⁶⁷² A principal modalidade da responsabilidade jurídica é de fato a criminal, o que justifica muitas vezes o uso da responsabilidade criminal no lugar de responsabilidade jurídica. Mas a responsabilidade jurídica não se limita à vertente criminal.

Do princípio geral da responsabilidade Paulo Otero¹⁶⁷³ desdobra, além da responsabilidade política, quatro manifestações da responsabilidade jurídica: a) responsabilidade civil (seção 8.7.1); b) responsabilidade criminal (seção 8.7.2); c) responsabilidade disciplinar (seção 8.7.3); d) responsabilidade financeira (seção 8.8).¹⁶⁷⁴ Há ainda que se considerar a responsabilidade administrativa (seção 8.7.4). E no Brasil, merece destaque também a responsabilidade do governante em razão de ato de improbidade administrativa (Capítulo 10), um modelo intermediário entre a responsabilidade criminal e a responsabilidade cível, envolvendo sanções de diversas naturezas (cível e administrativa).¹⁶⁷⁵

A responsabilidade jurídica é, assim, aquela que impõe sanções jurídicas por meio do sistema judicial e seus tribunais, ou mesmo pelos órgãos da Administração (como é o caso da responsabilidade disciplinar, responsabilidade administrativa).

¹⁶⁷⁰ Fides OMMATI (Dos freios e contrapesos entre os poderes do Estado, 1977, p. 68).

¹⁶⁷¹ Gomes CANOTILHO (Direito constitucional e teoria da constituição, 2003, p. 544).

¹⁶⁷² Gomes CANOTILHO (Direito constitucional e teoria da constituição, 2003, p. 544).

¹⁶⁷³ Paulo OTERO (Direito Constitucional Português. Vol. II, 2014, p. 34).

¹⁶⁷⁴ Será demonstrado na seção 8.8 que a responsabilidade financeira tem, além da modalidade jurídica, uma segunda modalidade, pouco visualizada, que é a responsabilidade pela execução geral do orçamento, enquadrada como responsabilidade política.

¹⁶⁷⁵ O modelo brasileiro de improbidade administrativa, como se verá no capítulo 10, também aproxima-se da responsabilidade política, pois, não obstante esta espécie de responsabilidade do governante seja apurada pela jurisdição, apresenta, além de sanções cíveis e administrativas, sanções que tangenciam a seara política, como a destituição de cargo eletivo e a suspensão dos direitos políticos.

8.7.1 Responsabilidade civil

A responsabilidade civil corresponde à responsabilidade por danos causados pelos titulares dos cargos políticos no exercício de suas funções. Não há uma equivalência integral entre a responsabilidade civil do Estado e a responsabilidade civil dos agentes públicos resultante de ato praticado por estes em nome daquele. A responsabilidade civil do Estado poderá ser objetiva, independentemente de culpa; contudo, a responsabilidade civil do governante e dos demais agentes públicos sempre será efetivada em casos de culpa.¹⁶⁷⁶ Não é que não haja responsabilidade civil objetiva para pessoa física, o que não há é responsabilidade civil objetiva para um mandatário ou delegatário que, sem incorrer em infração, pratica um ato que gera responsabilidade objetiva da entidade que representa.

A responsabilidade civil dos governantes segue os mesmos ditâmes dos demais cidadãos. Como sustenta Paulo Otero,¹⁶⁷⁷ se os particulares encontram-se sujeitos a um princípio de responsabilidade civil pelos danos decorrentes de seus atos, “os princípios do Estado de Direito e da igualdade” impõem a mesma sujeição. Não há nenhum regime especial, salvo, em algumas situações, a prerrogativa de não serem acionados diretamente pelo prejudicado, a quem incumbe primeiro acionar o Estado ou a entidade pública, os quais terão o direito de regresso contra o funcionário que praticou o ato, em caso de dolo ou culpa.

A Constituição da República portuguesa expressamente prescreve, no artigo 117/1, que “os titulares de cargos políticos respondem política, civil e criminalmente pelas acções e omissões que pratiquem no exercício das suas funções”. O artigo 22, que formula o princípio geral da responsabilidade das entidades públicas, destaca a solidariedade entre as entidades e o agente público. O sentido do preceito do artigo 117/1 “não é o de pretender criar um regime especial de responsabilidade para os titulares de cargos políticos, mas sim o de afirmar que eles respondem como qualquer cidadão pelos danos praticados nas relações jurídico-privadas e como qualquer titular de um órgão do Estado ou entidade pública pelos danos causados por acções ou omissões

¹⁶⁷⁶ No direito brasileiro, o Estado responde objetivamente pelos danos decorrentes de atividade nuclear (alínea “d” do inciso XXIII do art. 21 da CF, incluída pela Emenda Constitucional nº 49/2006, até então previsto na redação originária da alínea “b”), de atividade notarial (ver Acórdão do STF no RE 788009 AgR / DF, Primeira Turma, Relator Dias Toffoli, julgamento em 19/4/2014), dentre outros.

¹⁶⁷⁷ Paulo OTERO (Direito Constitucional Português. Vol. II, 2014, p. 36).

produzidos no exercício das suas funções e por causa desse exercício”.¹⁶⁷⁸ O direito de regresso está previsto no inciso 4 do artigo 271, referente ao estatuto dos demais agentes públicos, aplicável também aos detentores de cargos políticos.¹⁶⁷⁹

A CF/1988 dispõe sobre a responsabilidade civil dos agentes públicos ao estabelecer a responsabilidade administrativa do Estado pelos danos causados a terceiros por ações de seus agentes e a possibilidade do direito de regresso do Estado contra o agente público.¹⁶⁸⁰ O STF tem jurisprudência consolidada no sentido de que o particular não pode demandar diretamente contra o agente público.¹⁶⁸¹

8.7.2 Responsabilidade criminal

A responsabilidade penal pressupõe o cometimento de crimes tipificados em lei. Podem estar ou não relacionados à função pública desempenhada, diferenciando-se, em razão deste critério, os crimes comuns dos crimes funcionais.

Em sentido amplo, a responsabilidade criminal dos governantes abrange os crimes cometidos no exercício das funções, independentemente da natureza ou do regime de punição.¹⁶⁸² Há, contudo, uma categoria específica de responsabilidade criminal dos governantes, quando do cometimento de crimes de responsabilidade, estabelecidos pela Constituição e por lei especial (lei de crimes de responsabilidade), cujas sanções específicas podem também incluir a destituição do cargo, perda do mandato e inelegibilidades.¹⁶⁸³

Em Portugal, como bem salienta Paulo Otero, “não obstante a sujeição de todos os titulares do Poder a responsabilidade criminal, torna-se inequívoco que a Constituição pretendeu estabelecer um regime específico para os titulares de cargos políticos (artigo 117, n.3), afastando-o do regime próprio a que se encontram sujeitos os restantes titulares de órgãos do Estado e demais entidades públicas que não se reconduzem ao

¹⁶⁷⁸ Gomes CANOTILHO e Vital MOREIRA (Constituição da República...Vol. II, 2010, p. 119).

¹⁶⁷⁹ A Lei 67/2007 disciplina o quadro constitucional da responsabilidade civil extracontratual dos poderes públicos.

¹⁶⁸⁰ Artigo 37, § 6º, CF/1988. O referido preceito não faz distinção entre agentes políticos (detentores de cargos políticos) e agentes públicos (servidores públicos em geral).

¹⁶⁸¹ STF, RE 344.133, Relator Min. Marco Aurélio, Primeira Turma, julgamento em 9/9/2008.

¹⁶⁸² Gomes CANOTILHO e Vital MOREIRA (Constituição da República...Vol. II, 2010, pp. 119-120).

¹⁶⁸³ Não há que se confundir a responsabilidade por crime de responsabilidade, de natureza criminal, com o *impeachment* no sistema presidencialista, que pressupõe o cometimento de infração político-administrativa, mas que muitas vezes é designada, mal designada, de crime de responsabilidade.

conceito de ‘cargo político’.”¹⁶⁸⁴ Não obstante, o regime especial da responsabilidade criminal dos titulares de cargos políticos não poder conduzir “a uma tipificação de crimes ou de sanções menos exigente do que aquela a que se encontram sujeitos os titulares de cargos não políticos”, isso porque “a maior legitimidade democrática dos titulares dos cargos políticos, sendo acompanhada de um reforço de poderes decisórios, deverá sempre envolver um grau mais exigente de responsabilidade - a responsabilidade criminal não pode aqui ser exceção”.¹⁶⁸⁵

O Direito português distingue crimes de responsabilidade de crimes comuns, aos quais seguem diferentes regimes substantivos e processuais.¹⁶⁸⁶ Os crimes de responsabilidade são os cometidos no exercício das funções dos titulares de órgãos de poder, ao passo que os crimes comuns são os cometidos fora desse exercício.

Os crimes de responsabilidade eram disciplinados expressamente nas constituições anteriores portuguesas e estavam restritos aos membros do poder executivo e seus agentes; a CRP de 1976, por seu turno, delegou à lei o estabelecimento dos crimes de responsabilidade e estendeu-os aos titulares de cargo políticos em geral.

Recorrendo à “densificação histórica do conceito”, Canotilho e Moreira ressaltam as características basilares dos crimes de responsabilidade:¹⁶⁸⁷ a) praticados por titulares de cargo político no exercício das funções; b) consistem na violação de bens ou valores “particularmente relevantes da ordem constitucional, cuja promoção e defesa constituem dever funcional dos titulares de cargos políticos”; c) “por isso, existe uma conexão entre esta responsabilidade criminal e a responsabilidade política, transformando-se a censura criminal necessariamente numa censura política (com a conseqüente demissão ou destituição como pena ou efeito necessário da pena)”; d) configuram uma responsabilidade criminal qualificada, em razão de o agente público dispor de uma maior liberdade de conformação e de gozar de uma relação de confiança pública; e) submetem-se a especificidades quanto às penas, ao órgão judicial responsável pelo julgamento (competência por prerrogativa de função) e ao processo criminal.

A Lei 34/1987, de 16 de agosto, definiu os seguintes crimes de responsabilidade: Traição à pátria, Atentado contra a Constituição da República, Atentado contra o Estado de direito, Coacção contra órgãos constitucionais, Prevaricação, Denegação de justiça,

¹⁶⁸⁴ Paulo OTERO (Direito Constitucional Português. Vol. II, 2014, p. 38).

¹⁶⁸⁵ Paulo OTERO (Direito Constitucional Português. Vol. II, 2014, p. 38).

¹⁶⁸⁶ Jorge MIRANDA (Imunidades constitucionais e crimes de responsabilidade, 2001, p. 28).

¹⁶⁸⁷ Gomes CANOTILHO e Vital MOREIRA (Constituição da República...Vol. II, 2010, p. 121).

Desacatamento ou recusa de execução de decisão de tribunal, Violação de normas de execução orçamental, Suspensão ou restrição ilícitas de direitos, liberdades e garantias, Recebimento indevido de vantagem, Corrupção passiva, Corrupção activa, Violação de regras urbanísticas, Peculato, Peculato de uso, Peculato por erro de outrem, Participação econômica em negócio, Emprego de força pública contra a execução de lei de ordem legal, Recusa de cooperação, Abuso de poderes e Violação de segredo. Também dispôs que serão considerados crimes de responsabilidade “os previstos na lei penal geral com referência expressa a esse exercício ou os que mostrem terem sido praticados com flagrante desvio ou abuso da função ou com grave violação dos inerentes deveres”.

Constata-se na definição dos crimes de responsabilidade a referência a diversos preceitos constitucionais, como os artigos 130, 157 e 196. Esta “raiz axiológica” dos crimes de responsabilidade, contudo, não tem a função de legitimar “uma «justiça política», mas a de tomar na devida consideração os bens jurídicos lesados e a função constitucional dos sujeitos através de um processo justo onde relevam os critérios da culpa, da responsabilidade, tipicidade, causalidade e punibilidade”.¹⁶⁸⁸

Na revisão constitucional extraordinária da Constituição da República portuguesa, destinada a permitir a ratificação do estatuto do Tribunal Penal Internacional, foi aditado o nº 7 ao artigo 7º (“Portugal pode, tendo em vista a realização de uma justiça internacional que promova o respeito pelos direitos da pessoa humana e dos povos, aceitar a jurisdição do Tribunal Penal Internacional, nas condições de complementaridade e demais termos estabelecidos no Estatuto de Roma”), que se traduz numa cláusula geral de recepção, mas não houve aditamento de preceito específico ao artigo 117, acerca da responsabilidade daqueles titulares em caso de acusação por crimes previstos no estatuto de Roma, o que “levanta alguns problemas a respeito das imunidades constitucionais dos titulares de cargos políticos”.¹⁶⁸⁹

Importante destacar que, nos sistemas parlamentares e nos que têm um componente parlamentar (semipresidencialismo), em que existe a responsabilidade política do governo perante o parlamento, os crimes de responsabilidade são realmente objeto de responsabilidade jurídica, e são julgados pelos tribunais. Há algumas exceções, como na França, em que o tribunal é especial, com formação mista, entre juízes e parlamentares, mas não perde o caráter jurídico. No Brasil, adotou-se a nomenclatura de crime de responsabilidade para configurar as hipóteses de cabimento de

¹⁶⁸⁸ Gomes CANOTILHO e Vital MOREIRA (Constituição da República... Vol. II, 2010, p. 122).

¹⁶⁸⁹ Jorge MIRANDA (Imunidades constitucionais e crimes de responsabilidade, 2001, p. 34).

impeachment, mas nada tem a ver com responsabilidade criminal. Note-se que no Brasil um mesmo fato pode originar tanto um processo político de *impeachment* quanto um processo jurídico de responsabilidade criminal.

8.7.3 Responsabilidade disciplinar

Excluindo-se a responsabilidade política do governo perante o parlamento, a responsabilidade dos ministros, como bem aponta Tobias Barreto, “torna-se efetiva por dois modos práticos de processo, correspondentes a dois modos de compreender a natureza jurídica dessa responsabilidade”.¹⁶⁹⁰ O primeiro grupo sustenta que a responsabilidade é, em todo caso, de natureza jurídico-penal, de modo que “todos os momentos subjetivos e objetivos da criminalidade comum devem aparecer nos atos pelos quais os ministros se dizem responsáveis”; ao passo que o segundo grupo, minoritário, só admite uma responsabilidade jurídico-disciplinar dos ministros.¹⁶⁹¹

Ao tempo desta discussão, no final do século XIX, estes sistemas de responsabilidade eram excludentes. Adotando a posição do segundo grupo, “competindo às câmaras, ou a uma delas, fazer somente efetiva a responsabilidade de caráter disciplinar, não há lugar para um conflito de poderes”, ou seja, “o poder disciplinar e o poder penal não colidem entre si”.¹⁶⁹² As penas disciplinares limitam-se ao afastamento do cargo e à desqualificação para assunção de qualquer outro, tendo o escopo de “corrigir e purificar os órgãos da administração pública”, como bem aponta Tobias Barreto.¹⁶⁹³ Na mesma linha, James Goldschmidt¹⁶⁹⁴ invoca que as normas disciplinares estão voltadas “à personalidade do órgão”, no que se diferencia das normas de direito penal (voltadas à personalidade do indivíduo) e das normas sancionadoras de direito administrativo, ou, em sua denominação, normas de direito penal administrativo (voltadas à personalidade dos membros da comunidade como um todo).

Tobias Barreto, contudo, advoga um modelo não excludente, em que mesmo instalado o sistema de responsabilidade disciplinar, “não ficaria a justiça inibida de exercer também a sua função de exigir o desagravo de qualquer violação das leis

¹⁶⁹⁰ Tobias BARRETO (Responsabilidade dos ministros ..., 1991, p. 155).

¹⁶⁹¹ Tobias BARRETO (Responsabilidade dos ministros ..., 1991, p. 155).

¹⁶⁹² Tobias BARRETO (Responsabilidade dos ministros ..., 1991, p. 155).

¹⁶⁹³ Tobias BARRETO (Responsabilidade dos ministros ..., 1991, p. 155).

¹⁶⁹⁴ James GOLDSCHMIDT (Derecho, derecho penal y proceso, 2010, p. 303).

penais”.¹⁶⁹⁵

Atualmente, não há dúvidas acerca da possibilidade de manejo simultâneo dos sistemas de responsabilidade disciplinar e criminal. Na CF/1988, por exemplo, o parlamentar é julgado por seus próprios pares por falta de decoro parlamentar, em autêntico julgamento ético-disciplinar, sem prejuízo da responsabilização criminal.

O uso mais corrente da responsabilidade disciplinar é aquela referente à responsabilidade do servidor público não-eleito perante a Administração Pública, onde se apura a conformidade de condutas perante as normas éticas e disciplinares do órgão.¹⁶⁹⁶ A aplicação da sanção disciplinar é realizada pelo próprio órgão e está sujeito à impugnação judicial.

8.7.4 Responsabilidade administrativa

A responsabilidade civil do Estado (ou da Administração Pública) comumente é denominada de responsabilidade administrativa, e por esta razão a responsabilidade administrativa não surge expressamente em algumas classificações, como a de Paulo Otero. Mas a responsabilidade administrativa tem especificidade própria, que a faz merecedora de uma posição apartada da responsabilidade civil.

A responsabilidade administrativa corresponde à apuração de infração administrativa, aquela assim designada pela legislação administrativa e que objetiva tutelar valores de ordem administrativa. As sanções administrativas são variadas, vão desde multa à suspensão de atividades.

A responsabilidade administrativa é, em regra, aplicada pela Administração Pública, mas não por isso deixa de ser uma responsabilidade jurídica. Cuida-se de um mecanismo *administrativo* de responsabilidade jurídica, ao passo que a responsabilidade civil e a responsabilidade criminal são mecanismo *judiciais* de responsabilidade jurídica. A responsabilidade financeira, apurada por órgão de controle sem jurisdição, como no Brasil, enquadra-se como sistema *administrativo* de responsabilidade jurídica. No capítulo 9, a responsabilidade administrativa é abordada com mais vagar, principalmente quanto à fronteira com a responsabilidade criminal.

¹⁶⁹⁵ Tobias BARRETO (Responsabilidade dos ministros ..., 1991, p. 155).

¹⁶⁹⁶ Paulo OTERO (Direito Constitucional Português. Vol. II, 2014, p. 38).

8.8 Responsabilidade financeira do governante

A responsabilidade financeira corresponde a uma prestação de contas onde se avalia o bom uso dos recursos públicos, podendo ser aplicadas sanções punitivas em face das infrações financeiras ocorridas e sanções reparatórias de ressarcimento do dinheiro gasto indevidamente.

A responsabilidade financeira foi contemplada na DDHC de 1789, tanto no artigo 14, que atribui direito ao cidadão de verificar, por si ou por seus representantes, a necessidade de contribuição pública e o seu emprego, quanto no artigo 15, que dispõe sobre a prestação de contas de todo agente público.

Para Frédérique Rueda,¹⁶⁹⁷ é muito difícil definir a responsabilidade financeira, por estar na interface das esferas política e administrativa. Segundo Benedita Urbano,¹⁶⁹⁸ as dificuldades para delimitar os exatos contornos da responsabilidade financeira são de variada ordem: jurídica (recepção no texto constitucional, possibilidade ou não de ser extraída do princípio geral da responsabilidade), política (dificuldade de imputar responsabilidade aos governantes que, com a globalização, têm cada vez menos influência nas decisões na seara econômico-financeira). Guilherme Martins,¹⁶⁹⁹ por seu turno, afirma que responsabilidade financeira é uma figura *sui generis*, resultante da conjugação de controles administrativos, político e jurisdicional.

É certo que a responsabilidade financeira tem conexão estreita com as demais modalidades de responsabilidade, mas é preciso vislumbrar na responsabilidade financeira duas vertentes autônomas, o que torna bem mais compreensível a conexão entre elas.

8.8.1 Responsabilidade pelo orçamento e responsabilidade financeira estrito senso

As duas vertentes da responsabilidade financeira já estavam realçadas na DDHC e foram incorporadas na maioria dos ordenamentos jurídicos nacionais a partir do século XIX, especialmente no século XX: a) responsabilidade financeira do governante pela execução global do orçamento do Estado (denominada por vezes de responsabilidade orçamentária); b) responsabilidade financeira de todo gestor público que realiza

¹⁶⁹⁷ Frédérique RUEDA (La responsabilité budgétaire après la LOLF, 2009, p. 116).

¹⁶⁹⁸ Maria Benedita URBANO (Apontamentos esparsos sobre a responsabilidade ..., 2012, p. 614).

¹⁶⁹⁹ Guilherme MARTINS (A responsabilidade financeira: evoluções recentes, 2011, pp. 52-53).

despesas públicas (responsabilidade financeira estrito senso).

No Brasil, conforme a CF/1988, ao Tribunal de Contas da União compete ofertar *parecer prévio* sobre as contas anuais prestadas pelo Presidente da República, e julgar as contas dos gestores públicos. Em relação às contas anuais (é dizer a conta geral) da União, o TCU envia seu parecer prévio ao Congresso Nacional, o qual tem a competência constitucional de julgar as contas do Presidente da República (art. 49, IX, da CF/1988). O julgamento das contas dos gestores públicos tem natureza administrativa, visto que o Tribunal de Contas, ao contrário do que ocorre em Portugal e França, não é órgão do sistema judicial.

Em Portugal, conforme o artigo 214 da CRP, o Tribunal de Contas é o órgão supremo de fiscalização da legalidade das despesas públicas e de julgamento das contas, competindo-lhe dar *parecer* sobre a Conta Geral do Estado, incluindo a da segurança social, dar *parecer* sobre as contas das Regiões Autônomas dos Açores e da Madeira, e *efetivar a responsabilidade* por infrações financeiras. Convém assinalar que Portugal já experimentou modelos em que o Tribunal de Contas estava vinculado ora ao governo ora ao parlamento. Desde a atual CRP, o Tribunal de Contas é órgão do sistema judicial. Quanto ao parecer sobre a Conta Geral do Estado e das Regiões Autônomas, conforme preconizam Canotilho e Moreira,¹⁷⁰⁰ “o Tribunal de Contas deverá emitir um juízo sobre a legalidade e correcção financeira das operações examinadas e uma pronúncia sobre a economia, eficiência e eficácia da gestão e fiabilidade dos respectivos sistemas de controlo interno”. A Assembléia da República, que faz a fiscalização política da execução orçamentária, não está vinculada ao parecer do Tribunal de Contas. Convém destacar, na tinta de Guilherme Martins,¹⁷⁰¹ que o Tribunal de Contas não tem o monopólio do julgamento da responsabilidade financeira, na execução e no controle das contas, porque há vários atos com efeitos financeiros que não estão submetidos a sua jurisdição, mas sim ao parlamento, ao governo e à jurisdição administrativa, chegando a propor a concentração da responsabilidade financeira neste tribunal.

Na França, a Lei Constitucional 724/2008, de 23 de julho, que versou sobre a modernização das instituições da V República francesa, criou o art. 47-2 da Constituição de 1958, prescrevendo que a Corte de Contas (*Cour des Comptes*) auxiliará o parlamento quanto ao controle da ação do governo e auxiliará o parlamento e o governo no controle da execução das leis de finanças e da aplicação das leis de

¹⁷⁰⁰ Gomes CANOTILHO e Vital MOREIRA (Constituição da República... Vol. I, 2007, p. 578).

¹⁷⁰¹ Guilherme MARTINS (A responsabilidade financeira: evoluções recentes, 2011, pp. 52-53).

financiamentos da seguridade social e auxiliará também na avaliação das políticas públicas. Com a referida Lei Constitucional, a Corte de Contas francesa passou a ter assento constitucional, antes constava apenas nas leis de organizações judiciária e leis financeiras. De qualquer forma, restou ao Código de Jurisdição Financeira a missão de densificar os parâmetros constitucionais desta tarefa de auxiliar o parlamento no controle da ação do governo. Assim, de acordo com o Código de Jurisdição Financeira (art. L132-1), a Corte de Contas emite uma *declaração geral de conformidade* entre a Conta Geral do Estado, a cargo do Primeiro-Ministro, e as contas individuais dos contadores públicos, a qual é anexada ao projeto de lei de *règlement financier*. Segundo o art. L131-1 e L131-2 do Código de Jurisdição Financeira, a Corte de Contas julga as contas dos contadores públicos (aqueles funcionários cuja atribuição é a elaboração de contas) e dos funcionários declarados pela Corte de Contas como contadores de fato (aqueles que exercem de fato a gestão da contabilidade).

Contata-se, então, que a responsabilidade financeira do Primeiro-Ministro (em regime de base parlamentarista) e do Presidente da República (no presidencialismo) pela execução global do orçamento do Estado é julgada pelo parlamento, mediante critério político, por meio do voto de seus membros, mas com auxílio do Tribunal de Contas. Como destaca Frédérique Rueda,¹⁷⁰² esta responsabilidade do governo perante o parlamento “pelo fato do Orçamento do Estado” é uma manifestação do princípio da responsabilidade política, que permite ao representante do povo, dentro do regime democrático, verificar se a confiança investida no governo está ou não bem colocada. Assevera ainda que esta responsabilidade (orçamentária) é um aspecto essencial do regime parlamentar misto, como o francês.

A responsabilidade do governo (em regime de base parlamentarista) e do Presidente da República (presidencialismo) perante o Parlamento (que é auxiliado pelo Tribunal de Contas, que emite um parecer técnico) em razão da execução da Conta Geral do Estado é uma autêntica responsabilidade política institucional.¹⁷⁰³ Não há, contudo, uma sanção específica. O julgamento desfavorável pela execução geral do orçamento poderá motivar uma moção de censura em regime de base parlamentarista ou um pedido de *impeachment* no presidencialismo.

¹⁷⁰² Frédérique RUEDA (La responsabilité budgétaire après da LOLF, 2009, p. 115).

¹⁷⁰³ Para Maria Benedita URBANO (Apontamentos esparsos sobre a responsabilidade ..., 2012, p. 615), “a responsabilidade financeira/orçamental se aproxima da responsabilidade política. A bem da verdade, ela aproxima-se simultaneamente da responsabilidade jurídica (criminal) e da responsabilidade política”.

A responsabilidade financeira (estrito senso), por outro lado, é aplicada diretamente pela entidade suprema de fiscalização de contas, que é um órgão técnico e independente, ora integrando o sistema judicial (Tribunal de Contas de Portugal, *Cour des Comptes* em França), ora como órgão auxiliar do poder legislativo (Tribunal de Contas da União no Brasil).¹⁷⁰⁴ No primeiro caso, por integrar o sistema judicial, não há dúvida de que se trata de uma modalidade judicial de responsabilidade jurídica. No segundo caso, não cuida de modalidade judicial, mas sim de modalidade administrativa de responsabilidade jurídica, cujas decisões consubstanciam títulos extrajudiciais,¹⁷⁰⁵ mas podem ser reformadas pelos tribunais judiciários.

A responsabilidade financeira (estrito senso) não é uma ideia moderna, já existiu na Antiguidade, especialmente em Atenas. Com a 12ª reforma da constituição originária de Atenas, o Conselho dos Quinhentos escolhia por sorteio dez membros para, como *auditores de contas*, avaliarem a gestão dos magistrados, podendo determinar a devolução do valores. Da decisão dos auditores de contas cabia recurso ao tribunal. Qualquer cidadão poderia apresentar queixa, privada ou pública, contra algum dos magistrados que prestou contas diante do tribunal. Cuidava de uma análise técnica sobre o uso dos recursos públicos, ligada à “noção de governo como administração de um Estado”, não demandava julgamento popular.¹⁷⁰⁶

A responsabilidade financeira (estrito senso) é autônoma não apenas em relação à responsabilidade eleitoral (responsabilidade do governante perante o povo, apurada nas eleições) e à responsabilidade política institucional em regime de base parlamentarista (governo perante o parlamento), como também em relação ao *impeachment* no sistema presidencialista e às modalidades judiciais de responsabilidade jurídica (civil, criminal e o modelo brasileiro de improbidade administrativa). A responsabilidade financeira, apesar de autônoma em relação à responsabilidade política, é “*input necessário*” da responsabilidade política,¹⁷⁰⁷ como também conecta-se com os demais sistemas de responsabilidade.

A responsabilidade financeira dos gestores públicos que realizam despesas

¹⁷⁰⁴ Há outras formulações para a entidade suprema encarregada da apuração da responsabilidade financeira: a) como departamento de auditoria, dentro do poder executivo, chefiado por um Auditor-Geral (*Riksrevisionsverket - RRV* na Suécia, *Valtiontalouden tarkastusvirasto - VTV* na Finlândia); b) como departamento de auditoria, fora do executivo, chefiado por Auditor-Geral (*National Audit Office - NAO* no Reino Unido); c) como órgão colegiado sem função judicial (*Algeme Rekenkamer - AR* na Holanda).

¹⁷⁰⁵ Art. 71, § 3º, CF/1988.

¹⁷⁰⁶ Patricia DAY e Rudolf KLEIN (Accountabilities: Five Public Services, 1987, p. 8).

¹⁷⁰⁷ Patricia DAY e Rudolf KLEIN (Accountabilities: Five Public Services, 1987, pp. 8-9).

públicas, apurada pelo Tribunal de Contas, é uma responsabilidade jurídica. Assim, percebe-se o porquê de Frédérique Rueda considerar a responsabilidade apurada no controle interno e no externo (por meio do Tribunal de Contas) uma responsabilidade administrativa, não uma responsabilidade orçamentária: a autora apenas designa como responsabilidade orçamentária a responsabilidade perante o parlamento, ou seja, a responsabilidade política.

A responsabilidade financeira pelo orçamento geral do Estado (responsabilidade política na dimensão orçamentária) não evoluiu muito desde sua criação. Já a responsabilidade financeira estrito senso (responsabilidade jurídica) tem evoluído para um exame que vai muito além da mera legalidade.

8.8.2 Responsabilidade pela gestão

A responsabilidade financeira, em sua origem e há bem pouco tempo (por volta da década de 1980), ficava restrita à avaliação dos aspectos de legalidade e de formalidade do ato, não adentrava em nenhum aspecto meritório, como a economicidade. Os instrumentos utilizados para apurar a responsabilidade financeira eram a auditoria contábil-financeira (saber da exatidão das contas) e a auditoria de conformidade (que inclui a análise do cumprimento da legislação e dos procedimentos).

A propósito, em Portugal, na redação original da CRP, antes das revisões constitucionais, discutiu-se se o Tribunal de Contas poderia avaliar a racionalidade financeira ou justificação econômica das despesas (“economicidade”), tendo o Tribunal Constitucional considerado que a fiscalização da legalidade não comportava esta apreciação (AcTC nº 461/87).¹⁷⁰⁸

A responsabilidade financeira ficava atrelada ao momento do julgamento das contas, ou seja, somente no julgamento das contas que se apurava a responsabilidade financeira,¹⁷⁰⁹ não havia procedimentos diversos do procedimento de julgamento de contas, não havia procedimento específico para apuração de responsabilidade por infração às normas financeiras. Atualmente, a responsabilidade financeira tem um papel de garante do respeito aos princípios de boa administração.¹⁷¹⁰ Daí porque a doutrina e o legislador têm preferido a expressão responsabilidade financeira à responsabilidade

¹⁷⁰⁸ Gomes CANOTILHO e Vital MOREIRA (Constituição da República... Vol. II, 2010, p. 572).

¹⁷⁰⁹ MAGALHÃES (Algumas reflexões sobre o regime de responsabilidade ..., 2006, pp. 437-438).

¹⁷¹⁰ Frédérique RUEDA (La responsabilité budgétaire après da LOLF, 2009, p. 118).

contábil-orçamentária, sinalizando que esta espécie de responsabilidade vai além dos meros controles contábil-orçamentários.

Frédérique Rueda¹⁷¹¹ menciona que a complexidade crescente dos mecanismos de gestão financeira do Estado diminuiu a relevância das formas tradicionais da responsabilidade (política), em prol de um aumento dos controles administrativos, que se fundam numa abordagem gerencial e de noção de regulação. Mas isso ocorre em grande medida por causa dos próprios parlamentares, que, poderiam, mas não o fazem, utilizar os resultados do controle financeiro (a cargo da entidade suprema de fiscalização de contas) como fundamento para a efetivação da responsabilidade política na vertente orçamentário-financeira do governo ou do chefe do Executivo.

A responsabilidade financeira estrito senso (responsabilidade jurídica) evoluiu sob dois aspectos essenciais: 1) criação de mecanismos de apuração de responsabilidade financeira desatrelados dos procedimentos de julgamento de contas; 2) ampliação do âmbito do controle, passando a abranger (2.1) agentes outros além dos responsáveis por lei pela contabilidade e ordenação de despesas, bem como (2.2) alguns aspectos que tangenciam o mérito do ato, tocados que são por princípios constitucionais (economicidade, eficiência etc.).

Vários são os procedimentos para efetivação da responsabilidade financeira, agrupando-se, em referência ao momento da realização da despesa, em procedimentos prévios (ex.: visto do contrato), concomitantes e *a posteriori*. Em Portugal, a Lei 98/1997, de 26 de agosto, previu (a) *responsabilidade financeira reintegratória* (art. 59, nº 2, art. 64, nº 1), cuja sanção, nos casos de alcance, desvio de dinheiro ou valores públicos e pagamento indevido, é a reposição dos valores ao erário; e (b) *responsabilidade financeira sancionatória*, que resulta em aplicação de multa em face de infração à legislação financeira. Não há necessidade de dano civil, havendo condenação em reposição quando a verba é utilizada de modo distinto do que previsto, embora utilizada em outros fins públicos. No Brasil, visualizam-se duas responsabilidades similares no inciso II e no inciso VIII do artigo 71 da CF/1988.

Quanto ao sujeito passivo, é imperioso destacar que a separação da responsabilidade política (na dimensão financeira) da responsabilidade jurídica (na dimensão financeira) ocasionou, num primeiro momento, a impossibilidade de apuração da responsabilidade dos governantes no âmbito da responsabilidade jurídica, a cargo da

¹⁷¹¹ Frédérique RUEDA (La responsabilité budgétaire après da LOLF, 2009, p. 117).

entidade suprema de fiscalização de contas, porque eles já responderiam no controle político. Os Tribunais de Contas restringiam-se a julgar as contas dos profissionais públicos de contabilidade (aqueles funcionários cuja atribuição é a elaboração de contas) e dos ordenadores de despesas. Como os governantes delegavam (e delegam) estas atribuições a seus auxiliares e subordinados, pouco respondiam quanto a este aspecto. A partir da constatação de que os auxiliares e contadores, muitas vezes, executam atos por ordem dos governantes, passou-se a apurar a responsabilidade de todos os agentes públicos que exerciam de fato a gestão da contabilidade, incluindo nesta situação os governantes. Em Portugal, convém lembrar que, em razão de a Conta Geral do Estado não ser objeto de julgamento pelo Tribunal de Contas, os membros do governo estavam sujeitos, no âmbito do Tribunal de Contas, apenas à hipótese de “responsabilidade por intromissão excessiva na gestão de entidades públicas com violação de regras da superintendência ou da tutela e, assim, serem (por virtude de tal ‘assunção de gestão), responsabilizados como ‘agentes de facto’”.¹⁷¹² Na França, o art. L131-2 do Código de Jurisdição Financeira refere ao julgamento, pela Corte de Contas, dos funcionários declarados como contadores de fato (aqueles que exercem de fato a gestão da contabilidade). No Brasil, desde a promulgação da CF/1988, qualquer pessoa que utilize, arrecade, guarde, gerencie, administre ou que seja responsável por dinheiros, bens ou valores públicos está sujeito à fiscalização financeira do Tribunal de Contas (arts. 70 e 71).

Quanto ao objeto da responsabilidade financeira, assiste-se a uma evolução que se encaixa perfeitamente na escala crescente de responsabilidade de John Stewart,¹⁷¹³ elaborada no início da década de 1980, e que ganhou corpo com a teoria da *governance* (já referida na seção 6.10): 1) responsabilidade por ofensa ao princípio da legalidade (*accountability for probity and legality*); 2) responsabilidade pelos procedimentos administrativos implementados (*process accountability*); 3) responsabilidade pela performance da ação (*performance accountability*); 4) responsabilidade pelo programa (*programme accountability*); 5) responsabilidade pela política (*policy accountability*).

No direito europeu, o regulamento financeiro de 2001 estabelece vários princípios para o orçamento europeu, entre os quais o princípio da boa gestão financeira, que impõe que a gestão financeira seja executada com economia, eficiência e eficácia.¹⁷¹⁴

¹⁷¹² MAGALHÃES (Algumas reflexões sobre o regime de responsabilidade ..., 2006, p. 435).

¹⁷¹³ John STEWART (The role of information in public accountability, 1984, pp. 17-18).

¹⁷¹⁴ Vincent DUSSART (La réforme du règlement financier communautaire, 2002, p. 153).

Segundo Canotilho e Moreira,¹⁷¹⁵ o Tribunal de Contas exerce o “controle formal da legalidade” e o “controle material de boa gestão financeira” e de avaliação de prestações orientado por princípios como os da economicidade, oportunidade, eficácia, eficiência. Acrescenta ainda que, no controle da boa gestão financeira, avaliam-se “os fins, os resultados e a execução do programa de despesas contido no orçamento do Estado”.¹⁷¹⁶ Em França, além do controle da execução das leis de finanças e da aplicação das leis de financiamento da seguridade social, para qual a Corte de Contas não depende de provocação do parlamento, existindo procedimentos específicos para este tipo de avaliação, há ainda a avaliação das políticas públicas, onde a Corte de Contas deverá ser demandada pelo parlamento sobre determinada política pública, e deverá elaborar um relatório (Art. L132-5 do Código de Jurisdição Financeiro). No Brasil (art. 71, IV, CF/1988), o Tribunal de Contas realiza, por iniciativa própria ou do Poder Legislativo, as denominadas *auditorias operacionais*, onde se examinam a economia (ou economicidade), eficiência e eficácia das políticas públicas implementadas pelo governo, nas diversas fases, programação, execução e supervisão. A LC 101/2000, que dispõe sobre responsabilidade da gestão fiscal, estabeleceu ainda que o poder legislativo, com o auxílio do Tribunal de Contas, fiscalizará o cumprimento de metas fixadas em lei de diretrizes orçamentárias, limites de despesa com pessoal e limites de dívidas públicas.

Percebe-se tendência forte em deixar a responsabilidade pelas políticas públicas (ou missões), executadas no âmbito do primeiro escalão do governo (Primeiro e demais Ministros) em regime de base parlamentarista e do executivo (Presidente e seus Ministros ou Secretários) em regime presidencialista, para ser apurada no âmbito da responsabilidade política (perante o parlamento ou poder legislativo). Já a apuração de responsabilidade pelos programas, que estão inseridos dentro de cada política pública, e são executados por funcionários de segundo escalão (hierarquia inferior aos ministros), é atribuída ao Tribunal de Contas. Isso, a princípio, está de acordo com a diferenciação feita em termos constitucionais entre responsabilidade política pelo fato do orçamento e a responsabilidade jurídica pela contas públicas.

Em França, foi exatamente o que sucedeu com a LOLF (Lei Orgânica das Leis de Finanças, de agosto de 2001), que criou o programa como uma unidade de crédito no âmbito do orçamento (que até então inexistia na contabilidade pública francesa,

¹⁷¹⁵ Gomes CANOTILHO e Vital MOREIRA (Constituição da República...Vol. II, 2010, p. 574).

¹⁷¹⁶ Gomes CANOTILHO e Vital MOREIRA (Constituição da República...Vol. II, 2010, p. 577).

diferentemente da brasileira), a ser gerido em cada ministério por funcionário indicado pelo ministro, mediante aferição de objetivos e metas. A LOLF implementou, assim, como esclarece Frédérique Rueda,¹⁷¹⁷ uma responsabilidade sobre a gestão financeira, bem diferente dos controles clássicos financeiros, é uma responsabilidade pelos programas, não pelas missões ou políticas públicas, sendo, como o próprio autor adverte, uma responsabilidade administrativa (quer dizer jurídica) dos agentes subministeriais, que não podem ser responsabilizados politicamente pelo parlamento. No entanto, Frédérique Rueda chega a defender uma responsabilidade política (orçamentária) dos encarregados dos programas, com base exclusivamente no artigo 15 da DDHC. Assim, na França, não se configurou uma responsabilidade jurídica na categoria orçamentário-financeira pela gestão no nível ministerial (é dizer de política pública). Esta fica no âmbito da responsabilidade política. No Brasil, o Tribunal de Contas já analisa as políticas públicas por meio de auditorias operacionais, contudo, as decisões são menos efetivas que na França, visto que não passam de recomendação.

Assim, a responsabilidade jurídica na categoria orçamentário-financeira vai desde a análise isolada das despesas públicas a uma apreciação da gestão financeira, sendo, neste último caso, verificado o respeito aos princípios constitucionais da economia (ou economicidade) e eficiência dos programas executados no âmbito de cada política pública.

¹⁷¹⁷ Frédérique RUEDA (La responsabilité budgétaire après da LOLF, 2009, p. 119 e 123).

9 DELIMITAÇÃO ENTRE RESPONSABILIDADE PENAL E RESPONSABILIDADE ADMINISTRATIVA

O debate teórico acerca da diferença entre ilícito criminal e ilícito administrativo, que integra a questão da delimitação da fronteira entre a responsabilidade criminal e a responsabilidade administrativa, não é recente, não ocorreu apenas no século XX com a expansão do direito penal, surgiu com os influxos do Iluminismo e Jusnaturalismo.¹⁷¹⁸

Na Idade Média, não havia distinção material entre a função administrativa (administração) e a função jurisdicional (jurisdição); polícia era, como ressalta Rogério Soares, apenas “sinônimo de ciência do Estado”.¹⁷¹⁹

Com o Estado Moderno (segunda metade do século XV), as funções estatais passam a ser gradativamente diferenciadas. No fim do século XV, dá-se início ao uso, em França, da expressão *la police* no sentido de “uma actividade concreta do soberano, ou dos seus agentes directos, destinada a realizar o bem comum dos súbditos”.¹⁷²⁰ Avançada a modernidade, “o direito natural vem dar o último apoio ao Estado absoluto e à sua concepção de polícia”,¹⁷²¹ onde o príncipe se lançava à realização de ações concretas e imediatas, sem pré-ordenação e sem sequer os freios medievais que até então havia.

A partir do século XVIII, quando desponta o Iluminismo, “as expressões polícia e soberania recebem um reconhecimento oficial”, instalando-se o Estado Policial.¹⁷²² Com o Estado de Polícia Iluminista, surgem, no dizer de Figueiredo Dias, “uma ampla esfera da Administração” e “um profuso ordenamento policial”, que ainda não se subordinavam a preceitos jurídicos.¹⁷²³ Os assuntos de polícia constituíam uma área apartada da ordem jurídica, onde a Administração gozava de ampla margem de liberdade, sendo suas determinações irrecorríveis.¹⁷²⁴

Com a Revolução Francesa e o advento do Estado de Direito formal, a Administração encontra como limite de sua atuação os direitos subjetivos dos

¹⁷¹⁸ CORDERO QUINZACARA (El derecho administrativo sancionador ..., 2012, p. 134).

¹⁷¹⁹ Rogério Ehrhardt SOARES (Interesse público, legalidade e mérito, 1955, p. 54).

¹⁷²⁰ Rogério Ehrhardt SOARES (Interesse público, legalidade e mérito, 1955, p. 54).

¹⁷²¹ Rogério Ehrhardt SOARES (Interesse público, legalidade e mérito, 1955, p. 54).

¹⁷²² Rogério Ehrhardt SOARES (Interesse público, legalidade e mérito, 1955, p. 56).

¹⁷²³ Jorge de Figueiredo DIAS (Para uma dogmática do direito penal secundário..., 2006, p. 14).

¹⁷²⁴ CORDERO QUINZACARA (El derecho administrativo sancionador ..., 2012, p. 134).

particulares que estão previstos na lei, sujeitando-se assim ao princípio da legalidade.¹⁷²⁵ A Administração concentra agora sua atividade de polícia “na *proteção antecipada de perigos* para a consistência dos direitos subjetivos dos particulares”, pelo que surge pela primeira vez o problema da “conexionaçãõ da tutela penal com as ofensas à actividade policial da Administração”, nascendo as teorias de direito penal de polícia.¹⁷²⁶

9.1 Direito penal de polícia

Inspiradas no direito natural, corrente predominante entre os séculos XVIII e XIX, as teorias do direito penal de polícia surgiram no século XIX objetivando apontar parâmetros racionais para a escolha das condutas que seriam consideradas crimes e as que seriam reputadas infrações policiais (delitos de polícia). Isso porque até aquela altura não se fazia qualquer diferenciação material entre injusto administrativo e injusto penal, a não ser quanto à questão da competência para o julgamento: os órgãos administrativos aplicavam a sanção administrativa e os tribunais judiciários, a sanção penal.

Feuerbach, um dos principais expoentes do direito penal de polícia e primeiro a teorizar uma diferenciação qualitativa, considerava o injusto penal um “delito natural”, que violava os direitos naturais, ao passo que o injusto de polícia (administrativo) seria um “delito artificial”.¹⁷²⁷ Embora em algumas passagens utilize argumentos formais, como quando considerou que “crime era, em sentido mais amplo, uma ofensa prevista em lei penal, ou uma ação contrária ao direito de outrem cominada em lei penal”, Feuerbach avança para dizer que o Estado pode, para atingir determinados objetivos, estabelecer por meio de leis de polícia proibições de “ações que não são antijurídicas”,¹⁷²⁸ que “contém a maioria das vezes ações que não são contrárias ao direito nem imorais (moral e juridicamente indiferentes)”, cujos descumprimentos correspondem aos delitos de polícia.¹⁷²⁹

O delito natural consiste em ofensas a direitos subjetivos dos indivíduos, que lhe são assegurados por sua própria natureza, bem como a direitos estatais, todos

¹⁷²⁵ Rogério Ehrhardt SOARES (Interesse público, legalidade e mérito, 1955, p. 69).

¹⁷²⁶ Jorge de Figueiredo DIAS (Para uma dogmática do direito penal secundário..., 2006, p. 15).

¹⁷²⁷ RANDO CASERMEIRO (La distinción entre el derecho penal y ..., 2010, p. 171).

¹⁷²⁸ Anselm von FEUERBACH (Tratado de derecho penal, 1989, pp. 55-56).

¹⁷²⁹ Anselm von FEUERBACH *apud* RANDO CASERMEIRO (La distinción entre el derecho penal y ..., 2010, p. 172).

materializados no contrato social, enquanto o injusto policial corresponde a descumprimento de proibição estabelecida pelo Estado para alcançar determinados fins,¹⁷³⁰ abrangendo muitas vezes ações “moral e juridicamente irrelevantes”.¹⁷³¹

Como os direitos naturais são preexistentes à ordem jurídica, Feuerbach sustenta que os preceitos de direito penal judicial regem em todo lugar e tempo, ao passo que as prescrições de política são *pro tempore*.¹⁷³² Então, para Feuerbach, o injusto de polícia era caracterizado pela indiferença ética e pela relatividade dos preceitos. No fundo, a doutrina de Feuerbach levava em conta a “propriedade do objeto” protegido pelas prescrições correspondentes,¹⁷³³ fazendo, assim, uma diferenciação substantiva.

A distinção qualitativa de Feuerbach tem por base uma “construção racional do Direito e do Estado”, pressupondo uma “autonomia do Direito face à Moral”, e fundamentando-se no “princípio kantiano de que o Estado tem apenas a finalidade de assegurar o livre exercício da liberdade de cada um sem prejuízo à liberdade dos outros”.¹⁷³⁴ Daí porque a finalidade do Estado, para Feuerbach, é a defesa da liberdade, não a promoção da cultura ou moralidade, como era nas teorias precedentes da época do absolutismo esclarecido.¹⁷³⁵

Encarregado de elaborar o projeto do CP da Baviera de 1813, Feuerbach reservou uma seção aos delitos de polícia (denominados no projeto de contravenções de polícia), que seriam “ações ou omissões que em si e por si não lesam direito do Estado ou de um súdito, mas que são impostas ou proibidas sob a cominação de uma pena por causa do perigo para a segurança e a ordem jurídica”.¹⁷³⁶ Pelo referido CP, não apenas os delitos de polícia como também alguns crimes de pouca expressão, como furtos de pequeno valor, seriam julgados pela instância policial. Para Feuerbach, à esfera policial não poderia ser atribuído julgamento de infrações cuja cominação fosse pena de

¹⁷³⁰ TORÍO LOPEZ (Injusto penal e injusto administrativo, 1991, p. 2537).

¹⁷³¹ CORDERO QUINZACARA (El derecho administrativo sancionador ..., 2012, p. 134).

¹⁷³² Nesse sentido CORDERO QUINZACARA (El derecho administrativo sancionador ..., 2012, p. 134) e RANDO CASERMEIRO (La distinción entre el derecho penal y ..., 2010, p. 171).

¹⁷³³ TORÍO LOPEZ (Injusto penal e injusto administrativo, 1991, p. 2537).

¹⁷³⁴ Costa ANDRADE (Contributo para o conceito de contraordenação ..., 1998, p. 83).

¹⁷³⁵ Para Hans GLOBIG e Johan HUSTER, o Direito Penal de Polícia era destinado, como lembram MATTES e MATTES (Problemas de derecho penal administrativo, 1979, p. 151), “a promover a moralidade, a boa alimentação, o aumento do patrimônio nacional, e tudo o mais relativo ao bem-estar do cidadão e, em geral, o que aumente o mais possível a sua saúde física e moral”.

¹⁷³⁶ Costa ANDRADE (Contributo para o conceito de contraordenação ..., 1998, p. 84). Segundo ainda o referido autor, FEUERBACH não foi, contudo, fiel integralmente a sua teoria (que preconizava que, em matéria sexual, o Estado deveria apenas assegurar a liberdade dos cidadãos), haja vista que o Código de 1813, que contém apenas crimes, manteve a criminalização do adultério, bigamia e incesto, que, por outra banda, são considerados como lesões de direitos de terceiros.

prisão.¹⁷³⁷

Após Feuerbach, alguns autores continuaram nos esforços para diferenciar as duas categorias (ilícito penal e ilícito de polícia), passando a centrar a distinção na noção de perigo.¹⁷³⁸ Como aponta Costa Andrade,¹⁷³⁹ a mesma referência material de Feuerbach (os direitos subjetivos do cidadão ou do Estado), “acabava, no fundo, por converter uma distinção qualitativa numa mera diferença de grau: lesão ou perigo de direitos”. Nessa toada, no injusto penal, haveria lesão ao direito, enquanto no injusto de polícia, apenas perigo de lesão. As normas de polícia teriam a função de corrigir o comportamento do cidadão que colocasse em perigo o direito de outrem, evitando, assim, a consumação do dano, ou seja, o cometimento do crime. Nesta linha doutrinária, encaixa-se Von Mohl, que defendeu que a esfera cível e a esfera criminal compunham a justiça reparadora, ao passo que a atividade policial objetivava uma justiça preventiva.¹⁷⁴⁰

As teorias do direito penal de polícia estavam fundamentadas não apenas na concepção do direito natural, como também numa forte intervenção do Estado nas relações particulares, estando, assim, apto a atuar preventivamente em situações de mero perigo para os direitos subjetivos. Com o declínio do direito natural, o avanço do liberalismo e a prevalência da perspectiva objetivista do direito (Hegel), as formulações teóricas na seara do direito penal de polícia sofreram algumas adaptações.

Autores de influência hegeliana, como Christian Köstlin, passaram a centrar a distinção entre crime e infração policial no objeto protegido pela norma.¹⁷⁴¹ Nos termos da formulação de Christian Köstlin,¹⁷⁴² ambas infrações são ofensas à lei, contudo, somente o crime constitui uma infração ao objeto de proteção efetiva da norma. Christian Köstlin, ao considerar crime uma infração a um direito objetivamente concebido (como unidade de vontade geral), afasta-se do entendimento majoritário da época no sentido de que o direito seria o somatório dos direitos subjetivos, sendo um dos primeiros a tentar romper com o individualismo. Não obstante, na definição de crime, mantém a vinculação do direito objetivo ao direito subjetivo, ao sustentar que o crime ocorre na situação em que a esfera individual da vontade não coincide com a vontade geral (direito objetivo).

¹⁷³⁷ RIBEIRO (Análise crítica do direito penal secundário, 2015, p. 59).

¹⁷³⁸ CORDERO QUINZACARA (El derecho administrativo sancionador ..., 2012, p. 135).

¹⁷³⁹ Costa ANDRADE (Contributo para o conceito de contraordenação ..., 1998, p. 85).

¹⁷⁴⁰ MATTES e MATTES (Problemas de derecho penal administrativo, 1979, pp. 156-157).

¹⁷⁴¹ CORDERO QUINZACARA (El derecho administrativo sancionador ..., 2012, p. 135).

¹⁷⁴² MATTES e MATTES (Problemas de derecho penal administrativo, 1979, pp. 161-163).

Neste contexto, alguns autores repudiaram o critério do dano/perigo para diferenciar crime de delito de polícia, entre os quais se encontrava Birnbaum, que introduziu a noção de “bem jurídico” (posteriormente desenvolvido por Liszt), em substituição ao direito subjetivo na compreensão material de crime.¹⁷⁴³ O bem jurídico caracterizaria limitação do direito penal,¹⁷⁴⁴ mas tanto uma lesão quanto uma ameaça de lesão a este “bem jurídico” poderia constituir crime. Assim, aos ilícitos policiais remanesceriam apenas as condutas de mera desobediência a preceitos estatais. Não discrepa desta linha a concepção de Max Ernst Mayer, que negou a possibilidade de uma distinção por meio de critérios ontológicos e introduziu critério axiológico, sustentando que crime são as condutas que maculam os mandados e proibições contidas em normas jurídicas que estão voltadas para a proteção de valores pré-existentes ao ordenamento jurídico, materializando normas de cultura, tais como a proteção de valores como a vida, a saúde, a integridade corporal, o patrimônio e a honra das pessoas; ao passo que as infrações de polícia não possuem este valor cultural prévio, são normas de organização, destinam-se ao aperfeiçoamento da administração.¹⁷⁴⁵

As leis, durante todo o século XIX, em especial na Alemanha, não acolhiam as teorias do direito penal de polícia, as quais, por não conseguir explicar os critérios adotados nas leis, foram perdendo força paulatinamente na própria esfera doutrinária, onde passou a preponderar a negação da existência de um direito penal de polícia autônomo, distinto do direito penal judicial.¹⁷⁴⁶

Nessa toada, Malblank defendeu que não havia diferença material entre crime e delito de polícia, admitindo a natureza penal das infrações de polícia.¹⁷⁴⁷ Importa anotar, com Cordero Quinzacara, que o próprio Feuerbach, em seus últimos escritos, passou a sustentar que “as infrações de polícia poderiam significar a aplicação de autênticas penas”.¹⁷⁴⁸ Muita adesão ocorreu à concepção de Henke, pela qual a diferença entre crime e delito de polícia não era qualitativa/substantiva, mas sim quantitativa, havendo, assim, crimes maiores e crimes menores, neste último se enquadrando os delitos de polícia.¹⁷⁴⁹ Por seu turno, Binding, centrado na ideia de que o direito penal sanciona condutas que lesionam bem juridicamente protegido, considerou a legislação de polícia

¹⁷⁴³ Costa ANDRADE (Contributo para o conceito de contraordenação ..., 1998, p. 86).

¹⁷⁴⁴ Bernd SCHÜNEMANN (O direito penal é a 'ultima ratio' ..., 2005, p. 13).

¹⁷⁴⁵ MATTES e MATTES (Problemas de derecho penal administrativo, 1979, p. 170).

¹⁷⁴⁶ Costa ANDRADE (Contributo para o conceito de contraordenação ..., 1998, p. 85).

¹⁷⁴⁷ MATTES e MATTES (Problemas de derecho penal administrativo, 1979, pp. 150-151).

¹⁷⁴⁸ CORDERO QUINZACARA (El derecho administrativo sancionador ..., 2012, p. 135).

¹⁷⁴⁹ MATTES e MATTES (Problemas de derecho penal administrativo, 1979, p. 154).

uma autêntica legislação penal.¹⁷⁵⁰

No fim do século XIX, os movimentos contrários ao poder penal da administração se alavancam, propugnando uma separação de poderes mais rígida e apontando as fragilidades da esfera administrativa, notadamente a ausência de garantias individuais no procedimento administrativo e a falta de imparcialidade e de expertise jurídica dos órgãos administrativos. Na Alemanha, a 1ª Ordenança do *Reich* estabeleceu um processo penal unificado (investigação e persecução) para os delitos penais e delitos de polícia, superando de vez a tese do direito penal de polícia.¹⁷⁵¹ Esta unificação, embora resolvendo as questões de garantias individuais, gerou, por outro lado, a inconveniência de tratar delitos de polícia de menor importância no mesmo processo complexo e demorado aplicável ao direito penal. Reinhard Frank¹⁷⁵² sustentou que, apesar de não existir diferença material entre infração criminal e infração policial, era viável e necessária uma distinção da gravidade da infração, cabendo uma pena mais elevada para os delitos mais graves. Nesse sentido, as contravenções constituiriam delitos leves, cujas penas aplicáveis seriam multas ou outra medida constritiva de caráter patrimonial; já os crimes seriam delitos graves, sancionados com privação de liberdade. Outro ponto sustentado pelo mesmo autor é o rito processual: enquanto os delitos graves seguiriam o processo penal, os delitos leves (infrações de polícia) seguiriam um rito processual mais célere, com flexibilização dos princípios do processo penal, mas submetido ao julgamento pelo poder judiciário.

9.2 Direito penal administrativo

Na passagem do século XIX para o século XX, ocorre a substituição do Estado de Polícia pelo Estado de Direito formal, com submissão da Administração ao princípio da legalidade. Transformações sociais neste período, como a industrialização, aumento das populações nos centros urbanos, provocaram a inclusão nas tarefas estatais de pautas destinadas à preservação do convívio social e do bem-estar da sociedade, especificamente na área de atribuição da Administração Pública, evitando-se inclusive preventivamente as ofensas a direitos individuais.¹⁷⁵³ Por outro lado, esta nova atuação

¹⁷⁵⁰ CORDERO QUINZACARA (El derecho administrativo sancionador ..., 2012, p. 135).

¹⁷⁵¹ CORDERO QUINZACARA (El derecho administrativo sancionador ..., 2012, p. 135).

¹⁷⁵² MATTES e MATTES (Problemas de derecho penal administrativo, 1979, p. 173).

¹⁷⁵³ Costa ANDRADE (Contributo para o conceito de contraordenação ..., 1998, p. 77). No mesmo sentido, RIBEIRO (Análise crítica do direito penal secundário, 2015, pp. 70-71).

do Estado influencia a concepção dos deveres dos indivíduos, que eram considerados até então com viés negativo (até onde não interferiam nos direitos de outrem), e passam a incorporar dimensão positiva, não havendo liberdade plena no espaço de atuação social, de maneira que os indivíduos devem colaborar ativamente com o Estado para o desenvolvimento do bem-estar da sociedade.

É neste cenário de atuação da Administração voltada a não apenas coibir e reprimir as infrações a direitos do indivíduo e do Estado como também de regulação do espaço social onde nasce a teoria do direito penal administrativo, sendo precursor e mais célebre defensor James Goldschmidt, que adotou a expressão utilizada primeiramente por Lorenz von Stein, em 1887, no livro *Handbuch der Verwaltungslehre*.

9.2.1 O critério ontológico de James Goldschmidt

James Goldschmidt aponta que as doutrinas até então haviam fracassado em diferenciar os ilícitos penais dos ilícitos administrativos porque trabalharam com “instrumentos inapropriados, e mais concretamente, exclusivamente, com instrumentos da doutrina do direito penal”.¹⁷⁵⁴ Já os tribunais penais, que na época julgavam as infrações penais administrativas, segundo ele, “não estão absolutamente em condições de captar a conexão orgânica dos preceitos penais administrativos com o âmbito administrativo que eles pressupõem”.¹⁷⁵⁵ Sustenta, então, a necessidade de se estabelecer uma “conexão entre a ciência do direito penal e a ciência do direito administrativo”, a partir de “um nova disciplina independente, a saber, a do direito penal administrativo”.¹⁷⁵⁶

A conexão desenvolvida por James Goldschmidt encontra “raízes nas diferenças fundamentais entre ser humano e entidade estatal”, que “arrasta consigo o contraste entre constituição jurídica e administração estatal, entre antijuridicidade (injusto) e infração administrativa, entre Direito penal e potestade penal da Administração”.¹⁷⁵⁷

James Goldschmidt¹⁷⁵⁸ acolhe expressamente o arsenal teórico de Otto Mayer,

¹⁷⁵⁴ James GOLDSCHMIDT (Concepto y cometido del derecho penal administrativo, 2010, p. 292).

¹⁷⁵⁵ James GOLDSCHMIDT (Concepto y cometido del derecho penal administrativo, 2010, p. 294).

¹⁷⁵⁶ James GOLDSCHMIDT (Concepto y cometido del derecho penal administrativo, 2010, p. 292).

¹⁷⁵⁷ James GOLDSCHMIDT (Concepto y cometido del derecho penal administrativo, 2010, p. 293).

¹⁷⁵⁸ James GOLDSCHMIDT (Concepto y cometido del derecho penal administrativo, 2010, p.

notadamente a conceituação das funções estatais e suas interligações. Convém lembrar que Otto Mayer sustentou a divisão quadripartida das funções essenciais do Estado (legislação, administração, justiça e governo). A administração surge como “um novo braço de atividade que, destacando-se do governo, é colocado ao lado da justiça, como seu oposto”.¹⁷⁵⁹ Ao governo é atribuído o que era comum às outras três funções estatais, compreendendo, daí em diante, “a alta direção, a impulsão que parte do centro para fazer andar os negócios no sentido de uma boa política e interesse geral”.¹⁷⁶⁰ A administração está sujeita à ordem jurídica e disciplina as relações no espaço vital indispensável para uma boa convivência entre as pessoas; ao passo que o governo é atividade auxiliar do direito constitucional, englobando atividades até mesmo “fora da esfera da ordem jurídica”.¹⁷⁶¹ Neste contexto, a polícia é “uma espécie particular da atividade administrativa”,¹⁷⁶² que objetiva “defender, por meio do poder de autoridade, a boa ordem da coisa pública contra os problemas que as existências individuais podem gerar”.¹⁷⁶³ A tributação é outra espécie da atividade administrativa, com vistas a tutelar as rendas do Estado. A infração de polícia (ou contravenção) e a infração tributária não se confundem, pois têm finalidades diversas, embora reguladas pelo mesmo direito administrativo. Nesta linha de raciocínio, Otto Mayer reconheceu a existência de uma classe diferente de ilícito, o ilícito administrativo, que tem como característica o fundamento no direito administrativo, da qual são espécies a infração de polícia e a infração tributária. Otto Mayer também assinalou o papel especial do indivíduo como membro da comunidade para uma convivência harmoniosa no espaço social.¹⁷⁶⁴

Com esteio em Otto Mayer, James Goldschmidt adota uma concepção dupla da pessoa humana, enquanto agente comunitário (personalidade de membro da sociedade) e enquanto indivíduo portador de direitos individuais, mas ressaltando que a essência do ser humano reside na concepção como indivíduo, representando a personalidade como membro apenas a existência de deveres voltados à socialização.¹⁷⁶⁵ Para ele, Justiça (ou Direito, ou Ordem Jurídica) contrapõe-se à administração na mesma medida da dupla

292).

¹⁷⁵⁹ Otto MAYER (Le droit administratif allemand - Tome I, 1903, p. 2).

¹⁷⁶⁰ Otto MAYER (Le droit administratif allemand - Tome I, 1903, p. 3).

¹⁷⁶¹ Otto MAYER (Le droit administratif allemand - Tome I, 1903, p. 10).

¹⁷⁶² Otto MAYER (Le droit administratif allemand - Tome II, 1904, p. 1).

¹⁷⁶³ Otto MAYER (Le droit administratif allemand - Tome II, 1904, pp. 6-7).

¹⁷⁶⁴ MATTES e MATTES (Problemas de derecho penal administrativo, 1979, pp. 178-184).

¹⁷⁶⁵ MATTES e MATTES (Problemas de derecho penal administrativo, 1979, p. 178).

dimensão do homem, como indivíduo e como membro da comunidade.¹⁷⁶⁶ A Constituição, enquanto vontade coletiva historicamente estabelecida, tutela as esferas de liberdade do homem e os interesses do homem como indivíduo, prevalecendo, nesta seara, o poder-querer (*Wolendürfen*). A administração tutela o bem-estar (*Wohlfahrt*), regulando os deveres dos indivíduos como membro da comunidade necessários à manutenção da ordem social, enquadrando-se no espectro de proteção da administração, não na esfera de proteção jurídica.¹⁷⁶⁷

Para James Goldschmidt, o direito penal (de justiça) disciplina e sanciona o crime (o injusto); o direito penal administrativo, a infração administrativa (antijuridicidade administrativa). O direito penal administrativo se diferencia do direito penal de justiça na distinção entre crime e ilícito administrativo. Segundo o autor, a diferença reside nas normas aplicáveis, nas sanções cominadas e nos elementos do tipo.

As normas penais estão vertidas nas leis, enquanto as normas do direito penal administrativo (normas administrativas penais) são “simples disposições administrativas”, fundadas no “poder coativo da administração”.¹⁷⁶⁸ Embora possam estar contidas em disposições legais, as normas de direito penal administrativo mantêm seu fundamento na “autorização estatal da administração para aprovação de tais disposições”.¹⁷⁶⁹ Ou seja, “é indiferente a circunstância de sua condificação em leis formais”.¹⁷⁷⁰ Percebe-se, assim, que a distinção preconizada por James Goldschmidt repousa em critério teleológico da atividade estatal: direito penal (no âmbito da função justiça ou jurisdição) voltado à defesa dos bens jurídicos individuais; direito administrativo (incluindo o penal administrativo ou sancionatório), voltado para a promoção do bem-estar geral da comunidade.

Em relação às sanções cominadas, James Goldschmidt sustenta que o direito penal administrativo não é direito penal, porque não é direito judicial, é direito administrativo, aplicável pela Administração.¹⁷⁷¹ Naquela altura, na Áustria, as autoridades administrativas aplicavam com exclusividade as sanções do direito penal administrativo. Não obstante, James Goldschmidt sustentou que, mesmo onde o direito

¹⁷⁶⁶ Costa ANDRADE (Contributo para o conceito de contraordenação ..., 1998, p. 87).

¹⁷⁶⁷ Costa ANDRADE (Contributo para o conceito de contraordenação ..., 1998, p. 87).

¹⁷⁶⁸ James GOLDSCHMIDT (¿Qué es el "Derecho Penal Administrativo"? [1914], 2010, pp. 401-402). O texto foi originariamente publicado em *Deutsche Strafrechts-Zeitung*, 1914, pp. 222 e ss, sob o título «*Was ist Verwaltungstrafrecht?*».

¹⁷⁶⁹ James GOLDSCHMIDT (¿Qué es el "Derecho Penal Administrativo"? [1914], 2010, p. 401).

¹⁷⁷⁰ James GOLDSCHMIDT (Concepto y cometido del derecho penal administrativo, 2010, p. 294).

¹⁷⁷¹ James GOLDSCHMIDT (¿Qué es el "Derecho Penal Administrativo"? [1914], 2010, p. 403).

penal administrativo era aplicado pelos tribunais judiciais penais, seja com exclusividade, seja em última instância, não transforma o direito penal administrativo em direito penal judicial, pois, nestas situações, “os tribunais penais exercem controle administrativo”, no sentido de que “entendem do assunto segundo uma jurisdição administrativa”, da mesma forma que “os tribunais civis judiciais quando autorizam o recurso sobre relações jurídicas de direito público”.¹⁷⁷² É neste contexto que deve ser interpretada a assertiva do autor no sentido de que “a relação entre delito e ilícito administrativo é igual a relação entre delito e ilícito civil”.¹⁷⁷³ Assim, a pena administrativa seria um ato administrativo, notadamente uma prestação pecuniária (multa), aplicado para fazer valer a proteção da administração, não a proteção de direitos individuais.

Quanto ao elemento do tipo, a ofensa ao bem jurídico (elemento material da antijuridicidade do delito) não é pressuposto do ilícito administrativo, que “encerra apenas um elemento formal, a antijuridicidade administrativa”, consistente no “descumprimento de uma disposição administrativa”.¹⁷⁷⁴ A disposição administrativa visa à proteção de bem público ou coletivo, uma espécie de bem jurídico secundário, que tinha por missão garantir os bens jurídicos primários, por meio de uma proteção antecipada.¹⁷⁷⁵

Em obra posterior à seminal, James Goldschmidt adiciona na distinção entre direito penal administrativo e direito penal judicial um componente ético.¹⁷⁷⁶ Defende que a sua teoria do direito administrativo penal não nega peremptoriamente a natureza de preceito jurídico de suas normas, apenas defende que ela se constitui “*mixtum compositum*” entre a disposição administrativa do direito administrativo e o preceito jurídico do direito judicial. O preceito de direito administrativo penal estaria a meio termo entre a disposição administrativa e o preceito jurídico.¹⁷⁷⁷ Enquanto o preceito jurídico do direito penal judicial pressupõe um componente ético, a disposição administrativa não a conteria, pois materializa apenas objetivos da administração, e não

¹⁷⁷² James GOLDSCHMIDT (¿Qué es el "Derecho Penal Administrativo"? [1914], 2010, p. 403).

¹⁷⁷³ James GOLDSCHMIDT (Concepto y cometido del derecho penal administrativo, 2010, p. 294).

¹⁷⁷⁴ James GOLDSCHMIDT (Concepto y cometido del derecho penal administrativo, 2010, p. 294).

¹⁷⁷⁵ Nesse sentido RIBEIRO (Análise crítica do direito penal secundário, 2015, p. 77).

¹⁷⁷⁶ James GOLDSCHMIDT (El derecho penal administrativo ..., 2010, p. 302). O texto foi originariamente publicado sob o título «*Das Verwaltungsstrafrecht im Verhältnis zur moderaten Staats- und Rechtslehre*», em *Festgabe der Berliner juristischen Gesellschaft für Koch*, Berlim, 1903, pp. 415 e ss.

¹⁷⁷⁷ James GOLDSCHMIDT (El derecho penal administrativo ..., 2010, p. 303).

“convicções éticas e íntima da sociedade”.¹⁷⁷⁸ O ilícito de direito penal administrativo (antijuridicidade administrativa) não é uma lesão a um dever ético, senão uma pura desobediência a ordens administrativas legalmente sancionadas; é “uma violação ao direito subjetivo do Estado à obediência”.¹⁷⁷⁹

Por consequência de sua autonomização, James Goldschmidt preconiza que “o direito penal administrativo exige princípios especiais”, trabalha com a “técnica conceitual” do direito penal, que “deve se adaptar a sua natureza administrativa”, formando parte dela a indiferença entre dolo e imprudência, a presunção da culpa, a inexistência de participação e a possibilidade de prova exculpatória da ignorância da disposição administrativa infringida.¹⁷⁸⁰

Convém recordar, com Costa Andrade, que James Goldschmidt nunca concebeu em termos absolutos a separação entre direito penal e o direito penal administrativo, reconhecendo expressamente “a existência de um processo histórico de ‘decantação’ e intercomunicabilidade: infrações que hoje são crimes podem amanhã converter-se em infrações administrativas e vice-versa”.¹⁷⁸¹

Uma das motivações para o desenvolvimento do direito penal administrativo foi a necessidade política de dar mais autonomia à administração para conseguir o seu intento de regulação da convivência social. Ocorre que competia ao legislador imperial (art. 14-3 da Constituição do *Reich*) dispor sobre direito penal,¹⁷⁸² e como na época aos delitos de polícia (administrativos) aplicava-se o direito penal, não poderia a administração pública dispor sobre infrações administrativas. Neste contexto, durante a discussão do CP Imperial, o “deputado Windhorsdt defendeu que os delitos de polícia saíssem do direito penal porque dizem respeito a matéria interna dos estados”.¹⁷⁸³

As mesmas críticas apontadas ao direito penal de polícia, acerca da falta de conhecimento jurídico das autoridades administrativas, a falta de imparcialidade, poderiam muito bem ser transportadas para o direito penal administrativo, caso fosse aplicado pelas autoridades administrativas ordinárias. O retorno do poder sancionatório para a administração poderia ser um retrocesso para o desenvolvimento doutrinário da época e para unificação do processo judicial (tanto crime quanto infração de polícia).

¹⁷⁷⁸ James GOLDSCHMIDT (El derecho penal administrativo ..., 2010, p. 304).

¹⁷⁷⁹ James GOLDSCHMIDT (El derecho penal administrativo ..., 2010, p. 305).

¹⁷⁸⁰ James GOLDSCHMIDT (Concepto y cometido del derecho penal administrativo, 2010, p. 294).

¹⁷⁸¹ Costa ANDRADE (Contributo para o conceito de contraordenação ..., 1998, p. 88).

¹⁷⁸² GOLDSCHMIDT (Concepto y cometido del derecho penal administrativo, 2010, p. 295).

¹⁷⁸³ GOLDSCHMIDT (Concepto y cometido del derecho penal administrativo, 2010, p. 295).

Neste contexto, James Goldschmidt, com vistas a dar garantias ao cidadão contra os abusos da administração no uso do poder sancionatório, sustentou que o direito penal administrativo fosse aplicado por instâncias administrativo-penais, ligadas à administração (não ao poder judiciário), mas estruturadas de maneira semelhante aos tribunais do poder judiciário.

Como criticam Heinz Mattes e Herta Mattes, James Goldschmidt transformava o direito penal administrativo em autêntico direito penal, com diferença apenas de estar vinculado formalmente à administração.¹⁷⁸⁴ Observe-se, contudo, que James Goldschmidt não atribuiu caráter de jurisdição a estes tribunais administrativos que julgariam os delitos do direito penal administrativo.

9.2.2 O critério valorativo (normativo) de Erik Wolf

Erik Wolf, em sua obra publicada em 1930, “Posição do delito administrativo penal no sistema jurídico penal”,¹⁷⁸⁵ como resgatam Heinz Mattes e Herta Mattes,¹⁷⁸⁶ partiu dos fundamentos elaborados por James Goldschmidt, defendendo a autonomia do direito penal administrativo em relação ao direito penal de justiça, mas, em vez de adotar critério ontológico para os diferenciar, introduziu elemento valorativo (normativo). Segundo Erik Wolf, entre o direito penal administrativo e o direito penal de justiça, não existe diferença conceitual lógico-formal, tampouco uma diferença empírica de fins, o que há é uma distinta referência normativa dos fatos jurídicos a norma, é dizer uma diferença de sentido (valorativo) das infrações.

Com base na doutrina de Smend e Jellinek, Erik Wolf¹⁷⁸⁷ dispõe em três planos os valores tutelados pelo Estado (valor jurídico, valor de autoridade executiva e valor de bem-estar social) e os associa a três subsistemas de direito: o direito penal de justiça (valor jurídico, no sentido de justiça e equidade), direito penal coercitivo (valor de autoridade) e direito penal administrativo (valor de bem-estar).¹⁷⁸⁸ Assim, o ilícito criminal atenta contra os valores de justiça e de equidade, ao passo que o ilícito administrativo fere os valores de ordenação social.

A sanção administrativa para Erik Wolf, em termos conceituais e formais, não

¹⁷⁸⁴ Heinz MATTES (Problemas de derecho penal administrativo, 1979, pp. 200-214).

¹⁷⁸⁵ Erik WOLF (Die Stellung der Verwaltungsdelikte im Strafrechtssystem, 1930, p. 516 e ss).

¹⁷⁸⁶ MATTES e MATTES (Problemas de derecho penal administrativo, 1979, p. 208).

¹⁷⁸⁷ Helena COUTINHO (O direito de mera ordenação social ..., 1994, p. 96).

¹⁷⁸⁸ MATTES e MATTES (Problemas de derecho penal administrativo, 1979, p. 209).

deixa de ser uma pena (medida aflagante, criminal), mas tem um sentido (significado) de medida disciplinar, uma pena de ordem. Nestes termos, ao contrário da pena criminal, a sanção administrativa não contém uma desaprovação de uma conduta danosa ou perigosa, mas um estímulo à ativação da personalidade social (membro da comunidade) de um indivíduo que se mostra descuidado, que age de maneira indiferente.

Ambos ilícitos (administrativo e criminal) maculam um bem (bem administrativo e bem jurídico, respectivamente), mas apenas o criminal tem um objeto (pessoa ou coisa).¹⁷⁸⁹ Ambos provocam dano, mas o dano no ilícito administrativo é submetido a um princípio de valoração diferente do dano do crime. É que, no delito administrativo, não existe uma relação entre o dano e uma pessoa ou coisa. O dano, no delito administrativo, é ínfimo no aspecto individual e cultural; e mesmo no aspecto social o dano não é grande, está diluído no espaço social. Para Erik Wolf, o significado da infração é o que, essencialmente, distingue o ilícito administrativo do ilícito penal.

Como na legislação alemã havia delitos criminais que, embora tivessem como referência a proteção de bem jurídico, pressupunha danos de pequena monta no âmbito individual, Erik Wolf considerou-os *delitos de bagatela*, sendo, assim, genuínos ilícitos administrativos. A diferença de intensidade também é registrada por Erik Wolf quanto ao desvalor ético dos ilícitos, onde afirma que o delito criminal não se contenta com um mínimo ético, mas atua contra uma convicção ética interna da comunidade.¹⁷⁹⁰ Nesse prisma, Erik Wolf converge para o entendimento de James Goldschmidt, que já defendia que a norma penal, ao contrário da administrativa, não tinha conteúdo ético.

A unidade lógica da conduta punível não impede que se atribuam diversos conteúdos valorativos, o que impossibilita o tratamento no mesmo âmbito penal, exigindo, assim, uma distribuição do conteúdo do direito penal em áreas jurídico-penais de diferentes sentidos, para evitar a desarmonia do próprio direito penal.¹⁷⁹¹ O direito penal administrativo continua formalmente direito penal, mas materialmente é direito administrativo. Como direito penal, aplicam-se-lhe as categorias formais do direito penal (tipicidade, antijuridicidade, culpabilidade), mas tais categorias sofrem algumas adaptações pela incidência de conceitos do direito administrativo. Neste contexto é que alguns autores preconizam que, ao contrário do direito penal, o direito penal administrativo admite a capacidade delitual das pessoas coletivas, a responsabilidade

¹⁷⁸⁹ MATTES e MATTES (Problemas de derecho penal administrativo, 1979, p. 211).

¹⁷⁹⁰ MATTES e MATTES (Problemas de derecho penal administrativo, 1979, p. 210).

¹⁷⁹¹ MATTES e MATTES (Problemas de derecho penal administrativo, 1979, p. 210).

por culpa alheia e a responsabilidade sem culpabilidade.¹⁷⁹² A culpabilidade, embora seja essencial no direito penal, é apenas um elemento natural no direito administrativo penal, podendo ocorrer ou não.

Erik Wolf propugnou a independência processual do direito penal administrativo, incluindo a investigação do delito administrativo e a transferência da competência penal administrativa aos tribunais administrativos.¹⁷⁹³

Assim como as teorias do direito penal de polícia, a teoria do direito penal administrativo teve muito eco na doutrina, mas pouca influência imediata teve na legislação alemã, com exceção do projeto do CP alemão de 1911, que acolheu parcialmente a distinção entre delitos e contravenções administrativas, fazendo constar em livros distintos do Código, embora tenha mantido as últimas na seara penal.

Mesmo com as contribuições de Erik Wolf à concepção de direito penal administrativo de James Goldschmidt, o movimento a favor de uma pena administrativa foi abandonado. Somente a partir dos anos 1930, houve resgate desta discussão (pena peculiar imposta pela administração), surgindo o poder penal de ordem dos órgãos administrativos econômicos, ampliado no período nazista, onde se verificou a transferência de poder penal à administração, mas que “não tem nada a ver com a teoria do direito penal administrativo”.¹⁷⁹⁴ O poder penal da administração econômica, objeto de análise da seção 9.4, também não se vinculava ao movimento que o antecedeu, o direito penal de ordem, que será examinado na seção seguinte.

9.3 Direito penal de ordem: direito penal especial

O direito penal de ordem, assim como preconizava o direito penal administrativo, superava o dogma do Iluminismo consistente na separação absoluta entre direito e moral, e, assim, objetivava “colocar a ordem jurídica, e em especial o direito penal, sobre bases éticas e fundamentá-la partindo de consequências morais da comunidade jurídica”.¹⁷⁹⁵ O delito, para esta corrente doutrinária, seria um ataque à ordem moral, uma lesão de um dever, não apenas um lesão de um bem jurídico. E ao constatar que havia, na legislação penal, algumas condutas tipificadas que não correspondiam a uma

¹⁷⁹² É a leitura que Beleza dos SANTOS (Ilícito penal administrativo e ilícito criminal, 1945, p. 41) faz dos autores que defendem o direito penal administrativo, mas não concorda com a responsabilidade sem culpa ou responsabilidade de pessoa coletiva.

¹⁷⁹³ MATTES e MATTES (Problemas de derecho penal administrativo, 1979, p. 212).

¹⁷⁹⁴ MATTES e MATTES (Problemas de derecho penal administrativo, 1979, p. 213).

¹⁷⁹⁵ MATTES e MATTES (Problemas de derecho penal administrativo, 1979, p. 214).

contradição insuperável com a ordem moral, o direito penal de ordem preconizava que estas condutas moralmente insignificantes, que mais atendem a um problema utilitário do Estado, que são meras infrações de ordem, fossem excluídas do direito penal (geral) e recolhidas a um direito penal de ordem, com sanções diversas da pena criminal.¹⁷⁹⁶

Vê-se que, ao contrário do direito penal administrativo, que pretendia o tratamento não criminal destas infrações, o direito penal de ordem advogava apenas um tratamento penal diferenciado para as infrações meramente de ordem. Outro ponto distintivo entre as duas correntes é que, para o direito penal de ordem, a ausência do desvalor ético da infração de ordem não está ligada necessariamente aos interesses da Administração, os quais podem estar tutelados tanto por normas de infrações de ordem quanto por normas penais. Quanto ao poder penal da administração, a teoria da infração de ordem apenas admitia uma faculdade provisional à administração de impor penas, mas sempre com possibilidade de recurso aos tribunais, os quais continuavam sendo os órgãos competentes para impor sanções criminais.¹⁷⁹⁷

O projeto do CP alemão, elaborado por Franz Gürtner em 1936, nesta linha do direito penal de ordem, já não continha contravenções, as quais deveriam ser tratadas em um código penal especial de ordem.¹⁷⁹⁸ Com exceção do projeto de CP alemão, o direito penal de ordem não influenciou significativamente a legislação. No campo doutrinário, foi fortemente atacado. Convém destacar que Nagler se posicionou contra o direito penal de ordem, para quem a teoria da infração de ordem só poderia ser entendida como teoria do injusto não criminal, devendo a infração de ordem ser eliminada do direito penal.¹⁷⁹⁹

9.4 Direito penal da administração econômica

O poder penal de ordem da Administração foi um movimento prático e empírico, na Alemanha, no período entre as guerras mundiais, que atacou a unidade do direito penal. A intervenção no domínio econômico, nos moldes pretendidos pelos governos totalitários na Alemanha, necessitava de um arsenal sancionatório mais ágil e eficiente para que a intervenção atingisse suas finalidades, passando, então, a legislação a delegar aos órgãos de regulação econômica a aplicação aos indivíduos de sanções que, embora

¹⁷⁹⁶ MATTES e MATTES (Problemas de derecho penal administrativo, 1979, p. 216).

¹⁷⁹⁷ MATTES e MATTES (Problemas de derecho penal administrativo, 1979, p. 217).

¹⁷⁹⁸ MATTES e MATTES (Problemas de derecho penal administrativo, 1979, p. 216).

¹⁷⁹⁹ MATTES e MATTES (Problemas de derecho penal administrativo, 1979, p. 218).

com conteúdo eminentemente penal, eram denominadas de penas de ordem. Dessa forma, a administração não precisava recorrer à esfera jurídico-penal para punir as infrações que pudessem representar obstáculo à regulação econômica. As leis conferiam à administração a prerrogativa de decidir se o caso seria ou não remetido aos tribunais para aplicação da sanção criminal. Não havia nenhum critério científico para a classificação entre as infrações penais e as infrações de ordem.

Havia, nestes períodos de exceção, muitas arbitrariedades na aplicação das penas de ordem. Os valores de multa eram ilimitados. E, se não fosse satisfeita, a pena de multa poderia ser convertida em pena privativa de liberdade. Na legislação de ordem, o princípio vigente não era o da legalidade, mas sim o da oportunidade e conveniência.

Há um paralelismo inquestionável entre o surgimento da pena de ordem da administração e a criação do direito penal de polícia. Em ambas situações, foi instalada uma nova ordem, regida por outros princípios, cuja aplicação fica confiada a novos órgãos administrativos.¹⁸⁰⁰ Por outro lado, utilizou-se de argumento corrente do direito penal administrativo, no sentido de que os tribunais judiciais não estavam familiarizados com as questões administrativas do Estado, resultando na inadequação de que as sanções de ordem fossem aplicadas pelos tribunais.

O direito penal de ordem da administração, em face de sua preocupação pragmática em atender aos objetivos econômicos do governo, não pretendeu, ao contrário das teorias do direito penal de ordem, eliminar do direito penal as meras infrações de ordem.

Note-se, desde logo, que o poder penal da administração econômica não se confunde com o direito penal econômico, muito embora as origens remotas deste último também possam ser vislumbradas, como o fez Figueiredo Dias,¹⁸⁰¹ nas intervenções iniciadas no período da Primeira Guerra Mundial.

9.5 O renascimento do direito penal administrativo com Eberhard Schmidt

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, a eliminação dos poderes penais da administração não ocorreu como era esperado por conta dos abusos ocorridos no

¹⁸⁰⁰ MATTES e MATTES (Problemas de derecho penal administrativo, 1979, p. 220).

¹⁸⁰¹ Figueiredo DIAS (Problemática geral das infracções ..., 2000, p. 69). Explica-se este enquadramento do referido autor o fato de ele considerar esta fase do poder penal da administração econômica como um direito penal econômico “caracterizado pela natureza administrativa” (p. 72).

período nazista com a utilização de tais poderes. Os governantes da Alemanha do pós-guerra, tendo em vista a necessidade de reconstrução do país devastado no conflito armado, mantiveram todo instrumental de intervenção do Estado no domínio econômico, inclusive aspectos do poder sancionatório da administração.¹⁸⁰² Se todo o poder sancionatório retornasse à esfera penal, seria muito difícil a intervenção em áreas técnicas e especializadas com o uso do direito penal, que, na época, já exigia diversos parâmetros limitadores do poder punitivo do Estado, tais como a teoria do bem jurídico e a teoria da tipicidade formal e material. Daí porque a preocupação doutrinária principal não era tanto a eliminação dos poderes penais da administração, mas especialmente a adequação destes poderes com o princípio da separação dos poderes.¹⁸⁰³ É nesta quadra que se encaixa o papel decisivo de Eberhard Schmidt para a configuração do novo direito penal econômico, retomando os contributos do direito penal administrativo.

Eberhard Schmidt resgatou os fundamentos de James Goldschmidt, quanto à diferenciação ontológica (em razão da natureza da infração) entre injustos criminais (crimes) e ilícitos administrativos, inclusive quanto ao fundamento desta diferenciação, que se pautava na dupla personalidade do indivíduo (enquanto portador de direitos individuais, e enquanto membro da comunidade na tarefa de auxiliar a administração).

Para Eberhard Schmidt, o conteúdo material do injusto criminal é o dano ou perigo concreto de dano ao bem jurídico, enquanto o conteúdo do injusto administrativo não vai além do descumprimento de dever de obediência do cidadão para com os órgãos administrativos do Estado, sem nenhuma referência a um indivíduo ou a uma pessoa coletiva específica.¹⁸⁰⁴ Enquanto para caracterizar a culpabilidade criminal é necessário um desvalor ético da personalidade do indivíduo, no injusto administrativo a personalidade do autor não é eticosocialmente agravada, bastando para configurar a culpabilidade a vontade dirigida à desobediência dos deveres administrativos.¹⁸⁰⁵ A pena criminal tem um sentido ético de expiação e um sentido político-criminal de educação e de ressocialização do infrator, ao passo que a sanção para o delito administrativo é tão somente um meio de coerção administrativa para se obter o cumprimento dos deveres administrativos impostos a todos os cidadãos. Eberhard Schmidt, em vez de pena de

¹⁸⁰² Costa ANDRADE (Contributo para o conceito de contraordenação ..., 1998, p. 93).

¹⁸⁰³ MATTES e MATTES (Problemas de derecho penal administrativo, 1979, p. 229).

¹⁸⁰⁴ MATTES e MATTES (Problemas de derecho penal administrativo, 1979, p. 230).

¹⁸⁰⁵ MATTES e MATTES (Problemas de derecho penal administrativo, 1979, p. 231).

ordem, adota a nomenclatura *multa monitoria*.

Contudo, Eberhard Schmidt reconhece que a ofensa a alguns interesses administrativo-econômicos pode afetar a própria existência do Estado e não apenas aos interesses da coletividade materializados em normas administrativas, e, desta maneira, constitui-se num interesse genuinamente jurídico. Assim, tais condutas devem ser tratadas como delitos no âmbito do direito penal (econômico), cujo bem jurídico protegido é a integridade do Estado.¹⁸⁰⁶ Por outro lado, constatou que algumas infrações são tipificadas como delitos no âmbito do direito penal (econômico), mas que, em verdade, não são delitos, mas sim infrações administrativas, pois lhe faltam “tanto o sensível prejuízo das tarefas administrativas como a atitude subjetiva da negativa fundamental da ordem econômica”.¹⁸⁰⁷

Além de prever o tratamento distinto no âmbito legislativo, o que já era defendido pelo direito penal administrativo, Eberhard Schmidt também admite a transição de infração de uma natureza para outra, no momento da aplicação da norma, a depender da magnitude da ofensa ao bem jurídico, o que é avaliado pela reprovabilidade da conduta. O critério para caracterizar um delito criminal, então, era duplo, qualitativo e quantitativo. Eberhard Schmidt afastou-se da unidade conceitual do direito penal administrativo, sustentando a impossibilidade de demarcação das infrações por critérios materiais fixos. Eberhard Schmidt também não adotou a concepção de Erik Wolf pertinente à neutralidade das infrações aos interesses administrativos, de maneira que, embora todas as infrações administrativas de direito penal administrativo se configurem infrações de ordem, há infrações de ordem que se fundamentam em interesse diverso do da administração.

A doutrina de Eberhard Schmidt foi acolhida pela legislação alemã, como, por exemplo, a lei penal econômica de 1949 (*WiStG - Wirtschaftstrafgesetz*) e a lei sobre infrações de ordem de 1952 (*Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*).

A lei penal econômica alemã de 1949 trazia no § 6º o critério de Eberhard Schmidt para caracterizar os delitos econômicos. Todas as infrações tipificadas na seção, a princípio, podem configurar delito econômico ou infração de ordem. O critério adotado pela lei penal referida para enquadrar uma hipótese fática como sendo crime econômico foi material (ofensa à ordem econômica como bem jurídico) e axiológico (reprovabilidade ou desvalor da conduta, seja pela extensão da ofensa, seja por

¹⁸⁰⁶ MATTES e MATTES (Problemas de derecho penal administrativo, 1979, p. 232).

¹⁸⁰⁷ MATTES e MATTES (Problemas de derecho penal administrativo, 1979, p. 233).

circunstância subjetiva da ofensa). Na presença dos dois critérios, o fato é caracterizado como crime econômico, e assim, a persecução será na esfera judicial, ao passo que, na ausência de um deles, o fato será enquadrado como infração de ordem, e se processará no âmbito administrativo.

Na linha de Eberhard Schmidt sobre o fundamento não exclusivamente administrativo da infração de ordem, a lei alemã sobre infrações de ordem de 1952 ampliou o campo de incidência das infrações de ordem, que era restrito ao administrativo-econômico, aplicando a toda área do ordenamento jurídico. Juntou a infração de ordem e as contravenções no conceito de contraordenações, que seriam apuradas no âmbito administrativo.

O conceito de contraordenações, embora tenha sido útil para a limitação do poder dos órgãos administrativos, também foi utilizado, dentro do movimento de descriminalização de condutas, para absorção de condutas antes tipificadas como crime de perigo abstrato e crime de bagatela. Tal circunstância contribuiu para o enfraquecimento do critério qualitativo entre crime e contraordenações em favor do critério quantitativo, o que acabou resultando na alteração dos critérios legais pela lei penal econômica de 1968, mantida basicamente pela lei de 1987, vigente até o momento, ambas considerando contraordenações não mais como infração distinta do crime, mas como crime de menor importância.

9.6 O direito penal administrativo em Portugal e a distinção quantitativa de Beleza dos Santos

No século XIX, em Portugal, o direito penal de polícia era aplicado pela administração, para fins de garantir a segurança da comunidade e para promover o bem-estar, cuja sanção era predominantemente administrativa (multa), mas havia delegação para aplicação de pena de prisão, até “dois meses de cadeia”.¹⁸⁰⁸

Da mesma forma que se observou na Alemanha, com a Revolução Francesa e o princípio da separação dos poderes, não mais se sustentava a competência do soberano para apreciar os delitos de direito penal de polícia, sendo imperioso o deslocamento para os órgãos judiciais.¹⁸⁰⁹ Os delitos do direito penal de polícia, cujo dano não ultrapassasse determinado valor, assim como os crimes de bagatela, foram atribuídos

¹⁸⁰⁸ José de Faria COSTA (A importância da recorrência no pensamento jurídico, 1998, p. 116).

¹⁸⁰⁹ José de Faria COSTA (A importância da recorrência no pensamento jurídico, 1998, p. 123).

inicialmente ao juízes de paz e juízes pedâneos, que eram membros da comunidade local.¹⁸¹⁰ A distinção entre ilícito penal e ilícito de polícia era, no fundo, apenas quantitativa.

O CP português de 1852 adotou a corrente bipartida e diferenciou qualitativamente as contravenções dos crimes,¹⁸¹¹ como ocorreu com o regime geral das contraordenações, na segunda metade do século XX. De acordo com o artigo 3º do CP de 1852, contravenção é “o facto voluntário punível que unicamente consiste na violação, ou na falta de observância das disposições preventivas das Leis e Regulamentos, independente de toda a intenção maléfica”. Contudo, boa parte em razão da permanência no CPP vigente naquela época de uma classificação tripartida (crime, delito e contravenção), a doutrina majoritária entendia atuante um critério quantitativo, pelo grau de desvalor da conduta.¹⁸¹²

Por influência da escola positivista, houve uma procura pela distinção material entre contravenções e crimes. Henriques da Silva,¹⁸¹³ neste contexto, criticou a escola francesa da época, segundo a qual adotava uma classificação empírica, onde haveria apenas diferença de gravidade, mas não uma distinção ontológica. Defendeu uma distinção material de cunho axiológico.¹⁸¹⁴ Fazendo a oposição entre disposições preventivas e disposições repressivas, asseverou que as contravenções estariam associadas à ideia de perigo de dano, individual ou social, e sua prevenção, ao passo que sanções criminais objetivavam a repressão dos infratores.

Com Henriques da Silva “fecha-se um ciclo”, onde os doutrinadores portugueses do direito penal que lhe seguiram “abordaram esta problemática segundo os parâmetros fundamentais em que se movia aquele autor”.¹⁸¹⁵ O tema somente foi vislumbrado sob outro ângulo, após a Segunda Guerra Mundial, com Beleza dos Santos, que partiu dos contributos alemães do direito penal administrativo.

Beleza dos Santos acolhe “a diferenciação das formas de atividade do Estado” e

¹⁸¹⁰ José de Faria COSTA (A importância da recorrência no pensamento jurídico, 1998, pp. 125-126).

¹⁸¹¹ Conforme artigo 1º do CP de 1852, crime ou delito é o fato voluntário, declarado punível pela lei penal. Na época, o CP francês adotava a classificação tripartida das infrações: crime, delito e contravenções, sendo o delito um crime menos grave.

¹⁸¹² A classificação tripartida (crime, delito, contravenção) do CPP português era inspirada na classificação francesa.

¹⁸¹³ Henriques da SILVA (Lições de Direito Penal, 1989, p. 520).

¹⁸¹⁴ Henriques da SILVA (Lições de Direito Penal, 1989, p. 520). Conferir também Alexandra Maria dos Santos Esteves VILELA (O direito de mera ordenação social, 2013, p. 105).

¹⁸¹⁵ José Faria da COSTA (A importância da recorrência no pensamento jurídico, 1998, p. 138).

“a distinção de valores que o Estado procura servir nesta dupla actuação”,¹⁸¹⁶ como protetor de bens jurídicos e como promotor do bem-estar social. Questiona, contudo, se esta distinção é suficiente para fundamentar a separação radical do domínio da ilicitude administrativo-penal, cujas sanções teriam fins, estrutura e pressupostos diferentes.

Para ele, a diversidade de ilicitude resultante da diferença de interesses e valores ofendidos não justifica o deslocamento das normas de direito penal administrativo para um campo próprio do direito, diverso do direito penal. Como o direito penal é subsidiário de outros ramos do direito, defende, por seus meios específicos, os valores e interesses vertidos em normas de outros domínios (civil, comercial, político, administrativo, fiscal). Embora os ilícitos destas áreas tenham seus próprios pressupostos, ter-se-ia que admitir que, em face da proteção subsidiária do direito penal, o direito penal “reprime e previne estes ilícitos com sanções e pressupostos idênticos para todas essas modalidades de ilícitos”, e, portanto, tais diferenças não justificam “a integração de uma parte da repressão e prevenção criminal no ramo do direito a que pertence a norma que define a ilicitude”, senão haveria ilícitos especiais para cada um destes ramos.¹⁸¹⁷

Além disso, Beleza dos Santos defende que não há diferenças qualitativas entre as sanções administrativas e sanções criminais. A sanção administrativa também tem a mesma função da sanção criminal: reprovar o ato ilícito, evitar a repetição do ato pelo agente e prevenir a sua prática pelos outros cidadãos.¹⁸¹⁸ E para se alcançar tais fins, é cabível uma gradação de intensidade da reprovação e intimidação, que varia de acordo com a gravidade da ilicitude. Contudo, Beleza dos Santos¹⁸¹⁹ pontua que nem todas as infrações administrativas, que ofendem o dever de colaboração para o bem-estar geral, são menos graves que os crimes. Os delitos, por vezes, têm uma gravidade mínima, como nos crimes de bagatela. Assim, conclui o autor, sequer pode-se dizer que a intensidade é, na prática, critério de distinção. Quanto ao desvalor ético, Beleza dos Santos, também afirma que “nem sempre é eticamente mais relevante a lesão ou perigo de lesão dos bens jurídicos alheios”.¹⁸²⁰ De qualquer forma, admite o autor que sejam feitas distinções entre infrações “graves” e infrações “menos graves”, “isto é, entre crimes e contravenções”, “com base essencial nos valores ofendidos e no grau da

¹⁸¹⁶ Beleza dos SANTOS (Ilícito penal administrativo e ilícito criminal, 1945, p. 44).

¹⁸¹⁷ Beleza dos SANTOS (Ilícito penal administrativo e ilícito criminal, 1945, p. 45).

¹⁸¹⁸ Beleza dos SANTOS (Ilícito penal administrativo e ilícito criminal, 1945, p. 45).

¹⁸¹⁹ Beleza dos SANTOS (Ilícito penal administrativo e ilícito criminal, 1945, p. 46).

¹⁸²⁰ Beleza dos SANTOS (Ilícito penal administrativo e ilícito criminal, 1945, p. 46).

ofensa”, mas não com base no “caráter administrativo ou não administrativo do ilícito”.¹⁸²¹

Como a finalidade e a intensidade da sanção administrativa não são necessariamente distintas da sanção criminal, assim também não serão os pressupostos. Por isso, as normas que se pretendem considerar específicas do direito penal administrativo (responsabilidade da pessoa coletiva, responsabilidade sem culpa) “não derivam, conceitualmente, dêsse ilícito, e não deverão aplicar-se a todos os factos que nêle se compreendem, nem somente a êsses factos”.¹⁸²²

Conclui afirmando que não há fundamento bastante para dar autonomia ao ilícito penal administrativo, no alcance que lhe é atribuído pela doutrina alemã, embora reconheça que há sanções criminais com certos caracteres administrativos (penas não criminais) como sanções administrativas com caracteres criminais (penas administrativas).¹⁸²³ Estas medidas são muito heterogêneas, e determinadas por conveniências diversas. As penas não criminais são adotadas “quando em momentos de crise, de actuar energicamente contra factos ofensivos do interêsse geral, quando as circunstâncias não permitem assegurar as garantias que dá a jurisdição criminal”; já as penas administrativas são estabelecidas pela “necessidade de obter prontamente uma certa conduta dos particulares, ou rapidamente pôr têrmo a uma atitude incorrecta, ou de manter o prestígio de autoridade, confiando-lhe o poder de aplicar ela própria a sanção”.¹⁸²⁴

A identidade material entre ilícitos administrativos e ilícitos criminais perdurou em Portugal, até meados da década de 1970, quando, pela pena de Eduardo Correia, houve um resgate de critérios qualitativos.

9.7 Direito de ordenação social

Eduardo Correia aderiu inicialmente às críticas de Beza dos Santos à teoria do direito penal administrativo, no sentido de que haveria identidade material entre ilícitos administrativos e ilícitos penais. Pouco tempo depois, veio a propor uma distinção própria, de ordem qualitativa, entre os referidos ilícitos, no seio do direito de ordenação

¹⁸²¹ Beza dos SANTOS (Ilícito penal administrativo e ilícito criminal, 1945, pp. 46-47, nota n. 2).

¹⁸²² Beza dos SANTOS (Ilícito penal administrativo e ilícito criminal, 1945, p. 47).

¹⁸²³ Beza dos SANTOS (Ilícito penal administrativo e ilícito criminal, 1945, pp. 48-49).

¹⁸²⁴ Beza dos SANTOS (Ilícito penal administrativo e ilícito criminal, 1945, p. 50).

social, que foi amplamente acolhida pelo legislador.

No início da segunda metade do século XX em Portugal assistia-se a um aumento da criminalização de condutas e a um aumento de infrações administrativas, sem muita sistematização, ficando praticamente em desuso as contravenções, que, nesta época, pelo critério quantitativo tripartido, era considerada uma infração intermediária entre o ilícito administrativo e o crime. Surge, então, a necessidade de delimitar bem as fronteiras do direito penal, criando uma via de intervenção estatal que fosse alternativa ao direito penal para as condutas que não tivessem uma ressonância moral da magnitude do direito penal. Foi aí que Eduardo Correia veio a propor um novo sistema penal que reunisse as contravenções e as infrações administrativas, o denominado sistema ordenacional.

Segundo Eduardo Correia, o critério material de James Goldschmidt e Erik Wolf, baseado na qualidade do ilícito e no objeto de proteção, não possibilita uma avaliação adequada da realização dos fins, pois a dificuldade começa já na própria identificação dos objetivos teleológicos da atuação do Estado: quando está a proteger os bens jurídicos já constituídos ou quando está a assegurar o bem-estar social, promovendo a criação de bens jurídicos?¹⁸²⁵ E, por outro lado, a promoção do bem-estar social “nem sempre se pode bastar com reacções puramente administrativas: em certos casos, a sua proteção tem de reconduzir-se às estruturas do direito criminal”.¹⁸²⁶

A análise Eduardo Correia pressupõe que a promoção do bem-estar social, finalidade da norma de direito penal administrativo, seria por meio de criação de novos bens jurídicos, e, de outra banda, o Estado se utilizaria do arsenal do direito penal para proteção de bens jurídicos já definidos, não para os bens em construção. Eduardo Correia aproxima os objetos de proteção (bem administrativo e bem jurídico), ao introduzir o conceito de bens jurídicos em construção.¹⁸²⁷

Diz ainda que é impossível reconduzirem-se as penas à condição de instrumento de realização de fins, pois elas têm um sentido anterior à própria função, sentido este

¹⁸²⁵ Eduardo CORREIA (Direito criminal, 1999, p. 26).

¹⁸²⁶ Eduardo CORREIA (Direito penal económico e europeu. Vol. I, 1998, p. 8). O texto foi publicado originariamente no Boletim da Faculdade de Direito, XLIX, 1973, pp. 257-281.

¹⁸²⁷ Importante desde já assinalar que Nelson HUNGRIA (Novas questões jurídico-penais, 1945, pp. 266-267), também contrário à teoria do direito penal administrativo, deu um passo a mais no raciocínio de Eduardo CORREIA e, em vez de bem jurídico em construção, considerou que as normas penais administrativas visavam à proteção de um autêntico bem jurídico (ordem pública, como objeto de cuidado da Administração). Afastou-se da premissa teórica de que o cidadão tem dever de colaboração com a Administração como membro da comunidade, como se investido em função pública. Para ele, o *jus puniendi* é único, é do Estado, não há um direito penal subjetivo da justiça e um direito penal subjetivo da administração.

que corresponde à expressão de uma censura ético-jurídica.¹⁸²⁸ O direito penal não tem que tutelar todos os valores eticamente fundamentais, mas apenas os que compõem o “mínimo ético” (Jellinek) essencial à vida em coletividade. A tutela penal poderá, segundo Eduardo Correia, atrair para sua proteção novos valores encarnados em certos interesses sociais, quando as providências concretas e diretas a serem exigidas aos indivíduos têm “ressonância moral na consciência dos indivíduos”.¹⁸²⁹ Tratando-se de providências “indirectas e longíquas de realizar a promoção daqueles interesses”, o Estado deve agir por meio de outro tipo de medida que exprima apenas uma “censura de natureza social”, com “sentido de mera advertência, despido de toda a mácula ético-jurídica”, que seria o direito administrativo, em especial o “direito relativo à violação de uma certa ordenação social”.¹⁸³⁰

Eduardo Correia propõe, em vez de um critério material único, um critério misto para caracterização do ilícito administrativo penal, a depender da configuração especial do ilícito administrativo (conteúdo do ilícito), da natureza particular das sanções e das particularidades processuais.¹⁸³¹

Os valores e os interesses da sociedade tutelados pelo direito penal administrativo, como ainda não estão vertidos em bens jurídicos, estão em um outro plano de essencialidade ou fundamentalidade para a sociedade. Estes bens, que são bens jurídicos em construção, referem-se a valores de criação e manutenção de uma ordem social, de certa forma estranha à ordem moral, ao menos de maneira direta.¹⁸³² A mera desobediência a preceitos estatais não é marca distintiva dos ilícitos administrativos; estes também devem ofender os bens em construção.

Assim, além dos valores éticos sociais primordiais para a sociedade, que estão materializados em bens jurídicos, há valores secundários de “ordem policial ou de bem-estar”, é dizer, de ordem social, que são tutelados pelas normas de direito penal administrativo. Tais normas não seriam normas penais de grau menor, como se compreendia as normas de contravenções penais, mas um direito diferente do direito criminal de justiça.¹⁸³³

Em razão da indiferença ética no ilícito administrativo penal, a sanção cominada

¹⁸²⁸ Eduardo CORREIA (Direito penal económico e europeu. Vol. I, 1998, p. 8).

¹⁸²⁹ Eduardo CORREIA (Direito penal económico e europeu. Vol. I, 1998, p. 8).

¹⁸³⁰ Eduardo CORREIA (Direito penal económico e europeu. Vol. I, 1998, p. 9).

¹⁸³¹ Eduardo CORREIA (Direito criminal, 1999, pp. 27-28).

¹⁸³² Eduardo CORREIA (Direito criminal, 1999, p. 29).

¹⁸³³ Eduardo CORREIA (Direito criminal, 1999, p. 29).

deve ser necessariamente de natureza não penal. Não poderá ser aplicada nem privação de liberdade tampouco multa que seja conversível em privação de liberdade.¹⁸³⁴ Em vez de multa, será aplicada “coima”, quantia em dinheiro com sentido de censura ou advertência meramente social. A finalidade da pena também é distinta. No criminal, a sanção tem o escopo de prevenção geral, prevenção especial e reparação do dano. No ilícito penal administrativo, a finalidade da sanção é coerção para o cumprimento dos deveres. Os órgãos administrativos não podem ter competência criminal.

Com base nos ensinamentos de Eduardo Correia, que teve oportunidade como ministro da Justiça de ficar encarregado da feitura do anteprojeto de CP e demais leis penais necessárias para a adequação do regime penal em vigor, foi instituído em 1979 o Regime Geral das Contra Ordenações, por meio do Decreto-Lei 232/1979, de 24 de julho. O referido regime unificou as contravenções e os ilícitos administrativos em geral na figura das contraordenações (itens 3 e 4 do artigo 1º do Decreto-Lei 232/1979). Ainda no ano de 1979, em face de movimento de contrarreforma, liderados por políticos e juristas, os itens 3 e 4 do artigo 1º do Decreto-Lei 232/1979 foram revogados pelo Decreto-Lei 411-A/1979, de 1º de outubro, retomando-se o regime de contravenções, que passou a operar ao lado do regime das contraordenações e do sistema penal. Este quadro perdurou até a edição do Decreto-Lei 433/1982 (já sob a égide da nova Constituição portuguesa, atualmente em vigor), que instituiu o regime geral dos ilícitos de mera ordenação social.

O relatório (exposição de motivos) do Decreto-Lei 433/1982 acolheu expressamente a distinção qualitativa entre crime e contraordenação (pela natureza dos bens jurídicos envolvidos e pela desigual ressonância ética). Mas também preconizou a utilização de um critério formal, que foi incorporado no artigo 1º do referido decreto-lei, que considerou como contraordenação “todo o facto ilícito e censurável que preencha um tipo legal no qual se comine uma coima”.

9.8 Direito penal secundário de Figueiredo Dias

Na década de 1980, antes das formulações de Silva Sánchez e de Hassemer, Figueiredo Dias já tinha constatado a tendência legislativa de ampliação dos domínios do direito penal, deixando-se “seduzir pela ideia, pernicioso mas difícil de evitar, de pôr

¹⁸³⁴ Eduardo CORREIA (Direito penal económico e europeu. Vol. I, 1998, p. 12).

o aparato das sanções criminais ao serviço dos mais diversos fins de política social”, o que levou ao aparecimento de “abundante direito penal *extravagante, acessório ou secundário*”, cuja aplicação encontrava sérias dificuldades na adaptação dos conceitos e categorias clássicas do direito penal.¹⁸³⁵

Após a Primeira Guerra Mundial, a intervenção da ordem jurídico-administrativa em Portugal já não se voltava apenas à seara administrativa, de tutela de “ordenações da administração”, mas a diversas áreas e domínios, como os de preços, proteção do ambiente, defesa da força animal.¹⁸³⁶ Este cenário foi bastante ampliado com a legislação que foi criada após a Segunda Guerra Mundial, com as exigências de controle de abastecimentos e de preços, da fiscalização do mercado de capitais, regulação do comércio exterior, tendo havido com o Decreto-Lei 41.204/1957, sobre infrações contra saúde pública e economia popular, “uma das primeiras tentativas, em nível de países europeus não socialista, de domínio do direito penal secundário através da sua codificação parcial”.¹⁸³⁷

Figueiredo Dias realiza seu estudo no campo da dogmática-jurídico penal, focando a essência e o âmbito do direito penal secundário, mas ele mesmo reconhece que “tal nível é já condicionado, num especial e apertado sentido, pelo da político-social, em particular da política criminal”, esclarecendo que não pretende questionar o intervencionismo estatal, mas apenas “desconexionar a ordem jurídico-administrativa e a ordem jurídico-penal, purificando esta de todas as infracções que não atentem contra bens jurídicos ou cujo sancionamento não exiba o carácter de necessidade que é condição justificativa da aplicação da lei penal”.¹⁸³⁸

Segundo Figueiredo Dias, de um ponto de vista jurídico-formal, “o direito penal secundário é o conjunto de normas de natureza punitiva que constituem objeto de legislação extravagante e contém, na sua generalidade, o sancionamento de ordenações de carácter administrativo”.¹⁸³⁹ O direito penal secundário, porque sanciona violação de ordenações da administração, liga a sua sorte “às controvérsias sobre o direito penal administrativo”.¹⁸⁴⁰

Pretende o autor avançar da concepção formal para uma caracterização material

¹⁸³⁵ Figueiredo DIAS (Para uma dogmática do direito penal secundário..., 2006, p. 16). Publicado originariamente em *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, ano 116 (1983-1984).

¹⁸³⁶ Figueiredo DIAS (Para uma dogmática do direito penal secundário..., 2006, p. 20).

¹⁸³⁷ Figueiredo DIAS (Para uma dogmática do direito penal secundário..., 2006, p. 21).

¹⁸³⁸ Figueiredo DIAS (Para uma dogmática do direito penal secundário..., 2006, p. 23).

¹⁸³⁹ Figueiredo DIAS (Para uma dogmática do direito penal secundário..., 2006, p. 27).

¹⁸⁴⁰ Figueiredo DIAS (Para uma dogmática do direito penal secundário..., 2006, p. 17).

do direito penal secundário, identificando a sua “essência”, não uma substância imodificável e intemporal, mas um “étimo fundante do sentido que ele assume em dado lugar e momento”.¹⁸⁴¹ Para Figueiredo Dias, a localização deste direito fora dos códigos penais não é insignificante, “é um sintoma material e historicamente fundamental do seu modo-de-ser”, sendo que as incriminações do direito penal secundário são condicionadas, em alta medida, “por exigência espaço-temporalmente bem definidas”.¹⁸⁴² Obviamente que, como apregoa Faria Costa,¹⁸⁴³ o critério formal de diferenciação é, em si mesmo, insuficiente, necessitando estar ancorado em “autênticos e verdadeiros critérios materiais de distinção”. Uma diferenciação formal assim traria um benefício de segurança na delimitação dos âmbitos de origem, mas também uma desvantagem consistente na possibilidade de que os pontos de indissociação fiquem estéreis, segundo critérios materiais. Como, em regra, o direito penal secundário utiliza de normas penais em branco, reenviando para o direito administrativo a determinação de seu conteúdo, Figueiredo Dias vai procurar a essência do direito penal secundário no direito penal administrativo.¹⁸⁴⁴

Ao contrário da maioria da doutrina, Figueiredo Dias não considera que o direito de ordenação social ou de mera ordenação ou de contraordenação seja, essencialmente, o que se denominava de direito penal administrativo até o período das guerras mundiais. O direito de ordenação social é fruto de preocupações, finalidades e problemas distintos, consubstanciando apenas em limite negativo para o direito penal administrativo, que renasce sob a face do direito penal secundário.¹⁸⁴⁵ Diz Figueiredo Dias que a proposta de Eberhard Schmidt de autonomização do direito das contraordenações não pode ser considerada o renascimento do direito penal econômico, como aduziram Mattes e Mattes. Basicamente por duas razões. Primeiro, o direito penal administrativo pode até ter sido, no Estado Liberal do século XIX, o domínio do ilícito eticamente indiferente, mas desde meados do século XX, o âmbito de aplicação do direito penal administrativo tem se alargado, incluindo tanto ilícitos eticamente relevantes quanto ilícitos eticamente indiferentes.¹⁸⁴⁶ Segundo, porque o direito penal administrativo, segundo os “principais teóricos..., em especial por E. Wolf e, entre nós, Beleza dos Santos”, aplica

¹⁸⁴¹ Figueiredo DIAS (Para uma dogmática do direito penal secundário..., 2006, p. 27).

¹⁸⁴² Figueiredo DIAS (Para uma dogmática do direito penal secundário..., 2006, p. 27).

¹⁸⁴³ José de Faria COSTA (Noções fundamentais de direito penal, 2010, p. 30).

¹⁸⁴⁴ Figueiredo DIAS (Para uma dogmática do direito penal secundário..., 2006, p. 27).

¹⁸⁴⁵ Figueiredo DIAS (Para uma dogmática do direito penal secundário..., 2006, p. 30).

¹⁸⁴⁶ Figueiredo DIAS (Para uma dogmática do direito penal secundário..., 2006, p. 31).

“verdadeiras penas” (sanção de natureza penal).¹⁸⁴⁷ Assim, Figueiredo Dias acaba introduzindo o direito penal administrativo no direito penal judicial pelo critério da identidade entre os dois ilícitos (direito penal administrativo e direito penal de justiça). Esta é a razão para Figueiredo Dias sustentar que o direito penal administrativo não é a teoria antecedente do direito de ordenação social, mas sim do direito penal secundário ou direito penal econômico.

Após considerar o direito penal administrativo como teoria antecedente do direito penal secundário, Figueiredo Dias retoma alguns fundamentos do direito penal administrativo, defendendo a específica juridicidade do direito penal administrativo, a especificidade dos bens que ele protege, e, por fim, a relativa autonomia do direito penal secundário.¹⁸⁴⁸ Relativa, porque não se separa do direito penal, apenas se reconhece a aplicação de princípios específicos.

Figueiredo Dias sustenta que, considerando que todas exigências jurídicas são “um momento infungível do corpo ético social”, inexistente “qualquer ilícito eticamente indiferente”, razão pela qual, sob esta perspectiva, não haveria diferença material entre ilícito penal e ilícito de ordenação social. Nesse prisma, a inexistência de indiferença ética, segundo o autor, reside apenas no ilícito (enquadramento normativo da conduta, já levado em conta o resultado jurídico pretendido), mas é possível diferenciar os dois ilícitos quanto às condutas praticadas (fato gerador). Enquanto no ilícito já houve a valoração legal, inclusive ética, a conduta em si praticada pode ter ou não relevância axiológica de maneira imediata. No direito penal, tanto o ilícito quanto a conduta são marcadas por desvalor ético. No direito de ordenação, enquanto o ilícito possui desvalor ético, a conduta em si não terá. Ou seja, o que é axiologicamente indiferente no direito de ordenação não é o ilícito (resultado), mas a conduta em si, divorciada da proibição legal, e que somente após conexionada com esta, passa a constituir “substrato idôneo do desvalor ético-social”.¹⁸⁴⁹ O ilícito penal administrativo, ou secundário, “é preenchido por condutas em si mesmas relevantes do ponto de vista ético-social e pertence ao direito penal; mas esta relevância ético-social, na sua tradução jurídica, cabe-lhe de um modo particular, que permite a sua (relativa) autonomização perante o direito penal clássico codificado, ou direito penal de justiça”.¹⁸⁵⁰ O direito de ordenação social

¹⁸⁴⁷ Figueiredo DIAS (Para uma dogmática do direito penal secundário..., 2006, p. 32).

¹⁸⁴⁸ Figueiredo DIAS (Para uma dogmática do direito penal secundário..., 2006, p. 39).

¹⁸⁴⁹ Figueiredo DIAS (Para uma dogmática do direito penal secundário..., 2006, p. 34).

¹⁸⁵⁰ Figueiredo DIAS (Para uma dogmática do direito penal secundário..., 2006, p. 49).

constitui, então, um limite negativo do direito penal, incluído o direito penal administrativo, que é a manifestação atual do direito penal secundário.¹⁸⁵¹

Figueiredo Dias, para justificar a distinção relativa entre direito penal clássico e direito penal secundário, acolhe expressamente a dupla função desempenhada pela personalidade do homem, no contexto material do Estado de Direito, elaborada por James Goldschmidt: “o homem realiza a sua personalidade na dupla esfera da sua actuação pessoal e da sua actuação comunitária, sem que uma se sobreponha à outra no seu relevo ou na sua validade originária; à protecção daquela se dirige o direito penal clássico (e, só nesse sentido, ‘primário’), à protecção desta o direito penal administrativo (*hoc sensu*, ‘secundário’)”.¹⁸⁵²

Figueiredo Dias¹⁸⁵³ resgata a ideia de James Goldschmidt, “segundo o qual o direito penal administrativo é iluminado por bens ideais e sem sujeito, por uma espécie de ‘bens secundários’ relativamente à ordem jurídico-penal”, bem como a perspectiva de Erik Wolf sobre a imaterialidade do dano ao bem administrativo, em face da impossibilidade de referência a uma pessoa ou a uma coisa individuais, adaptando-as a uma nova concepção material do princípio da separação dos poderes, onde a promoção do bem-estar não ficará exclusivamente a cargo da administração. E associando estas duas premissas à ideia de “socialização” do bem jurídico de K. Tiedemann, segundo a qual a protecção de direitos e de garantias individuais deixa de ser objeto exclusivo do bem jurídico, que assume feição de supra-individualidade, Figueiredo Dias¹⁸⁵⁴ defende “a distinção, na ordem dos bens jurídicos, entre aqueles que radicam imediatamente na protecção da pessoa individual e aqueles que se fundam na protecção de valores supra-individuais e, neste sentido, sociais”. O direito penal clássico tutelaria os bens jurídicos individuais, e o direito penal administrativo ou secundário protegeria os bens jurídicos sociais ou supra-individuais. É certo que até mesmo os bens jurídicos protegidos pelo direito penal, em última instância, dizem respeito a direito ou interesses do Estado e para o Estado, e, logo, supra-individuais, mas, segundo Figueiredo Dias,¹⁸⁵⁵ no direito penal administrativo agrega-se à consideração da personalidade comunitária da pessoa enquanto ser-social (que seria o “princípio essencial do direito penal administrativo”) uma valoração que toma em conta o “conteúdo de justiça social ínsito na Constituição”.

¹⁸⁵¹ Figueiredo DIAS (Para uma dogmática do direito penal secundário..., 2006, p. 36).

¹⁸⁵² Figueiredo DIAS (Para uma dogmática do direito penal secundário..., 2006, p. 50).

¹⁸⁵³ Figueiredo DIAS (Para uma dogmática do direito penal secundário..., 2006, p. 43).

¹⁸⁵⁴ Figueiredo DIAS (Para uma dogmática do direito penal secundário..., 2006, p. 44).

¹⁸⁵⁵ Figueiredo DIAS (Para uma dogmática do direito penal secundário..., 2006, p. 44).

No direito penal administrativo, a atuação da personalidade do homem somente é possível como “fenómeno social, em comunidade e em dependência recíproca dela”,¹⁸⁵⁶ tutelando, assim, “os direitos sociais e a organização econômica”. Já no direito penal de justiça, a dependência da atuação individual do homem com a sociedade não ocorre ou não é necessária.

Em face da refração jurídico-constitucional, o direito administrativo corporiza uma racionalidade não apenas pragmática e finalista, mas também de “relevância axiológica directa”, parte esta que é assimilada pelo direito administrativo penal.¹⁸⁵⁷ O direito de ordenação fica restrito à seara do direito administrativo, preenchido por normas pragmáticas, finalistas, mas axiologicamente neutras, sendo, como já afirmado, limite negativo ao direito penal. A neutralidade axiológica das condutas é o critério que separa o direito das ordenações do direito penal, incluído o direito penal secundário.

A premissa de Figueiredo Dias no sentido de que o direito penal administrativo é a teoria antecedente do direito penal secundário, não do direito das ordenações, merece alguns apontamentos. Como já foi sublinhado na seção 9.2.2, Erik Wolf considera a sanção do direito penal administrativo apenas *formalmente* uma pena (criminal), mas *materialmente* uma sanção de ordem; portanto, por este ângulo, o direito penal administrativo se afasta do direito penal de justiça, incluindo aí o direito penal secundário. Por outro aspecto, Figueiredo Dias não dá relevância ao fato de que toda a aplicação do direito penal administrativo era feita pela própria administração, não era judicializada, o que, neste aspecto, aproximaria muito mais do direito de ordenação social. Também cabe registrar que, embora apregoe que o direito penal administrativo é a base para o direito penal secundário, Figueiredo Dias utiliza o critério da indiferença ética, que caracteriza o ilícito penal administrativo, com alguns ajustes (fala em indiferença da conduta, em vez de ilícito), não para configurar o ilícito penal secundário, mas para o ilícito de ordenação, o que não deixa de ser contraditório com a premissa. O próprio Figueiredo Dias, em obra posterior, em coautoria com Costa Andrade, acaba reconhecendo que o direito penal administrativo é a chave para o direito de ordenação social, quando expressamente destaca que o problema da distinção entre direito penal e direito de mera ordenação social recebeu contributos importantes para sua solução, assentando “raízes nos esforços de Goldschmidt e Wolf e culminaram nos

¹⁸⁵⁶ Figueiredo DIAS (Para uma dogmática do direito penal secundário..., 2006, p. 46).

¹⁸⁵⁷ Figueiredo DIAS (Para uma dogmática do direito penal secundário..., 2006, p. 46).

trabalhos de E. Schmidt”¹⁸⁵⁸.

O direito penal secundário, ao contrário do que professa Figueiredo Dias, não se situa no mesmo espaço do direito penal administrativo, mas sim em um âmbito intermediário entre o direito penal clássico e o direito das ordenações. O que a doutrina do direito penal secundário veio a reconhecer foi a adequação da utilização do direito penal para proteção de direitos sociais e preceitos de organização econômica e administrativa, visto que possuem relevância ético-social, além de terem sido elevados pela Constituição a valores e direitos fundamentais.

Figueiredo Dias e Costa Andrade destacam que a distinção qualitativa entre direito penal e direito de ordenação social está sendo abandonada, prevalecendo critérios formais, tais como, “sanções, entidades competentes para sua aplicação, formas processuais”, o que significa dizer que a inclusão de uma tipificação em um ou outro domínio “passa necessariamente pelo critério – e discricionariedade – do legislador”¹⁸⁵⁹. A erosão da distinção qualitativa é fruto da mudança cultural e dos pressupostos filosóficos do direito penal ocorrida no século XX, onde se percebe a superação da concepção individualista do direito, a “consciência da historicidade dos valores jurídico-penais” e a ideia de “Estado responsável” sucessor do Estado liberal.¹⁸⁶⁰ Esta erosão, contudo, não colide com “o reconhecimento do direito de mera ordenação social como realidade juridicamente diferente, com um conjunto significativo de especificidades em relação ao direito penal”, e, como consequência, “recepção adaptada de algumas exigências fundamentais daquele direito – legalidade, culpa etc.”¹⁸⁶¹

9.9 Direito administrativo sancionador

Na Espanha, o movimento de contenção do poder sancionatório do Estado, especificamente na delimitação entre direito penal e direito administrativo, foi diferente do que ocorreu na Alemanha e Portugal. Em vez de uma lei geral sobre as infrações administrativas e suas sanções, defendeu-se a aplicação de princípios gerais do direito penal ao ramo do direito administrativo, corrente que ficou conhecida como direito administrativo sancionador. Isso porque a hipertrofia que ocorria na Espanha na metade do século XX era apenas da potestade administrativa, não de uma hipertrofia do direito

¹⁸⁵⁸ Figueiredo DIAS e Costa ANDRADE (Problemática geral das infracções ..., 2000, p. 89).

¹⁸⁵⁹ Figueiredo DIAS e Costa ANDRADE (Problemática geral das infracções ..., 2000, p. 89).

¹⁸⁶⁰ Figueiredo DIAS e Costa ANDRADE (Problemática geral das infracções ..., 2000, p. 90).

¹⁸⁶¹ Figueiredo DIAS e Costa ANDRADE (Problemática geral das infracções ..., 2000, p. 90).

penal, não tendo sido necessária a transferência de tipificação para níveis mais baixo (descriminalização).

No século XIX, o poder coercitivo da Administração era considerado inato, sem o qual não se poderia exercer as faculdades e direitos de organização social. Era um resquício da concepção do Antigo Regime. O alcade, uma autoridade simultaneamente administrativa e judicial, uma espécie de juiz de paz, era encarregado da aplicação de sanções aos indivíduos que ofendessem o sossego e a ordem pública.¹⁸⁶² Esses poderes sancionatórios foram estendidos aos chefes políticos das províncias e governadores, os quais eram superiores hierarquicamente do alcade. Até o primeiro quarto do século XX, os poderes sancionatórios ficaram no eixo alcade – governador. Com a ditadura (1923 a 1930), elevou-se este poder aos órgãos administrativos centrais, que passaram a aplicar as “sanções governativas”.¹⁸⁶³ Durante a II República (1931 a 1939), a Lei de Defesa da República de 1931 e a Lei de Ordem Pública de 1933 ampliaram a potestade sancionatória dos órgãos centrais. A partir da guerra civil (1936-1939), o sistema sancionatório salta de maneira espetacular, de forma que “praticamente todos os setores administrativos adquirem uma faculdade repressiva”, o que foi mantido no regime franquista (1939 a 1976).¹⁸⁶⁴

Com a derrubada do regime franquista, foi promulgada uma nova constituição (1978) e os novos ares democráticos e republicanos exigiram uma limitação do poder sancionatório da administração, que foi desenhada pela doutrina e pela jurisprudência dos Tribunais Superiores.

O direito administrativo sancionador, em linhas gerais, não somente reconhece o poder punitivo da administração, mas identifica a natureza deste poder ao poder punitivo do direito penal. O poder punitivo é único, é poder do Estado, possuindo várias expressões, como o direito penal e o direito administrativo sancionador.

O ponta pé inicial foi dado pelos tribunais, os quais logo entenderam que a ausência de disciplina legal sobre uma “parte geral” acerca da aplicação das sanções e a sumariedade dos preceitos não poderiam ser interpretados como “uma habilitação à administração para aplicação arbitrária e grosseira de suas faculdades repressivas”, mas sim como “uma lacuna que há de se integrar necessariamente com técnicas próprias do

¹⁸⁶² GARCÍA DE ENTERRÍA (El problema jurídico de las sanciones administrativas, 1976, p. 406).

¹⁸⁶³ GARCÍA DE ENTERRÍA e FERNÁNDEZ (Curso de derecho adm...Vol II, 1986, p. 158).

¹⁸⁶⁴ GARCÍA DE ENTERRÍA (El problema jurídico de las sanciones administrativas, 1976, p. 409).

direito penal ordinário”.¹⁸⁶⁵

García de Enterría,¹⁸⁶⁶ em texto doutrinário pioneiro sobre o tema, publicado antes da Constituição espanhola de 1978, sistematizou as inúmeras decisões judiciais acerca da aproximação do ilícito administrativo ao ilícito criminal, defendendo, assim, a unidade do *jus puniendi*, a identidade material dos ilícitos criminal e administrativo, bem como a necessidade de submissão das sanções administrativas aos princípios gerais do direito penal. Para o autor, o direito administrativo sancionador, sem exageros, era, naquela altura, “um direito repressivo pre-beccariano”, utilizava “técnicas grosseiras” de responsabilidade objetiva, de provas por presunções, de infrações não tipificadas e de procedimentos sem toque de contraditório e ampla defesa.¹⁸⁶⁷ Preconiza o autor que o princípio da legalidade, inscrito no artigo 19 da Constituição de 1931, então vigente, de onde se extrai a nulidade de qualquer pena que não esteja prevista em lei, não pode se limitar ao direito penal judicial. O direito penal e o direito administrativo sancionador “identificam-se em seus efeitos”, de maneira “substancial”, consistindo em ambos casos na “privação de bens e direitos”.¹⁸⁶⁸ A norma administrativa, ao prescrever uma infração, define também o limite da ação lícita do cidadão, é dizer, o limite de sua liberdade. Por estas razões e ainda amparado no artigo 27 da Lei do Regime Jurídico da Administração do Estado, de 1957, García de Enterría conclui que somente a lei poderá legitimar a potestade sancionatória da administração.

Esta corrente, inicialmente jurisprudencial, depois acolhida amplamente pela doutrina, foi definitivamente consagrada na Constituição espanhola de 1978. O artigo 25 da Constituição espanhola de 1978 impôs o princípio da legalidade não apenas às sanções criminais, mas também às infrações administrativas e às faltas (contravenções penais). García de Enterría vê no referido preceito constitucional uma “explícita equiparação” entre as sanções criminais e as sanções administrativas. Ademais, para o autor, o núcleo essencial das garantias processuais penais do artigo 24 da Constituição aplicam-se a todos os poderes públicos, inclusive à administração, por força do disposto no artigo 53. E em face do princípio da exclusividade da função jurisdicional (artigo 117, nº 3), que impede considerar a potestade administrativa como sendo cumulativa ou

¹⁸⁶⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA (El problema jurídico de las sanciones administrativas, 1976, p. 410).

¹⁸⁶⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA (El problema jurídico de las sanciones administrativas, 1976).

¹⁸⁶⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA (El problema jurídico de las sanciones administrativas, 1976, p. 409).

¹⁸⁶⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA (El problema jurídico de las sanciones administrativas, 1976, p. 412).

alternativa a dos juízes, conclui que “*la actuación de la Administración en el ámbito sancionatorio sólo puede legitimarse como una actuación auxiliar de la judicial estrictamente tal, ordenada al servicio pragmático de ésta y subordinada, por tanto, íntegramente a sus reglas de fondo*”.¹⁸⁶⁹ E acrescenta: “*definitivamente no existe ya ninguna posibilidad de intentar justificar unos supuestos principios sustantivos del Derecho sancionatorio administrativo, principios que nunca han logrado encontrarse y que nadie conoce, por otra parte. Esos principios del Derecho Administrativo sancionatorio son, y no pueden dejar de ser, los que se sistematizan en el Derecho Penal de aplicación judicial*”.¹⁸⁷⁰

Importa asseverar que, uma vez reconhecida a unidade do *jus puniendi*, abrem-se duas possibilidades dogmáticas. A primeira é a construção de princípios gerais do direito punitivo, a serem aplicados tanto ao direito penal quanto ao direito administrativo sancionador. A segunda consiste no aproveitamento dos princípios de direito penal, que seriam aplicados ao direito administrativo sancionador.

Seja em razão da ausência de legislação específica acerca de princípios limitadores da ação punitiva do Estado no âmbito administrativo, seja em razão do elevado refinamento teórico do direito penal na altura, a solução agasalhada pelos tribunais espanhóis e também pela doutrina foi a segunda, ou seja, a aplicação de princípios do direito penal ao direito administrativo sancionador. A pergunta que se impõe, neste momento, é saber quais princípios e garantias do direito penal são aplicáveis ao direito administrativo sancionador.

Desde sempre, reconhecem jurisprudência e doutrina, de maneira majoritária, que não são todos os princípios do direito penal que se aplicam ao direito administrativo sancionador (*tese diferenciadora*). García de Enterría,¹⁸⁷¹ em seu trabalho pioneiro, já referido, preconiza a aplicação apenas dos princípios da legalidade, da tipicidade, da prescrição e culpabilidade, e mesmo assim, com algumas variantes. É certo que se desenvolveu na doutrina espanhola uma *tese identificadora*, com bastante adesão, que apregoa a aplicação de praticamente todos os princípios e garantias do direito penal no

¹⁸⁶⁹ GARCÍA DE ENTERRÍA e FERNÁNDEZ (Curso de derecho adm...Vol II, 1986, p. 164).

¹⁸⁷⁰ GARCÍA DE ENTERRÍA e FERNÁNDEZ (Curso de derecho adm...Vol II, 1986, p. 164).

¹⁸⁷¹ GARCÍA DE ENTERRÍA (El problema jurídico de las sanciones administrativas, 1976, pp. 411-415). Pioneiro no direito espanhol. Na Itália, Guido ZANOBINI (Le sanzioni amministrative, 1924, p. 136), em obra de 1924, já afirmava que “as normas gerais do Direito Penal são aplicáveis à responsabilidade e às penas administrativas, enquanto podem ser reconduzidas a princípios jurídicos gerais e não constituem princípios especiais, justificados por razões políticas e jurídicas próprias do Direito criminal”.

direito administrativo sancionador, sob o argumento de que não existe diferença qualitativa entre os dois ilícitos e que há até sanções administrativas mais graves que algumas sanções penais.¹⁸⁷²

Embora assentada a aplicação de princípios gerais do *jus puniendi* do Estado, a realidade dos julgados dos tribunais espanhóis, como aponta Osório, “acaba por desmoralizar tal assertiva teórica, na medida em que os arrazoados e as conclusões dispositivas das decisões apontam regimes jurídicos muito variados às distintas projeções do poder sancionador do Estado”.¹⁸⁷³ A aplicação dos princípios do direito penal ao direito administrativo sancionador, como arrematam Gómez Tomillo e Sanz Rubiales, “não equivale a uma identidade plena, a intercambialidade de regras”.¹⁸⁷⁴ É dizer, aplicam os princípios do direito penal com matizes ao direito administrativo sancionador. Esta tem sido a conclusão do Tribunal Constitucional da Espanha desde as duas primeiras sentenças sobre a matéria (Sentença de 30 de janeiro de 1981 e Sentença de 08 de junho de 1981), como bem recorda García de Enterría.¹⁸⁷⁵

De fato, não é exagero concluir, como o fez Osório, que “a unidade de pretensão punitiva do Estado é uma frágil construção teórica, que se situa no campo retórico e não no mundo prático das concretas relações sociais submetidas ao crivo dos julgadores”.¹⁸⁷⁶ A divergência entre a teoria e a prática dos tribunais espanhóis já havia sido constatada por Nieto Garcia,¹⁸⁷⁷ o qual, realçando as dificuldades para se operacionalizar a adaptação ou matização dos princípios do direito penal, passou a demolir a tese da unidade do *jus puniendi*, embora reconheça o mérito de ter demandado a construção de um conjunto de direitos e garantias individuais para proteção do cidadão contra os abusos na aplicação do direito administrativo.

Nieto Garcia compreende a aplicação de sanções administrativas como materialmente uma “gestão” ou “intervenção” do poder executivo, ou seja, uma função administrativa, cuja finalidade é a proteção de interesses gerais e coletivos, valendo-se

¹⁸⁷² Esta é uma constatação de CID MOLINÉ (Garantias y sanciones, 1996, p. 132), cabendo destacar que não é esta a posição do autor, que defende uma tese diferenciadora entre os ilícitos administrativo e criminal, preconizando uma distinção das garantias das sanções em função da gravidade. Segundo o autor, a tese identificadora, que defende a aplicação das mesmas garantias ou, pelo menos, garantias semelhantes, é atualmente a corrente majoritária na Espanha.

¹⁸⁷³ OSÓRIO (Direito administrativo sancionador, 2015, p. 133).

¹⁸⁷⁴ GÓMEZ TOMILLO e SANZ RUBIALES (Derecho administrativo sancionador, 2010, p. 113).

¹⁸⁷⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA (El problema jurídico de las sanciones administrativas, 1976, p. 416).

¹⁸⁷⁶ OSÓRIO (Direito administrativo sancionador, 2015, p. 127).

¹⁸⁷⁷ Alejandro NIETO GARCIA (Derecho administrativo sancionador, 2005, pp. 96-167).

inclusive de sanções premiaias para estimular a colaboração dos particulares.¹⁸⁷⁸ Por estas razões, não se mostra adequada a transferência dos princípios gerais, tal como estão no direito penal, “inspirados exclusivamente pela obsessão das garantias individuais”,¹⁸⁷⁹ ao direito administrativo sancionador. Necessário um sistema de sancionamento administrativo construído sob as bases dos princípios de direito público, mas capazes de oferecer um rol de direitos e garantias aos cidadãos contra os abusos da administração.¹⁸⁸⁰

Não nega Nieto Garcia que os dois sistemas de responsabilidade interagem entre si. Contudo, não deve haver uma predominância do direito penal. Preconiza, então, que “a transposição normativa haverá de ocorrer nas duas direções, como um mecanismo de vasos comunicantes”, não obstante admita que a inexistência atual de princípios próprios dificulta a influência do direito administrativo sobre o direito penal.¹⁸⁸¹

9.10 A repercussão no direito brasileiro

Ainda no século XIX, Tobias Barreto, sem adentrar na questão da diferença entre ilícito penal e ilícito administrativo, defendia a ideia de que o legislador teria discricionariedade no estabelecimento dos delitos e penas. Para Tobias Barreto,¹⁸⁸² o direito de punir é um “conceito jurídico” acerca da “imposição de penas aos criminosos, aos que perturbam e ofendem, por seus atos, a ordem social”. O direito de punir tem um princípio, que é um “princípio histórico”, ou seja, “um primeiro momento na série evolucionar do sentimento que se transforma em ideia, e do fato que se transforma em direito”.¹⁸⁸³ As teorias do direito de punir erram em “procurar o fundamento racional da pena, abstratamente considerada, sem atender ao desenvolvimento histórico do seu correlato, isto é, o crime”.¹⁸⁸⁴ Investigando a evolução dos delitos, Tobias Barreto¹⁸⁸⁵ assinala dois fundamentos diferentes: para os crimes bárbaros, que chocam a sociedade, e que sempre foram assim considerados pela sociedade, ligados à luta pela própria existência humana, inerentes à vida coletiva, tais como homicídio e roubo, o

¹⁸⁷⁸ Alejandro NIETO GARCIA (Derecho administrativo sancionador, 2005, p. 96 e 167).

¹⁸⁷⁹ Alejandro NIETO GARCIA (Derecho administrativo sancionador, 2005, p. 176).

¹⁸⁸⁰ Alejandro NIETO GARCIA (Derecho administrativo sancionador, 2005, p. 28).

¹⁸⁸¹ Alejandro NIETO GARCIA (Derecho administrativo sancionador, 2005, p. 222).

¹⁸⁸² Tobias BARRETO (Algumas ideias sobre o chamado fundamento ..., 1977, p. 350).

¹⁸⁸³ Tobias BARRETO (Algumas ideias sobre o chamado fundamento ..., 1977, p. 354).

¹⁸⁸⁴ Tobias BARRETO (Algumas ideias sobre o chamado fundamento ..., 1977, p. 363).

¹⁸⁸⁵ Tobias BARRETO (Algumas ideias sobre o chamado fundamento ..., 1977, p. 364).

fundamento é a vingança; já para os crimes que surgiram depois por força de outras necessidades sociais, como os crimes de rebelião, conspiração, atentado contra a integridade do Estado, o fundamento é a legítima defesa da sociedade. Tobias Barreto¹⁸⁸⁶ constata, então, que as teorias da pena não conseguiram encobrir o “fato incontestável” de que “punir é sacrificar – sacrificar, em todo ou em parte, o indivíduo ao bem da comunhão social – sacrifício mais ou menos cruel, conforme o grau de civilização deste ou daquele povo, nesta ou naquela época dada”. Por isso, Tobias Barreto entende que a pena nada tem a ver com a ideia de direito, a pena não desfaz o ilícito, apenas se vinga do causador ou se protege em legítima defesa, e, em última instância, afirma, de certa maneira ironicamente, que o fundamento jurídico da pena somente pode ser o mesmo do “fundamento jurídico da guerra”.¹⁸⁸⁷ Conclui, assim, o autor afirmando que “o conceito da pena não é um conceito jurídico, mas um conceito político”.¹⁸⁸⁸

O direito penal administrativo, desenvolvido na Alemanha na primeira metade do século XX, não teve maiores repercussões no Brasil.¹⁸⁸⁹ A maioria dos penalistas brasileiros, dos quais se destacam Nelson Hungria,¹⁸⁹⁰ Aníbal Bruno¹⁸⁹¹ e Frederico Marques,¹⁸⁹² repudiou a transferência para o direito público (ou direito administrativo) de um setor (infrações de polícia ou contravenções) que sempre foi tratado no ordenamento brasileiro na esfera penal (fato punível abrange o crime e a contravenção), embora diferenciado do crime, seja em parte específica do CP, seja como legislação extravagante, como acabou se consolidando com a Lei de Contravenções Penais.

Para Frederico Marques, o direito penal administrativo nunca chegou a situar com precisão o seu campo próprio de aplicação, seja em relação ao objeto de regulação (existem correntes que incluem apenas as faltas administrativo-disciplinares, outras incluem também as contravenções), seja em relação ao regime jurídico (se o direito penal administrativo é direito penal ou é direito administrativo, ou ainda se é autônomo e independente, regido por princípios próprios).¹⁸⁹³

¹⁸⁸⁶ Tobias BARRETO (Algumas ideias sobre o chamado fundamento ..., 1977, p. 359).

¹⁸⁸⁷ Tobias BARRETO (Algumas ideias sobre o chamado fundamento ..., 1977, p. 367).

¹⁸⁸⁸ Tobias BARRETO (Algumas ideias sobre o chamado fundamento ..., 1977, p. 366).

¹⁸⁸⁹ Ricardo ANDREUCCI (Estudos e pareceres de direito penal, 1981, p. 126).

¹⁸⁹⁰ Nelson HUNGRIA (Comentários ao Código Penal. Vol. I. Tomo I, 1958, p. 35 e ss).

¹⁸⁹¹ Aníbal BRUNO (Direito penal. Vol. I. Tomo I, 1959, p. 14 e ss).

¹⁸⁹² Frederico MARQUES (Tratado de direito penal. Vol. I, 1964, p. 41).

¹⁸⁹³ Frederico MARQUES (Tratado de direito penal. Vol. I, 1964, p. 41).

Nelson Hungria,¹⁸⁹⁴ acolhendo a teoria quantitativa que vigorava na Europa, defendia que a ilicitude jurídica era única, e que a diferença entre ilícito penal e ilícito administrativo, era, num primeiro momento, apenas de gravidade (o ilícito administrativo é um *minus* em comparação ao ilícito penal). Mas acentuava que a diferença marcante fica por conta do regime jurídico (judicial ou administrativo) para aplicação da sanção, que é estabelecido pelo legislador, atendendo a critérios de conveniência e oportunidade.¹⁸⁹⁵ Este critério da conveniência justifica a criminalização de conduta de menor gravidade que uma infração administrativa, mantendo-a ou não esta última. Nelson Hungria destaca que apenas por metáfora se pode dizer que o cidadão tem o dever de cooperação com a administração, como se estivesse investido em função pública, de modo que as normas de direito penal administrativo são normas jurídicas também direcionadas para a tutela de um bem jurídico, não sendo apenas mera ordem de serviço.¹⁸⁹⁶

Andreucci faz alguns reparos às críticas ao direito penal administrativo, com a pretensão de reconduzi-lo “a sua sede e limites próprios”.¹⁸⁹⁷ Segundo ele, o problema não é apenas na “diferenciação entre ilícito administrativo e contravenção penal, porque a indagação já se encontra implícita nas pesquisas a respeito da distinção entre crime e contravenção”.¹⁸⁹⁸ A indagação primeira deve ser a natureza da contravenção. Andreucci defende um conceito substancial de fato punível, dotado de “noção material de ilícito penal”, abrangendo o crime e a contravenção penal, que no fundo não deixa de ser crime, é um “crime anão”, na expressão de Ferri.¹⁸⁹⁹ O ângulo correto é a diferenciação entre fato punível (crime e contravenção) e infração administrativa. Sustenta que o critério ontológico, ao contrário do que concluiu James Goldschmidt, serve para demonstrar que as contravenções são de direito penal, e não de direito administrativo. Tanto o crime quanto a contravenção são ofensas a bens jurídicos fundamentais para a vida social; ao passo que as infrações administrativas, “embora postas também em razão de bens jurídicos, porque não há norma sem referência axiológica, não os tem como fundamentais para a convivência social”.¹⁹⁰⁰ O critério quantitativo serve para diferenciar contravenção de crime. Assim, o ilícito do direito

¹⁸⁹⁴ Nelson HUNGRIA (Novas questões jurídico-penais, 1945, p. 266).

¹⁸⁹⁵ Nelson HUNGRIA (Comentários ao Código Penal. Vol. I. Tomo I, 1958, p. 38).

¹⁸⁹⁶ Nelson HUNGRIA (Comentários ao Código Penal. Vol. I. Tomo I, 1958, pp. 37-38).

¹⁸⁹⁷ Ricardo ANDREUCCI (Estudos e pareceres de direito penal, 1981, p. 132).

¹⁸⁹⁸ Ricardo ANDREUCCI (Estudos e pareceres de direito penal, 1981, p. 130).

¹⁸⁹⁹ Ricardo ANDREUCCI (Estudos e pareceres de direito penal, 1981, p. 130).

¹⁹⁰⁰ Ricardo ANDREUCCI (Estudos e pareceres de direito penal, 1981, p. 132).

administrativo penal, descartadas as contravenções, é tão somente “ilícito administrativo verdadeiro e próprio, enquanto manifestação do poder de polícia e do poder fiscal”, cuida-se de “desobediência de obrigação determinada pela administração”, que tem característica “manifestamente sancionadora”, mas não “sofrem, como no direito penal, uma reelaboração conceitual e axiológica, conferidora de natureza constitutiva”, dada a diferença ontológica entre infração administrativa e fato punível (crime e contravenção).¹⁹⁰¹ Por esta razão, acrescida da posição de supremacia da administração, os ilícitos administrativos são “informados por princípios outros que os do direito penal, eurística e funcionalmente diversos”, como o “abrandamento da reserva legal pela atenuada e fraca exigência de tipificação, culpabilidade sem os mesmos requisitos de rigorismo de elemento subjetivo, tudo caracterizado por uma nota de prevalência estatal”.¹⁹⁰²

A corrente da diferenciação formal ainda hoje é predominante. Fernandes Oliveira,¹⁹⁰³ acolhendo os ensinamentos de Adolf Merkl, acentuou a inexistência de diferença qualitativa entre crime, contravenção e ilícito administrativo, havendo apenas diferença formal no que tange ao regime jurídico aplicado a cada um, sendo que crime e contravenção são julgados pelo judiciário e o ilícito administrativo, por órgão administrativo. Não obstante, para o referido autor, a nomenclatura “pena” está reservada ao direito penal, não se confundindo com as sanções administrativas.¹⁹⁰⁴ Nesta mesma toada, Reale Júnior¹⁹⁰⁵ defende que “não há diferença estrutural”, “os ilícitos penais e administrativos no que tange à sua substância” identificam-se, pois, segundo ele, “em ambos há a defesa de bem jurídico fundamental”, havendo apenas diferença “normativa” entre os dois tipos de ilícito, “produtos de uma definição”, de sorte que a escolha da tipificação de uma conduta entre ilícito administrativo ou ilícito penal “não é senão de política legislativa, tendo em vista, primordialmente, a busca de maior eficácia social”.

Adotando critério qualitativo, D’Ávila¹⁹⁰⁶ entende que o ilícito penal protege bem jurídico dotado de consistência axiológica e exige para sua configuração um dano não insignificante, características estas que não ocorrem na infração administrativa, visto

¹⁹⁰¹ Ricardo ANDREUCCI (Estudos e pareceres de direito penal, 1981, p. 132).

¹⁹⁰² Ricardo ANDREUCCI (Estudos e pareceres de direito penal, 1981, pp. 132-133).

¹⁹⁰³ Fernandes OLIVEIRA (Infrações e sanções administrativas, 1985, pp. 6, 7, 132).

¹⁹⁰⁴ Fernandes OLIVEIRA (Infrações e sanções administrativas, 1985, p. 26).

¹⁹⁰⁵ Miguel REALE JÚNIOR (Ilícito administrativo e o 'jus puniendi' geral, 2007, pp. 93-96).

¹⁹⁰⁶ Fernando Roberto D’ÁVILA (Direito penal e direito sancionador, 2006, p. 9 e ss).

que seriam simples desobediência aos comandos administrativos.

Como prevaleceu durante muito tempo a concepção quantitativa da diferença entre os ilícitos, deixou-se bem livre o legislador para adotar um ou outro regime jurídico, o que foi utilizado de maneira exagerada e sem muito rigor, causando muitas vezes duplicidade de apuração na seara administrativa e na seara penal. Este contexto foi bastante favorável para a recepção do direito administrativo sancionador espanhol e sua pretensão de aplicação dos princípios gerais do direito penal ao direito administrativo sancionador.

Basicamente, até final da década de 1980, a aplicação de sanções administrativas era fundamentada no poder de polícia da administração, pelo qual o Estado poderia impor limitações à liberdade dos particulares, sob fundamento do princípio da predominância do interesse público sobre o particular. Ocorre que a ideia do poder de polícia, ligada a um Estado mínimo, caracterizado por obrigações de não fazer (abstenção), deixou de se impor no Estado Social, o qual deve ordenar a economia e as atividades administrativas para o fim de implementar projetos sociais. É nesse sentido que Carlos Sundfeld¹⁹⁰⁷ elabora a teoria do direito administrativo ordenador, onde a administração ordenadora substitui o conceito de poder de polícia e dispõe tanto de sanções negativas (limitações) como de sanções positivas (pagar multa e obrigações de fazer) para cumprir o seu mister. A administração ordenadora reconhece que o poder de regular originariamente os direitos é exclusivamente da lei, negando, assim, a existência de uma faculdade da administração para limitar os direitos individuais com base em parâmetros não legais, tais como a boa ordem da coisa pública, a ordem pública ou o interesse público.¹⁹⁰⁸

A doutrina do direito administrativo sancionador desenvolvida na Espanha foi acolhida, na década de 1990, largamente pela doutrina e jurisprudência brasileiras, notadamente a unidade do *jus puniendi* do Estado e a aplicação de princípios gerais do direito penal ao processo administrativo, independentemente da adoção de critério quantitativo ou de critério qualitativo para diferenciação entre ilícito penal e ilícito administrativo.¹⁹⁰⁹

Sob inspiração da corrente espanhola, o fundamento para aplicação de sanções administrativas já não é mais o poder de polícia, mas sim o direito administrativo

¹⁹⁰⁷ Carlos SUNDFELD (Direito administrativo ordenador, 1993, pp. 14-16).

¹⁹⁰⁸ Carlos SUNDFELD (Direito administrativo ordenador, 1993, pp. 17-18).

¹⁹⁰⁹ Por todos, NOBRE JÚNIOR (Sanções administrativas e princípios do direito penal, 2000).

sancionador, ramo relativamente autônomo do direito administrativo, com princípios assemelhados aos do direito penal, tudo por força da unidade do *jus puniendi*. O poder de polícia continua, porém, guardando “íntimas conexões” com o poder sancionador, pois, não raramente, assume “funcionalidades ligadas instrumentalmente à proteção cautelar de direitos”, que são resguardadas por normas proibitivas e suas sanções, contudo, o poder de polícia antecede o poder sancionador, o poder de polícia tem objetivo preventivo e acautelatório, enquanto o poder sancionador é repressivo, tem efeito aflitivo e finalidade punitiva.¹⁹¹⁰

9.11 Direito penal de duas velocidades

Na Espanha, numa linha independente do direito administrativo sancionador e numa direção de certa forma contrária ao movimento de recondução da intervenção punitiva do Estado a um “direito penal mínimo”,¹⁹¹¹ Silva Sánchez¹⁹¹² propõe uma singular reformulação do direito penal, mas, a princípio, sem diminuição das condutas tipificadas, sem despenalização, apenas delimitando segmentos no direito penal que ficariam sujeitos à aplicação diferenciada de determinados princípios do direito penal clássico.¹⁹¹³

Silva Sánchez¹⁹¹⁴ parte da constatação de que os fundamentos do direito penal clássico estão sendo abalados pela expansão do direito penal nas últimas décadas, fortemente ampliada pela globalização, e marcada pela “administrativização” do direito penal. E aponta inúmeras causas da expansão do direito penal:¹⁹¹⁵ surgimento de novos interesses e riscos a serem tutelados (interesses difusos e coletivos, como o ambiental, riscos relacionados com o progresso da técnica), a institucionalização da insegurança na sociedade pós-industrial (os riscos não podem ser neutralizados, apenas distribuídos, pelo que surge uma crescente interdependência dos indivíduos na vida social), o acréscimo da sensação social da insegurança (dificuldade de obter uma informação fidedigna em uma sociedade, retrocesso das estruturas de solidariedade tradicionais), a

¹⁹¹⁰ OSÓRIO (Direito administrativo sancionador, 2015, pp. 109-111).

¹⁹¹¹ Luigi FERRAJOLI (Derecho y razón: teoría del garantismo penal [1989], 1995, p. 10).

¹⁹¹² SILVA SÁNCHEZ (A expansão do direito penal [2002], 2013, p. 25).

¹⁹¹³ Como será visto ao final da presente seção, a doutrina de SILVA SÁNCHEZ aproxima-se do direito penal secundário (direito de duas velocidades como direito penal, diferenciado do direito penal clássico), por um lado, mas afasta-se por outro (ao contrário do direito penal secundário, para doutrina do direito penal de velocidades é irrelevante a reprovabilidade axiológica da conduta).

¹⁹¹⁴ SILVA SÁNCHEZ (A expansão do direito penal [2002], 2013, p. 156).

¹⁹¹⁵ SILVA SÁNCHEZ (A expansão do direito penal [2002], 2013, pp. 33-80).

existência de um protótipo de vítima que descarta desde logo a sua responsabilidade (expansão da imputação da responsabilidade a terceiros), a identificação da sociedade com a vítima do delito (fenômeno que compreende a instituição da pena como mecanismo de superação da vítima) e o descrédito de outras instâncias apuradoras.

A “administrativização” do direito penal reflete a utilização do direito penal para “gestão (punitiva) de riscos gerais”, em vez de reagir “*a posteriori* contra um fato lesivo individualmente delimitado”.¹⁹¹⁶ Ou seja, o direito penal está servindo como sistema de prevenção de riscos e de concretização de interesses e objetivos administrativos.

Silva Sánchez entende incompleta a diferenciação entre ilícito administrativo e ilícito criminal pautada por critérios qualitativos do direito penal administrativo de James Goldschmidt e Erik Wolf (neutralidade ética do ilícito administrativo) ou por critério meramente quantitativo. Para Silva Sánchez, “o decisivo da referida diferenciação não é (somente) a configuração do injusto, senão os critérios desde os quais se contempla, os critérios de imputação desse injusto e as garantias de diverso signo (formais e materiais) que rodeiam a imposição de sanções ao mesmo”.¹⁹¹⁷ Por isso, defende um critério teleológico, associado com critérios de imputação e lesividade: o direito penal persegue “a proteção de bens concretos em casos concretos e segue critérios de lesividade ou periculosidade concreta e de imputação individual de um injusto próprio”, enquanto o direito administrativo sancionador “persegue a ordenação, de modo geral, de setores da atividade”, não seguindo critérios de lesividade ou periculosidade concreta, não sendo “tão estrito na imputação, nem sequer na persecução (regida por critérios de oportunidade e não de legalidade)”.¹⁹¹⁸ O direito administrativo sancionador atende a considerações de afetação geral, dispensa uma “avaliação do fato específico”, não cabendo falar-se em dano ou perigo concreto de dano, mas de “dano cumulativo” ou “dano derivado da repetição”.¹⁹¹⁹

Silva Sánchez não comunga da corrente que, ante a progressiva expansão do direito penal, defende a volta ao direito penal liberal, centrado na proteção dos bens essencialmente personalistas e do patrimônio, com resguardo das garantias individuais. Para ele, o direito penal liberal, como preconizado, “nunca existiu como tal”, sendo que a rigidez das garantias formais eram apenas o “contrapeso do extraordinário rigor das

¹⁹¹⁶ SILVA SÁNCHEZ (A expansão do direito penal [2002], 2013, p. 148).

¹⁹¹⁷ SILVA SÁNCHEZ (A expansão do direito penal [2002], 2013, p. 150).

¹⁹¹⁸ SILVA SÁNCHEZ (A expansão do direito penal [2002], 2013, p. 150).

¹⁹¹⁹ SILVA SÁNCHEZ (A expansão do direito penal [2002], 2013, p. 151).

sanções imponíveis”.¹⁹²⁰ Também não comunga da corrente do direito administrativo sancionador, que pretende assimilar boa parte do fenômeno da expansão do direito penal.

Neste contexto, Silva Sánchez¹⁹²¹ defende uma divisão interna do direito penal de acordo com gravidade das sanções e com o sistema de imputação. Parte do pressuposto de que há uma relação direta entre as garantias incorporadas no sistema de imputação e a gravidade das sanções que resultam de sua aplicação. O sistema de imputação, que materializa as garantias do acusado, deve ser configurado em conformidade com as “consequências jurídicas” e a “teleologia” de cada sistema sancionatório. Por isso, de uma forma geral, Silva Sánchez assevera que nem todo sistema jurídico deve contemplar as mesmas garantias, nem todo sistema de direito sancionatório deve contemplar as mesmas garantias,¹⁹²² e, da mesma forma, “nem sequer em todo o sistema sancionatório penal há que se exigirem as mesmas garantias, pois as consequências jurídicas são substancialmente diversas”.¹⁹²³

Assim, o ponto chave da teoria de Silva Sánchez é uma gradação das regras de imputação dos princípios de garantia no próprio âmbito do direito penal, que se daria em função do modelo sancionatório concreto, em especial da aplicação ou não da pena privativa de liberdade, a que “deve realmente ser contida”, já que o problema, a rigor, não é da expansão do direito penal, mas da “expansão do direito penal da pena privativa de liberdade”.¹⁹²⁴ Assim, Silva Sánchez divide o sistema penal em três ramos ou o que denominou de velocidades: a) uma velocidade, direito penal clássico ou liberal, identificado por bens jurídicos individuais, que tutelam interesse de grande relevância social, com sanções de privação de liberdade e com aplicação de todas as garantias; b) duas velocidades, direito penal sem aplicação de prisão, onde vigora a flexibilização das garantias individuais; c) três velocidades, similar ao direito penal do inimigo, com flexibilização total das garantias do direito penal.

Tanto o direito administrativo sancionador quanto o direito penal de velocidades não pretendem contestar a delimitação legal realizada pelo legislador entre o direito administrativo e o direito penal. Estas correntes partem da legislação como está.

¹⁹²⁰ SILVA SÁNCHEZ (A expansão do direito penal [2002], 2013, p. 177).

¹⁹²¹ SILVA SÁNCHEZ (A expansão do direito penal [2002], 2013, p. 179).

¹⁹²² Esta é a posição de CID MOLINÉ (Garantias y sanciones, 1996, p. 132), que “*postula una tesis que distingue las garantías de las sanciones en función de su severidad.*”

¹⁹²³ SILVA SÁNCHEZ (A expansão do direito penal [2002], 2013, pp. 179-180).

¹⁹²⁴ SILVA SÁNCHEZ (A expansão do direito penal [2002], 2013, p. 181).

Enquanto o direito administrativo sancionador objetiva a aplicação de certos direitos e garantias ao processo administrativo, o direito penal de velocidades, sem preconizar descriminalização, almeja apenas adaptar ramos do direito penal a garantias e princípios diferenciados.

Na concepção de Silva Sánchez, os direitos e garantias do acusado a delitos de segunda velocidade serão menores que os aplicados a processo de delitos de primeira velocidade. Sem dúvida, cuida-se de “certo pragmatismo jurídico”.¹⁹²⁵ Não se trata apenas de procedimentos criminais diversos ou ritos processuais diferenciados, mas realmente um conjunto diferenciado de direitos e garantias.

Gómez Tomillo e Sanz Rubiales¹⁹²⁶ criticam o fundamento do direito penal de segunda velocidade, pois entendem que a prisão não é sempre a pena mais grave a ser aplicada; em algumas situações, a destituição do cargo e a suspensão ou inabilitação do exercício de uma profissão podem ser mais onerosa, merecendo estas sanções, “desde um ponto de vista político criminal, um nível de garantias e controles em sua imposição próximo a pena de prisão”. Ocorre que o argumento não tem consistência. Os próprios autores, quando analisam a teoria de Hassemer (que, como será visto na seção 9.12, só mantém no direito penal o que for sancionado com pena privativa de liberdade, deixando delitos de menor expressão e gravidade social para o direito de intervenção), criticam-na afirmando que seria uma volta ao direito penal de classes, pois muitas infrações seriam sancionadas com “penas mais suaves”. Dois pesos e duas medidas: ora, os autores entendem que a pena de prisão é a mais grave, ora compreendem que a pena de prisão não é a mais grave. Ademais, a equiparação entre prisão e suspensão do exercício de profissão é forçada.¹⁹²⁷ Até porque quem está preso, não pode exercer a profissão.

A dogmática penal evoluída ao longo dos séculos teve como pressuposto a pena de prisão, como sendo a pena mais grave, excetuando a pena de morte, ainda presente em alguns ordenamentos jurídicos, em excepcionais situações. Os princípios e garantias penais foram construídos sob este fundamento. Portanto, sob este enfoque, a utilização deste critério não está inadequada.

¹⁹²⁵ GÓMEZ TOMILLO e SANZ RUBIALES (Derecho administrativo sancionador, 2010, p. 60).

¹⁹²⁶ GÓMEZ TOMILLO e SANZ RUBIALES (Derecho administrativo sancionador, 2010, p. 61).

¹⁹²⁷ Ressalva deve ser feita em relação à pessoa moral (jurídica). Não existe como aplicar pena de prisão à pessoa jurídica. Então, nos sistemas jurídicos nacionais que admitem a responsabilidade penal da pessoa jurídica, a pena mais grave aplicável à pessoa jurídica é a pena de suspensão das atividades.

Silva Sánchez, por assumir inevitável a expansão do direito penal, sustenta que o direito penal deve continuar abrangendo a tutela dos novos interesses sociais, coletivos e difusos, não apenas a tutela de bens e direitos individuais e patrimoniais, não podendo prescindir tal seara da carga de desvalor ético-social do direito penal. Neste ponto, a doutrina de Silva Sánchez aproxima-se do direito penal secundário, que prescreve a criação de um sistema penal autônomo, distinto do direito penal clássico, com categorias dogmáticas semelhantes, mas não idênticas, sem aplicação de sanção de privação de liberdade, para tutela também de interesses sociais, relacionados ou não com a pauta administrativa do Estado, mas que possuem um desvalor ético-social tal qual o crime. Por outro lado, ao contrário do direito penal secundário, que pressupõe um desvalor ético da infração, para doutrina do direito penal de velocidades é irrelevante a reprovabilidade axiológica da conduta.

9.12 Direito de intervenção de Hassemer

Hassemer,¹⁹²⁸ constatando problemas teóricos com a expansão do direito penal e com as tendências legislativas de “modernização” do direito penal, que têm introduzido no campo penal tutela de novos interesses e valores não individualizados, tais como o meio ambiente e economia, vem propor a configuração do direito de intervenção, de natureza não penal, para proteger estes novos interesses, sem aplicação de pena de privação de liberdade.

Para Hassemer, o direito penal moderno tem-se afastado progressivamente dos fundamentos do direito penal clássico, chegando ao ponto de enfrentar problemas de adaptação dos conceitos e categorias clássicas do direito penal aos novos delitos introduzidos no âmbito penal, tornando-se “anacrônico, contraprodutivo”.¹⁹²⁹

A proteção dos bens jurídicos, que no direito penal clássico era um critério negativo de poder punitivo do Estado, torna-se um critério positivo de criminalização. Passa-se a criminalizar ataques a alguns bens jurídicos que concretizam interesses sociais coletivos e difusos, ou seja bens jurídicos não individuais ou bens jurídicos universais, que estão todos relacionados somente indiretamente com os cidadãos e os indivíduos, e diretamente com as instituições da sociedade ou também do Estado. A

¹⁹²⁸ HASSEMER (Características e crise do moderno direito penal [1992], 2003). O texto originário é *Kennzeichen und Krisen des modernen Strafrechts* (Zeitschrift für Rechtspolitik - ZRP, 10, 1992, p. 378 ss.).

¹⁹²⁹ HASSEMER (Características e crise do moderno direito penal [1992], 2003, p. 145).

proteção dos bens jurídicos torna-se a “proteção das instituições”.¹⁹³⁰

A prevenção, que no direito penal clássico era apenas um fim paralelo à função retributiva da justiça penal, transforma-se em paradigma dominante no direito penal moderno. O direito penal tornar-se muito mais um instrumento de defesa da política interna, voltada para o futuro, aproximando-se das funções do direito civil ou do direito administrativo, do que uma reação às lesões mais graves à liberdade dos cidadãos.¹⁹³¹

O crime de dano ou perigo concreto de dano (princípio da lesividade) deixa de ser o comportamento natural delitivo. O crime de perigo abstrato constitui a forma delitiva da modernidade. Assim, a prova do dano e da causalidade já não é mais imprescindível.¹⁹³² O princípio da subsidiariedade do direito penal clássico praticamente não existe mais, o direito penal está deixando de ser o último meio (*ultima ratio*) de solução dos problemas sociais. Em suma, a modernidade desenvolve o direito penal como “um instrumento de solução dos conflitos sociais”, o qual não se distingue mais pela sua utilidade ou pela sua gravidade dos outros instrumentos de solução dos conflitos, tornando, apesar dos seus instrumentos rigorosos, um “*soft law*”.¹⁹³³

As “estruturas tradicionais da imputabilidade e das consequências jurídicas” tornam-se “resistências”, “obstáculos”, para a funcionalização do direito penal, e, assim, as reformas pretendidas do direito penal tendem a eliminá-las.¹⁹³⁴ A política criminal que motiva o legislador tem se movido apenas no âmbito das tipificações de crimes (parte especial do direito penal), ora criminalizando, ora descriminalizando, sem nenhuma preocupação em introduzir alterações na parte geral e estrutural do direito penal, dificultando, assim, a utilização dos conceitos clássicos do direito penal, que acabam sendo deformados ou ignorados, seja na feitura da lei, seja na aplicação.

É com o objetivo de resolver estes problemas de deformação dos conceitos e categorias do direito penal clássico que Hassemer propõe a redução do direito penal a um direito penal nuclear, retirando-se “parcialmente a modernidade do direito penal”.¹⁹³⁵

Esclarece o autor que o direito penal nuclear ou básico deve abranger as lesões e perigos graves aos bens jurídicos individuais, contudo, não pode se limitar a estes bens,

¹⁹³⁰ HASSEMER (Características e crise do moderno direito penal [1992], 2003, p. 150).

¹⁹³¹ HASSEMER (Características e crise do moderno direito penal [1992], 2003, p. 151).

¹⁹³² HASSEMER (Características e crise do moderno direito penal [1992], 2003, p. 151).

¹⁹³³ HASSEMER (Características e crise do moderno direito penal [1992], 2003, p. 149).

¹⁹³⁴ HASSEMER (Direito penal libertário, 2006, p. 230).

¹⁹³⁵ HASSEMER (Características e crise do moderno direito penal [1992], 2003, p. 156).

defendendo que é preciso formular os bens jurídicos universais “do modo mais preciso possível e que é preciso funcionalizá-los pelos bens jurídicos individuais”.¹⁹³⁶ Obviamente, nem todos os bens coletivos podem ser funcionalizados pelos bens jurídicos individuais. E é neste ponto que arde a crítica de Gómez Tomillo e Sanz Rubiales,¹⁹³⁷ pela qual seria um retorno ao “direito penal de classes”, pois, segundo estes autores, apenas “ladrões” suportariam penas pesadas, enquanto os delinquentes econômicos ou contra o meio ambiente se exporiam a sanções mais leves do direito de intervenção.¹⁹³⁸

A parcela da modernidade que é retirada do direito penal passaria a ser regulada por um “direito de intervenção”, localizado entre “o direito penal e o direito dos ilícitos administrativos, entre o direito civil e o direito público”, e que “disponha de garantias e regulações processuais menos exigentes que o direito penal, mas que, para isso, inclusive, seja equipado com sanções menos intensas aos indivíduos”.¹⁹³⁹ Em outro texto, Hassemer aprofunda seu pensamento e refere-se especificamente às penas de privação de liberdade, como sendo as sanções mais graves que ficariam de fora do direito de intervenção.¹⁹⁴⁰ O novo campo do direito, o referido direito de intervenção, cumprirá uma função preventiva, e não repressiva como o direito penal, sendo que os bens jurídicos tutelados são bens universais, não individualizados, como o combate à corrupção.¹⁹⁴¹

Hassemer não aborda expressamente a delimitação entre ilícito penal e ilícito administrativo, ou mesmo entre ilícito do direito de intervenção e o ilícito administrativo. Admite que o desvalor ético-moral da conduta ou do resultado deve estar presente tanto no crime quanto no ilícito de intervenção, mas não aprofunda a questão em relação ao ilícito administrativo.¹⁹⁴² Em obra conjunta, Hassemer parece acolher o posicionamento de Muñoz Conde, responsável pelo capítulo do livro sobre

¹⁹³⁶ HASSEMER (Características e crise do moderno direito penal [1992], 2003, p. 156).

¹⁹³⁷ GÓMEZ TOMILLO e SANZ RUBIALES (Derecho administrativo sancionador, 2010, p. 55).

¹⁹³⁸ Importa lembrar a contradição dos fundamentos da crítica de GÓMEZ TOMILLO e SANZ RUBIALES. Ao analisarem a teoria de SILVA SANCHÉZ, eles entendem que a prisão não é sempre a pena mais grave a ser aplicada, havendo outras mais graves, como, por exemplo, a destituição do cargo e a suspensão ou inabilitação do exercício de uma profissão. Ao comentarem a teoria de HASSEMER, eles entendem que as sanções do direito de intervenção, que não contempla a prisão, são “penas mais suaves”. Ora a prisão não é a mais grave das sanções, ora é a mais grave.

¹⁹³⁹ HASSEMER (Características e crise do moderno direito penal [1992], 2003, p. 156).

¹⁹⁴⁰ HASSEMER (Três temas de direito penal, 1993, p. 95).

¹⁹⁴¹ HASSEMER (Três temas de direito penal, 1993, p. 96).

¹⁹⁴² Nesse sentido, RIBEIRO (Análise crítica do direito penal secundário, 2015, p. 175).

delitos contra a saúde pública na Espanha, onde afirma que tanto a hipótese normativa do crime quanto a prova exigida para a sua caracterização não podem ser exatamente iguais ao da infração administrativa, tem que estar dotado de “requisito adicional”, o de ser nocivo ao bem jurídico coletivo, e, ainda que indiretamente, para o bem jurídico individual a ele relacionado.¹⁹⁴³ Diz ainda que, se não se exige este requisito a mais, sucumbiriam vários princípios do direito penal (*ultima ratio*, intervenção mínima e proporcionalidade entre gravidade do fato e sanção). Mas nada foi mencionado sobre o ilícito de intervenção.

Hassemer deixa em aberto a quem caberia a aplicação do direito de intervenção, se seria a administração, ou se seria o judiciário. Há quem tenha vislumbrado semelhança com o direito penal administrativo de James Goldschmidt,¹⁹⁴⁴ onde a aplicação seria pela administração, com estrutura semelhante aos tribunais. Reale Júnior, que prefere a expressão direito administrativo penal, porque considera que todo direito repressivo, como o direito penal, realiza intervenção, vislumbrou que a característica fundamental do direito de intervenção é que “as infrações são administrativas e não penais, sendo julgadas por um tribunal administrativo”.¹⁹⁴⁵

Entende-se, contudo, que Hassemer, ao defender a posição do direito de intervenção entre o direito penal e o direito administrativo, e entre o direito civil e o direito público, nada mais fez que localizar o direito de intervenção na seara judicial, em área diversa da seara penal, mas com algum componente de direito público, que se afaste um pouco do direito civil. Por não constituir ramo do direito penal, o direito de intervenção distancia-se do direito penal de velocidades de Silva Sánchez ou do direito penal secundário de Figueiredo Dias. O direito de intervenção seria um direito judicial, um direito aplicado pelo judiciário, ou, melhor, um direito administrativo sancionador inteiramente judicializado. Inteiramente judicializado no sentido de que toda a sua aplicação, do início ao fim, se dá pelos órgãos do judiciário, o que é bem diferente quando o poder judiciário atua apenas como revisor dos atos administrativos. Como será demonstrado no capítulo 10, o modelo brasileiro de improbidade administrativa enquadra-se no direito de intervenção de Hassemer.

¹⁹⁴³ HASSEMER e MUÑOZ CONDE (La responsabilidad por el producto ..., 1995).

¹⁹⁴⁴ De que é exemplo RIBEIRO (Análise crítica do direito penal secundário, 2015, p. 174).

¹⁹⁴⁵ Miguel REALE JÚNIOR (Despenalização do direito penal econômico, 1999, p. 7).

10 RESPONSABILIDADE POR ATO DE IMPROBIDADE ADMINISTRATIVA: MODELO BRASILEIRO

O direito brasileiro introduziu, com a CF/1988, um sistema de responsabilidade peculiar dos governantes, consistente na improbidade administrativa, não encontrado em outros ordenamentos, pelo menos na dimensão em que ocorre no Brasil.

A improbidade administrativa não é apenas um conceito jurídico administrativo, nem apenas um conceito jurídico com assento constitucional. A improbidade administrativa é um sistema de responsabilidade jurídica, distinto da responsabilidade penal, da responsabilidade civil e da responsabilidade administrativa, demandando ação judicial específica, com sanções diferenciadas e com rito processual exclusivo. Por isso, não se entende acertado compreender que a legislação sobre improbidade administrativa, especialmente a Lei 8.429/1992, seja apenas um código geral de conduta dos agentes públicos, como faz parte da doutrina.¹⁹⁴⁶

A CF/1988 estabelece, no § 4º do artigo 37, que “os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”. No inciso V do artigo 15, dispõe que é vedada a cassação de direitos políticos, cuja perda ou suspensão poderá ocorrer no caso de improbidade administrativa. O inciso III do § 10 do artigo 97 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, incluído pela Emenda Constitucional nº 62/2009, prescreveu que “o chefe do Poder Executivo responderá na forma da legislação de responsabilidade fiscal e de improbidade administrativa”.

Percebe-se, pelos três únicos dispositivos com referência à “improbidade administrativa”, que a CF/1988 impõe a feitura de uma legislação para tratar de uma responsabilidade específica dos governantes, responsabilidade por ato de improbidade administrativa, que não se confunde com a responsabilidade penal, pois, ela mesma aponta que a nova responsabilidade seria instituída, “sem prejuízo da ação penal cabível”.¹⁹⁴⁷

¹⁹⁴⁶ OSÓRIO (Teoria da improbidade administrativa, 2010, p. 14), por exemplo, qualifica a Lei 8.429/1992 como “Código Geral de Conduta de todos os agentes públicos brasileiros”.

¹⁹⁴⁷ Além das três referências à “improbidade administrativa”, que dizem respeito a este novo sistema de responsabilidade do governante, a CF/1988 mencionou termos próximos (“probidade

As sanções previstas para este sistema de responsabilidade são bem severas, muito rigorosas, e bastante diversificadas. A perda dos direitos políticos não tem apenas natureza jurídica, tem também essência política, pois afeta diretamente o exercício das atribuições no âmbito da esfera política. A perda da função pública, num primeiro momento, tangencia a natureza jurídico-administrativa. Cuidando-se de cargo eletivo, a perda tem, sem sombras de dúvida, carácter político. Proibição de contratar com o poder público ou receber benefícios fiscais ou creditícios é sanção jurídico-administrativa. Há ainda multa civil e ressarcimento ao erário, que nitidamente têm cunho civil.

A pergunta que se impõe é se este modelo brasileiro de improbidade administrativa veio a contribuir para um melhor relacionamento entre os sistemas de responsabilidade ou constitui apenas mais um fator de complexidade na difícil conexão entre eles.

Examina-se, de início, a evolução doutrinária do princípio da moralidade administrativa e, na sequência, anotam-se os precedentes legislativos, para compreender o estado da arte no momento em que a improbidade administrativa foi contemplada pela CF/1988.

Para compreender em que lugar se situa a improbidade administrativa, torna-se fundamental verificar o enquadramento da improbidade administrativa em algumas das teorias sobre a delimitação entre o ilícito administrativo e o ilícito penal (objeto de análise no capítulo 9) ou mesmo estabelecer um novo padrão de sistema de responsabilidade.

administrativa”, “probidade na administração”, “moralidade administrativa” ou simplesmente “moralidade”), que assumem sentido ora de bem jurídico ora de princípio administrativo: a) no que tange ao sistema eleitoral, determinou, no artigo 14, § 9º (redação dada pela Emenda Constitucional de Revisão nº 4, de 1994), que “Lei complementar estabelecerá outros casos de inelegibilidade e os prazos de sua cessação, a fim de proteger a *probidade administrativa*, a *moralidade* para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta”; b) no artigo 85, inciso V, definiu como crime de responsabilidade (infração político-administrativa, como é mais adequado denominar), a “*probidade na administração*”; c) no artigo 5º, inciso LXXIII, como garantia individual, prescreveu que “qualquer cidadão é parte legítima para propor ação popular que vise a anular ato lesivo ao patrimônio público ou de entidade de que o Estado participe, à *moralidade administrativa*, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, ficando o autor, salvo comprovada má-fé, isento de custas judiciais e do ônus da sucumbência”; d) como princípio da administração pública, seja na redação originária, seja na redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998: “Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, *moralidade*, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte (...)”.

10.1 Princípio da moralidade administrativa

O Estado moderno, calcado em bases ideais e políticas, separou a Igreja do Estado, e, por consequência, a Política se descartou da Ética e o Direito desapegou-se da Moral, distância esta que foi reforçada pelo liberalismo e utilitarismo. O liberalismo deu mais ênfase à forma que o conteúdo dos comportamentos estatais, não questionando a Moral da sociedade, adotando uma única Moral, a Moral do Estado. O utilitarismo, baseado na concepção liberal do Estado de Direito, preconizou a prevalência do interesse individual, adotando uma ideia de ética do interesse do particular. Com o advento do Estado Social de Direito, o interesse individual foi substituído pelo interesse coletivo, mantendo-se, contudo, inicialmente, os mesmos padrões de distância entre Moral e Direito, mantendo-se a Moral fundada nos objetivos do Estado e independente da sociedade. No Estado de Direito Democrático, nota-se uma inflexão nesta evolução entre Direito e Moral, fazendo com que “a Ética passasse a comungar com os padrões políticos a serem adotados e a Moral, a integrar o Direito, tornando-se jurídicas normas anteriormente sediadas apenas no campo moral”.¹⁹⁴⁸ No Estado de Direito Democrático, o fundamento de seus princípios vetores é a legitimidade, que necessariamente assenta-se em padrões morais da sociedade. A questão principal passa a ser qual a Moral que integra o sistema jurídico, e que é a base de sua legitimação.

Após adentrar no campo da legitimidade das normas jurídicas e permanecer inerte por um bom tempo, sem produzir grandes efeitos concretos e coercitivos, dada a ausência de objetividade e precisão dos padrões, vê-se uma tendência de moralização do Direito, onde as normas morais ganham objetividade, precisão e, enfim, eficácia jurídica.¹⁹⁴⁹

A superação do distanciamento entre Moral e Direito ocorreu inicialmente no direito privado, onde foram sendo estabelecidos limites jurídicos para a autonomia da vontade nas relações privadas, fundados em valores morais. A doutrina do exercício abusivo dos direitos representou, neste contexto, “a primeira intromissão da regra moral na esfera do jurídico”,¹⁹⁵⁰ a partir da qual foram sendo construídos outros institutos civilistas, tais como o não-locupletamento à custa alheia e a doutrina da obrigação natural.

¹⁹⁴⁸ Cármen Lúcia ROCHA (Princípios constitucionais da administração pública, 1994, p. 180).

¹⁹⁴⁹ Georges RIPERT (A regra moral nas obrigações civis [1925], 2000, p. 50 e 124).

¹⁹⁵⁰ Antonio BRANDÃO (Moralidade administrativa, 1951, p. 456).

No campo do direito público, a moralidade administrativa nasce do princípio da legalidade como construção doutrinária e jurisprudencial, onde se agregou a legitimidade do Direito, a partir de uma figura semelhante ao instituto civil do abuso do direito, qual seja, o abuso de poder. Depois, paulatinamente, ela foi sendo incorporada em normas jurídicas, sendo até considerada, em alguns ordenamentos jurídicos, como no Brasil, princípio da administração, e, posteriormente sendo reconhecida expressamente pelo constituinte derivado como princípio constitucional da administração.

Hauriou foi pioneiro na construção da categoria dogmática da moralidade administrativa. Em 1914, em seu célebre livro “*Précis de Droit Administratif et Droit Public*”, faz referência à moralidade administrativa, cuja ofensa seria fundamento para o recurso judicial baseado no desvio de poder, na hipótese de a administração praticar um ato com finalidade diversa da prevista na norma jurídica, embora revestido das demais formalidades legais.¹⁹⁵¹ Assim, os atos administrativos deverão observar tanto a legalidade quanto a moralidade administrativa. A moralidade administrativa reuniria, assim, padrões de uma boa administração, que, de forma objetiva, atendesse ao interesse público.¹⁹⁵² Na 7ª edição de seu livro, em 1917, Hauriou acrescentou à moralidade administrativa as ideias de moral jurídica e de natureza disciplinar do recurso judicial, como bem resgatou Antonio Brandão: “com o recurso por desvio de poder, que possui a natureza de uma ‘ação disciplinar’, ultrapassa-se o ponto de vista da legalidade estrita, pois, com êle, sanciona-se uma ‘moral jurídica’”.¹⁹⁵³ Somente na edição de 1919, Hauriou apresentou contornos mais nítidos da moralidade administrativa, afirmando que representa “o sentimento interior que tem a própria administração de sua função, dos deveres de sua função e da maneira pela qual deve subordinar o seu poder à sua função”,¹⁹⁵⁴ que estão materializados em “regras interiores”, não em “regras exteriores da lei”.¹⁹⁵⁵ Esclarece ainda que o recurso de desvio de poder não pressupõe, como o recurso de violação da lei, uma ofensa a um texto determinado da lei, mas “uma violação do espírito geral da lei que é aquilo que os administradores devem agir para o

¹⁹⁵¹ Maurice HAURIOU (Précis de Droit Administratif et Droit Public, 1914, p. 460).

¹⁹⁵² Maurice HAURIOU, em anotações ao caso Gommel, datadas de 1917, publicadas em 1930 (*La jurisprudence administrative de 1892 à 1929 - D’après les notes d’arrêts du ‘Recueil Sirey’, Nouveau tirage, réunie et classée par André Hauriou. Paris: Sirey, 1930, Tome III, p. 5*), refere-se novamente à moralidade administrativa, mas sem adicionar outros qualificativos além de traduzir princípios basilares da boa administração, como bem aponta Antonio BRANDÃO (Moralidade administrativa, 1951, p. 457).

¹⁹⁵³ Antonio BRANDÃO (Moralidade administrativa, 1951, p. 457).

¹⁹⁵⁴ Maurice HAURIOU (Précis de Droit Administratif et Droit Public, 1919, pp. 501-502).

¹⁹⁵⁵ Maurice HAURIOU (Précis de Droit Administratif et Droit Public, 1919, p. 508).

bem do serviço”.¹⁹⁵⁶ Na 10ª edição, de 1921, Hauriou foi ainda mais preciso e sucinto, conceituando moralidade administrativa como um “conjunto de regras de conduta tiradas da disciplina interior da Administração”.¹⁹⁵⁷

Assim, até este momento, a moralidade administrativa era entendida como normas de condutas, anteriores às leis do Estado, extraídas da dinâmica institucional da administração na forma de diretriz objetiva, com vistas à obtenção de uma boa administração. Pelo fato de Hauriou circunscrever as normas da moralidade administrativa no interior da administração, Cármen Rocha¹⁹⁵⁸ compreendeu que a moralidade administrativa seria, “diversa, pois, do conceito de moral comum”. Contudo, entende-se que a opção entre o bem e o mal também está inserido desde o início na concepção de moralidade administrativa de Hauriou, haja vista que as normas de condutas tinham um objetivo específico que era alcançar uma “boa administração” (em vez de má administração) ou o “bem do serviço” (em vez de prejuízo ao serviço). Na 11ª edição, de 1923, Hauriou¹⁹⁵⁹ especificou mais este fundamento, ao sustentar que a administração, ao tomar decisões, deverá decidir não apenas entre o ilícito e o lícito (legalidade), mas também, em razão da moralidade administrativa, entre “digno e indigno”, entre “honroso e desonroso”, ou seja, optando, assim, por condutas que satisfaçam a “moral jurídica”. Em razão disso, a moralidade administrativa é, como diz o próprio Hauriou,¹⁹⁶⁰ mais exigente que a legalidade; ou, nas palavras de Antonio Brandão,¹⁹⁶¹ “a noção de moralidade administrativa é, assim, mais ampla do que a noção de legalidade jurídica”, pois, “as exigências da moralidade são mais fortes que as exigências da legalidade jurídica”.

A atividade administrativa não se contenta com a conformação jurídico-legal, deve também ser “irrepreensível do ponto de vista moral”, escolhendo o primeiro entre “honesto e desonesto”.¹⁹⁶²

A concepção de Hauriou não encontrou de imediato ressonância na doutrina

¹⁹⁵⁶ Maurice HAURIU (Précis de Droit Administratif et Droit Public, 1919, p. 510).

¹⁹⁵⁷ Antonio BRANDÃO (Moralidade administrativa, 1951, p. 457). O trecho referido consta da página 424 da 10ª edição do livro de Maurice HAURIU. Constata o doutrinador português que, nas edições que se seguiram à 10ª edição, Maurice HAURIU substituiu *disciplina interior* por *disciplina interna da Administração*.

¹⁹⁵⁸ Cármen Lúcia ROCHA (Princípios constitucionais da administração pública, 1994, p. 180).

¹⁹⁵⁹ Maurice HAURIU (Précis de Droit Administratif et Droit Public, 1923, p. 347).

¹⁹⁶⁰ Maurice HAURIU (Précis de Droit Administratif et Droit Public, 1923, p. 347).

¹⁹⁶¹ Antonio BRANDÃO (Moralidade administrativa, 1951, p. 458).

¹⁹⁶² Antonio BRANDÃO (Moralidade administrativa, 1951, p. 457).

francesa. Uma das razões, apontada por Antonio Brandão,¹⁹⁶³ foi que naquela dominavam as teorias com base positivista, como a de Duguit, que tinha maior consagração no âmbito do direito público, havendo pouca abertura para ideias não positivistas como as de moralidade administrativa. Coube aos discípulos de Hauriou continuar a construção deste conceito.

Georges Renard (*“Théorie de l’Institution: Essai d’Ontologie Juridique”*, 1930), primeiro discípulo de Hauriou, manteve a fundamentação da doutrina do desvio de poder na moralidade administrativa, em vez da legalidade, e dedicou mais a fundo à teoria da instituição.

Welter (*“Le contrôle juridictionnel de la moralité administrative”*, 1930), discípulo de Renard, como resgata Antonio Brandão,¹⁹⁶⁴ preconizou, na linha do ensinamento de Hauriou, que a moralidade administrativa não se confunde com a moralidade comum, sendo composta por regras finais e disciplinares da boa administração, que permitem ao agente público distinguir entre o bem e o mal, guiando-se pela ideia geral da administração e pela ideia geral da função administrativa. Welter teve o mérito de tornar mais clara a noção de moralidade administrativa, ao associá-la à função administrativa e ao classificar suas normas como disciplinares. A administração que deve ser boa é a gestão administrativa, não a administração enquanto entidade pública, requerendo dos agentes públicos um senso moral para o uso com retidão dos poderes jurídicos e meios técnicos, sem violação da ordem institucional da administração.

Por seu turno, Lacharrière (*“Contrôle hiérarchique de l’administration dans la forme juridictionnelle”*, 1938) afirmou, conforme histórico trazido por Antonio Brandão,¹⁹⁶⁵ que a moralidade administrativa, enquanto conjunto de normas de boa administração, é composta tanto por regras técnicas quanto por regras de moral comum, que, conjugadas, geram uma moralidade diferenciada da moral comum. Fica claro que Lacharrière adotou a concepção de moral de Henri Bergson.

Segundo Henri Bergson,¹⁹⁶⁶ a moral compreende duas partes distintas. A primeira consiste na “moral aberta”, que representa a pressão que os indivíduos exercem sobre os outros, de maneira indireta, por meio de um sistema preconfigurado de hábitos; cuida-se de instinto individual, preparado pela natureza, e tem sua “razão de ser na estrutura da

¹⁹⁶³ Antonio BRANDÃO (Moralidade administrativa, 1951, p. 458).

¹⁹⁶⁴ Antonio BRANDÃO (Moralidade administrativa, 1951, p. 459).

¹⁹⁶⁵ Antonio BRANDÃO (Moralidade administrativa, 1951, p. 460).

¹⁹⁶⁶ Henri BERGSON (Les deux sources de la morale et de la religion [1932], 1948, pp. 30-32)

sociedade humana”.¹⁹⁶⁷ A segunda, a “moral fechada”, fundamenta-se no princípio explicativo desta estrutura, trata-se de um instinto social, mas articulada com a moral aberta (ou comum), cuidando-se de uma “força de aspiração”, um componente psicológico da própria natureza humana para se conseguir uma vida saudável em sociedade.¹⁹⁶⁸ Diz ainda Henri Bergson que há outra diferença entre a moral aberta e a moral fechada, agora no que tange ao movimento: a primeira é imutável e mais fácil de formulá-la, ao passo que a segunda é variável no tempo, e, assim, mais difícil de conceituá-la.¹⁹⁶⁹

Com estas bases filosóficas, Lacharrière compreende a moralidade administrativa como um sistema de normas de “moral fechada”, de índole social, construído a partir da aplicação espontânea pela administração de regras de natureza técnica, que sofrem influência de regras de moral comum. E diz ainda que, dada a natureza disciplinar, pois regula a disciplina interna da administração, a fiscalização somente ocorrerá internamente na própria administração.

Antonio Brandão assenta que Welter e Lacharrière apenas exprimiram melhor o que Hauriou já tinha deixado latente: “a ideia de honestidade profissional dos administradores, a qual reclama destes não só uma atividade moralmente admissível, mas também respeitadora da especialização institucional de cada organização ou serviço”.¹⁹⁷⁰

Enquanto não positivada pelo legislador a moralidade administrativa, pode-se entender, com Antonio Brandão,¹⁹⁷¹ que “ela funciona como um pressuposto da aplicação das leis administrativas do mesmo modo que a Moral funciona como pressuposto do Direito”; ela exige, na aplicação da lei, não apenas a satisfação da finalidade pública, não apenas a observância da legalidade estrita, mas também o cumprimento de princípios morais consagrados na sociedade, tais como o da honestidade, o de não prejudicar o outro e o de dar a cada um o que lhe pertence.

A partir da consagração da moralidade administrativa nas leis positivas, alçando a condição de direito objetivo, há quem entenda, como Marcello Caetano,¹⁹⁷² que a

¹⁹⁶⁷ Henri BERGSON (Les deux sources de la morale et de la religion [1932], 1948, p. 30).

¹⁹⁶⁸ Henri BERGSON (Les deux sources de la morale et de la religion [1932], 1948, p. 18).

¹⁹⁶⁹ Henri BERGSON (Les deux sources de la morale et de la religion [1932], 1948, p. 32).

¹⁹⁷⁰ Antonio BRANDÃO (Moralidade administrativa, 1951, p. 460).

¹⁹⁷¹ Antonio BRANDÃO (Moralidade administrativa, 1951, p. 460).

¹⁹⁷² Marcello CAETANO (Manual de direito administrativo. Vol. I [1997], 2005, p. 510), ao se referir à moralidade administrativa de Maurice HAURIOU, diz que “esta doutrina, porém, está abandonada considerando-se que a moralidade está acautelada pela lei e nos termos por esta

doutrina de Hauriou foi abandonada. Somente no sentido de como será realizado o controle dos atos administrativos ofensivos à moralidade administrativa é adequada a observação de Marcello Caetano. De fato, nesse sentido, se as normas de moralidade administrativa são agora leis, o controle não precisa se fundamentar em desvio de poder, basta o recurso de violação à lei (vício de legalidade). Ocorre que nem todas as normas de moralidade são recepcionadas pela lei. E mesmo as acolhidas, não o são na mesma medida em que a doutrina apregoa. De forma que persiste uma boa dose de subjetividade na identificação do conteúdo das normas positivas de moralidade administrativa, especialmente quando a moralidade administrativa consubstancia princípio da administração, cujos efeitos são irradiados de maneira difusa a toda legislação administrativa. Toda a base material da doutrina da moralidade administrativa continua em pleno vigor.

Cármen Rocha, mesmo após ser positivado no Brasil, entende a moralidade administrativa nas bases teóricas de Hauriou e seus seguidores. Diz a autora que “a moralidade administrativa é o princípio segundo o qual o Estado define o desempenho da função administrativa segundo uma ordem ética acordada com os valores sociais prevalentes e voltada à realização de seus fins. Esta moral institucional, consoante aos parâmetros sociais submete o administrador público”.¹⁹⁷³ Já Silvia Di Pietro entende que há “uma moral institucional, contida na lei, imposta pelo Poder Judiciário, e há a moral administrativa”, ainda no sentido de Hauriou, como aquela imposta de dentro do ambiente institucional, vigorando no próprio ambiente institucional, e condiciona a utilização de qualquer poder jurídico, mesmo o discricionário.¹⁹⁷⁴ O princípio da moralidade exige da administração e do administrado que com ela se relacione a observância das regras de boa administração e atendimento aos valores morais de boa-fé, lealdade, honestidade, justiça e equidade.¹⁹⁷⁵

Como princípio, a moralidade administrativa tem “uma primazia sobre os outros princípios constitucionalmente formulados, por constituir-se, em sua exigência, de elemento interno a fornecer a substância válida do comportamento público”.¹⁹⁷⁶

É claro que, no século XX, a moralidade administrativa é não só princípio da administração, não só como direito objetivo, é também “uma dos baluartes da confiança

estabelecidos”.

¹⁹⁷³ Cármen Lúcia ROCHA (Princípios constitucionais da administração pública, 1994, p. 192).

¹⁹⁷⁴ DI PIETRO (Direito administrativo, 2014, p. 78).

¹⁹⁷⁵ DI PIETRO (Direito administrativo, 2014, p. 79 e 901).

¹⁹⁷⁶ Cármen Lúcia ROCHA (Princípios constitucionais da administração pública, 1994, p. 213).

do povo no próprio Estado”, cuida-se também de direito subjetivo do cidadão: “todo cidadão tem direito ao governo honesto”.¹⁹⁷⁷

10.2 Evolução legislativa da tutela da probidade administrativa

Antes do surgimento da doutrina da moralidade administrativa de Hauriou, as primeiras constituições brasileiras e as leis que a sucederam já mencionavam o dever de probidade do agente público. Moralidade e probidade, atualmente no direito brasileiro, “como princípios, significam praticamente a mesma coisa, embora algumas leis façam referência às duas separadamente”.¹⁹⁷⁸

A preocupação com o dever de probidade no exercício da Presidência da República sempre esteve presente nos debates constituintes no período republicano brasileiro.¹⁹⁷⁹ Desde a primeira Constituição republicana (1891) até a Constituição atual (1988), os atos atentatórios contra a “probidade na Administração” foram previstos como hipótese para o *impeachment* do Presidente da República.¹⁹⁸⁰

Como já foi abordado na seção 8.6.3, a regulamentação do artigo 54, nº 6, da Constituição de 1891 ocorreu com o Decreto 27/1892 (lei sobre o processo e julgamento do Presidente da República e dos ministros de Estado nos crimes comuns) e o Decreto 30/1892 (“lei sobre os crimes de responsabilidade do Presidente da República”).¹⁹⁸¹ Posteriormente, já sob a égide da Constituição de 1946, foi promulgada a Lei 1.079/1950, até hoje vigente, que prescreve no artigo 9º os atentados contra a probidade na administração geradores do *impeachment*.

Na perspectiva de todas as constituições republicanas, inclusive a de 1988, os atentados contra a probidade administrativa não se consubstanciam ilícito próprio, mas apenas hipótese de *impeachment*. Percebe-se ainda que o legislador ordinário, ao disciplinar as hipóteses de *impeachment*, considerou não apenas condutas com substrato

¹⁹⁷⁷ Cármen Lúcia ROCHA (Princípios constitucionais da administração pública, 1994, p. 190).

¹⁹⁷⁸ DI PIETRO (Direito administrativo, 2014, p. 901).

¹⁹⁷⁹ O mesmo não pode ser dito quanto à legislação ordinária, que, como bem apontou FAZZIO JÚNIOR (Improbidade administrativa, 2014, p. 3), desenvolveu-se com “insuperável lentidão”.

¹⁹⁸⁰ Constituição de 1891 (art. 54, nº 6, “probidade da administração”); Constituição de 1934 (art. 57, f, “probidade da administração”); Constituição de 1937 (art. 85, d, “probidade administrativa e a guarda e emprego dos dinheiros público”); Constituição de 1946 (art. 89, V, “probidade da administração”); Constituição de 1967 (art. 84, V, “probidade da administração”); Emenda Constitucional nº 1/69 (art. 82, V, “probidade da administração”); e Constituição de 1988 (art. 85, V, “probidade da administração”). Cumpre anotar que na Constituição Imperial de 1824 só havia menção à “probidade” como qualidade necessária para uma pessoa ser membro dos Conselhos Gerais de Província (art. 75).

¹⁹⁸¹ Os artigos 37 ao 48 do Decreto 30/1892 descrevem os atos atentatórios à probidade da administração.

econômico de descumprimento do dever de probidade, como também condutas caracterizadas exclusivamente pelo conteúdo de moralidade (administrativa), sem repercussão patrimonial, como se observa do número 7º do artigo 9º da Lei 1.079/1950, “proceder de modo incompatível com a dignidade, a honra e o decôro do cargo”.

Ao lado do enfoque político-jurídico, o dever de probidade era tutelado por algumas normas criminais, desde o Código Criminal do Império (Lei de 16 de dezembro de 1830),¹⁹⁸² passando pelo CP republicano (Decreto 847/1890),¹⁹⁸³ Consolidação das Leis Penais (Decreto-Lei 22.213/1932),¹⁹⁸⁴ e, por fim, pelo CP brasileiro vigente (Decreto-Lei 2.848/1940),¹⁹⁸⁵ sendo que quase a totalidade dos delitos funcionais (como peculato, concussão, corrupção passiva e prevaricação) tem repercussão patrimonial. Indiretamente, o dever de probidade poderia ser também tutelado por ação cível de reparação dos danos causados pelo agente público, com fundamento no CC de 1916.^{1986 1987}

Como princípio da administração, somente com o Decreto 19.398/1930, que instituiu o governo provisório, sob a presidência de Getúlio Vargas, após a Revolução

¹⁹⁸² No Título V (“Dos crimes contra a boa Ordem e Administração Pública”), Capítulo I (“Prevaricações, abusos e omissões dos empregados públicos”) constam prevaricação (art. 129), peita (art. 130), suborno (art. 133), concussão (art. 135), excesso ou abuso de autoridade (arts. 137 a 152), falta de exação no cumprimento dos deveres (art. 153 a 165) e irregularidade de conduta (art. 166). E no Título VI (Dos crimes contra o Tesouro Público e a propriedade pública), constou o crime de peculato (arts. 170 a 172).

¹⁹⁸³ No Título VI (“Dos crimes contra a boa ordem e administração pública”): prevaricação (artigos 207 a 208), falta de exação no cumprimento de dever (artigos 210 a 213), peita ou suborno (artigos 214 a 218), concussão (artigos 219 a 220), peculato (artigos 221 a 223), excesso ou abuso de autoridade e usurpação de funções públicas (artigos 224 a 237) e irregularidade de comportamento (artigo 238).

¹⁹⁸⁴ Foi aprovado e adotado como Consolidação das Leis Penais o trabalho do Desembargador Vicente Piragibe intitulado Código Penal Brasileiro, complementado com as leis modificadoras então em vigor, que a este acompanham, subscrito pelo ministro da Justiça. A Consolidação objetivou reunir num único documento as normas do CP e as normas penais de leis esparsas. Não teve o condão de revogar dispositivo algum da legislação penal em vigor, no caso de incompatibilidade entre os textos respectivos.

¹⁹⁸⁵ No Título XI (Dos crimes contra a administração pública), Capítulo I (Dos crimes praticados por funcionários públicos contra a administração em geral): peculato (arts. 312 a 313), extravio, sonegação ou inutilização de livro ou documento (art. 314), emprego irregular de verbas ou rendas públicas (art. 315), concussão e excesso de exação (art. 316), corrupção passiva (art. 317), facilitação de contrabando ou descaminho (art. 318), prevaricação (art. 319), condescendência criminosa (art. 320), advocacia administrativa (art. 321), abandono de função (art. 323), exercício funcional ilegalmente antecipado ou prolongado (art. 324), violação de sigilo funcional (art. 325), violação de sigilo de proposta de concorrência (art. 326).

¹⁹⁸⁶ CC/1937, artigos 1.518, 1.523 e 1.525.

¹⁹⁸⁷ Cabe lembrar que o CP de 1940, no Cap. I do Título XI, prescreve os crimes contra a Administração Pública, incluindo tanto os de malversação dos dinheiros públicos (peculato, excesso de exação, emprêgo irregular de verbas ou rendas públicas), como os de improbidade funcional (concussão, corrupção passiva, advocacia administrativa e prevaricação). Constitui efeito da condenação criminal a perda, em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé, do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do ato criminoso.

de 1930, foi positivado o princípio da moralidade administrativa (art. 7º), de maneira até contraditória, pois, segundo artigo 5º, ficaram “suspensas as garantias constitucionais e excluída a apreciação judicial dos atos do governo provisório ou dos interventores federais”.

A Constituição Federal de 1946, diante da ineficácia das diversas sanções contra o descumprimento do dever de probidade (penais, disciplinares, cíveis e político-jurídico)¹⁹⁸⁸ na promoção da integridade da administração, especialmente no período da ditadura de Getúlio Vargas (1937-1945), previu a necessidade de um procedimento especial quando o descumprimento do dever de probidade gera enriquecimento ilícito do servidor público, sem repercussão patrimonial direta para a administração. No artigo 141, § 31, determinou-se que “a lei disporá sobre o sequestro e o perdimento de bens, no caso de enriquecimento ilícito, por influência ou com abuso de cargo ou função pública, ou de emprego em entidade autárquica”.¹⁹⁸⁹

Para concretização do referido preceito constitucional, foi publicada a Lei 3.164/1957, conhecida como Lei Pitombo-Godói Ilha, que estabeleceu que a ação judicial para sequestro e perdimento de bens tramitaria no juízo cível, por iniciativa de qualquer pessoa do povo ou do Ministério Público,¹⁹⁹⁰ sem prejuízo da responsabilidade criminal. Disse ainda que a extinção da ação penal ou a absolvição de crimes funcionais de que resulte locupletamento ilícito não excluirá a incorporação à Fazenda Pública dos bens que tiverem sua aquisição reconhecida como ilegítima pelo juízo cível. Criou ainda a exigência de que todo servidor, ao assumir o cargo e posteriormente a cada dois anos, apresente declaração de bens e valores particulares, que será depositado em registro público no setor de pessoal do órgão público. O sistema de declaração periódica de bens e rendas do patrimônio privado das pessoas que exercem cargos ou funções públicas, eletivos ou não, “conquanto não seja forma específica de sanção do enriquecimento ilícito dos servidores públicos”, tem inquestionável eficácia como “medida impeditiva de desvios éticos dessa espécie”, ao criar “dever de explicar” a origem dos bens e rendas

¹⁹⁸⁸ Como aponta Bilac PINTO (Enriquecimento ilícito no exercício de cargos públicos, 1960, p. 106 e 109), “pressuposto da norma constitucional é o de que as sanções legais existentes não têm sido capazes de exercer função intimidativa ou repressiva da corrupção”, referindo-se expressamente às sanções “tradicionalmente classificadas como administrativas, penais e civis”. O registro público dos bens e rendas dos servidores públicos foi uma das recomendações do Presidente Truman ao Congresso Americano, quando dos diversos escândalos da administração federal norte-americana.

¹⁹⁸⁹ O sequestro de bens de pessoa indiciada por crimes de que resulte prejuízo para a fazenda pública e por crimes contra a boa ordem e administração pública e contra a fé pública já era previsto no Decreto-lei 3.240/1941. A Constituição de 1946 apenas constitucionalizou a questão.

¹⁹⁹⁰ Nesta época e assim permaneceu até a CF/1988, que criou a Advocacia da União, o Ministério Público também exercia atribuições de defensor da União (Fazenda Pública Nacional).

do servidor, tornando, assim, “fácil a prova do eventual enriquecimento”.¹⁹⁹¹

Suprindo a deficiência da Lei 3.164/1957, ao não esmiuçar os atos que seriam considerados como enriquecimento ilícito, adveio a Lei 3.502/1958,¹⁹⁹² denominada de Lei Bilac Pinto, que elencou uma série de condutas, considerada exemplificativa:¹⁹⁹³ a) a incorporação ao patrimônio privado, sem formalidades e sem indenização, de bens ou valores do patrimônio público (União, Estados, Municípios e entidades da administração indireta); b) a doação de bens e valores do patrimônio público a indivíduos ou entidades privadas, sem publicidade e autorização prévia, mesmo que para fins assistenciais e educacionais; c) recebimento de bens e valores a título de comissão, gratificação ou presente; d) a percepção de vantagem econômica por meio de alienação de bem por valor sensivelmente superior ao de mercado ou por meio de aquisição de bem por valor sensivelmente inferior ao de mercado; e) utilização de máquinas e materiais públicos em obras ou serviços particulares; f) intervenção, em razão de influência política funcional ou pessoal, junto aos servidores para a prática dos atos anteriores. A lei exige, além do enquadramento fático, prova de que o doador, o adquirente ou alienante tenha sido, por interesse político ou de outra natureza, direta ou indiretamente beneficiado pelo ato.

A Lei 3.502/1958 manteve no juízo cível tanto o processo para obtenção do sequestro (ação de natureza cautelar, submetido ao rito do sequestro civil do CPC) quanto o processo para se alcançar a perda de bens (ação cível de ressarcimento integral de perdas e danos, no rito ordinário do CPC de 1939).¹⁹⁹⁴ Não obstante a confirmação da natureza cível do enriquecimento ilícito, a Lei 3.502/1958 equiparou-o expressamente aos crimes contra a administração e o patrimônio público, sujeitando-se, assim, os que praticaram os fatos tipificados na lei ao processo criminal. A iniciativa da ação judicial pertinente foi ampliada para os entes federados (União, Estado, Municípios) e suas entidades públicas, continuando válida a legitimidade ativa de qualquer cidadão e do Ministério Público conferida pela Lei 3.164/1957. A propósito, andou bem a Lei 3.164/1957 em conferir tal legitimidade a qualquer cidadão e ao

¹⁹⁹¹ Bilac PINTO (Enriquecimento ilícito no exercício de cargos públicos, 1960, p. 113).

¹⁹⁹² Quando entrou em vigor a Lei Bilac Pinto, a Lei Pitombo - Godói Ilha ainda não havia sido regulamentado pelo Poder Executivo, e, portanto, o registro de bens dos servidores públicos não estava sendo observado.

¹⁹⁹³ Bilac PINTO (Enriquecimento ilícito no exercício de cargos públicos, 1960, p. 153).

¹⁹⁹⁴ Antes da Constituição de 1934, cabia aos Estados legislar sobre o processo civil. A competência da União para legislar sobre processo civil, prevista inicialmente na Constituição de 1934, foi reafirmada na Constituição de 1937, fundamento para a elaboração do CPC de 1939.

Ministério Público, pois as normas proibitivas “têm como escopo coibir os desvios éticos de conduta dos servidores públicos e dos dirigentes e empregados de entidades que dependem, essencialmente, do Estado, quer na composição dos seus órgãos de direção, quer na sua vida financeira”.¹⁹⁹⁵

A Constituição de 1946, no artigo 141, § 38, previu também que qualquer cidadão será parte legítima para pleitear a anulação e a declaração de nulidade de atos lesivos do patrimônio público, dispositivo que foi disciplinado pela Lei 4.717/1965 (Lei da Ação Popular). Referida lei consagrou a tese do desvio de poder (ou desvio de finalidade) como hipótese de ato administrativo ilegal,¹⁹⁹⁶ ao prescrever, no artigo 2º, *caput* e parágrafo único, alínea “e”, que o ato praticado em desvio de finalidade é nulo, verificando-se desvio de finalidade “quando o agente pratica o ato visando a fim diverso daquele previsto, explícita ou implicitamente, na regra de competência”.

A Constituição de 1967, no artigo 150, § 11, proibiu expressamente o confisco e ampliou o sequestro e o perdimento de bens para as hipóteses de “danos causados ao Erário”, que até então, nos termos da Constituição de 1946 e das leis regulamentadoras (Lei 3.164/1957 e Lei 3.502/1958), abrangiam apenas os casos de enriquecimento ilícito e abuso no exercício das funções públicas.

A Lei 3.502/1958 foi um grande avanço legislativo. Contudo, “os níveis de sua aplicação são irrisórios, se comparados com os níveis de corrupção alcançados na Administração Pública nacional, no período de sua vigência”.¹⁹⁹⁷

Na vigência da Constituição de 1967, o Ato Institucional nº 5/1968, em seu artigo 8º, previu uma modalidade de confisco administrativo, que conviveu com as medidas judiciais de sequestro e perdimento de bens previstas nas Leis 3.164/1957 e 3.502/1958. Segundo o dispositivo mencionado, o Presidente da República poderia, após investigação, decretar o confisco de bens daqueles que enriqueceram, ilicitamente, no exercício de cargo ou função pública, no âmbito da administração direta e indireta (autarquias, empresas públicas e sociedades de economia mista), sem prejuízo das sanções penais cabíveis. O confisco administrativo foi disciplinado pelo Decreto-lei 359/1968 e Ato Complementar nº 42, de 27 de janeiro de 1969, ficando excluído da

¹⁹⁹⁵ Bilac PINTO (Enriquecimento ilícito no exercício de cargos públicos, 1960, p. 191).

¹⁹⁹⁶ A Lei da Ação Popular afasta-se do conceito originário do princípio da moralidade de Maurice HAURIUO, quando este entendia que o controle da moralidade somente poderia ser feito internamente pela administração, como autocontrole, enquanto que o Poder Judiciário somente poderia invalidar o ato em razão de ilegalidade.

¹⁹⁹⁷ FAZZIO JÚNIOR (Improbidade administrativa, 2014, p. 9).

apreciação judicial.

O confisco administrativo violava frontalmente o artigo 150, § 11, da Constituição de 1967, que proibia o confisco, sem exceção. Com intuito de dar amparo constitucional ao confisco administrativo, foi editado o Ato Institucional nº 14, de 5 de setembro de 1969, dando nova redação ao § 11 do artigo 150 da Constituição de 1967, onde se acrescentou a exceção ao confisco, ao banimento e prisão perpétua, “nos casos de guerra externa, psicológica adversa ou revolucionária ou subversiva”.¹⁹⁹⁸ Com a Emenda Constitucional nº 1/69, o artigo 150, § 11, da Constituição de 1967, na redação dada pelo Ato Institucional nº 14/1969, passou a ser 153, § 11, com a mesma redação. Com o advento da Emenda Constitucional nº 11/1978, o artigo 153, § 11, foi alterado para uma redação próxima à originária da Constituição de 1967. Embora não tenha constado a proibição do confisco administrativo, deixou de existir fundamento constitucional para o confisco administrativo, ao se retirarem as exceções que havia (de guerra externa, psicológica adversa ou revolucionária ou subversiva). E como o artigo 3º da referida Emenda revogou os atos institucionais e complementares que violassem a Constituição, o confisco administrativo deixou de existir.¹⁹⁹⁹

Até a CF/1988, o dever de probidade administrativa era encarado essencialmente na perspectiva político-jurídico do *impeachment*, e, na legislação infraconstitucional, no enfoque penal, cível-ressarcitória e disciplinar. Não havia sancionamento pelo descumprimento de princípios e deveres administrativos. A CF/1988, contudo, foi além desta tradição constitucional e trouxe à baila a improbidade administrativa como categoria própria de ilícito e como sistema específico de responsabilidade dos governantes.

10.3 A improbidade administrativa na CF/1988 e na Lei 8.429/1992

Ao contrário das constituições anteriores a de 1988, que só trataram da probidade administrativa na perspectiva político-jurídica do *impeachment*, a CF/1988 elevou a moralidade administrativa a princípio da Administração Pública (art. 37), que, ao lado

¹⁹⁹⁸ A exceção anterior que havia era apenas para a pena de morte, nos casos da legislação militar em caso de guerra externa. O Ato Institucional nº 4/1969 alargou as hipóteses de pena de morte para também os casos de guerra externa, psicológica adversa ou revolucionária ou subversiva.

¹⁹⁹⁹ O artigo 3º da referida Emenda Constitucional revogou “os atos institucionais e complementares, no que contrariarem a Constituição Federal, ressalvados os efeitos dos atos praticados com base neles, os quais estão excluídos de apreciação judicial”.

dos princípios da legalidade, impessoalidade, publicidade e eficiência,²⁰⁰⁰ passam a orientar a atuação de todos agentes públicos dos entes federados e das entidades públicas da administração indireta. A Lei 9.784/1999, ao regulamentar o processo administrativo federal, reafirmou a moralidade como princípio da Administração Pública (artigo 2º, *caput*), e, no parágrafo único, inciso IV, exige que a atuação siga “padrões éticos de probidade, decoro e boa-fé”, que são os principais aspectos da moralidade administrativa.

Como corolário do princípio, a CF/1988 autorizou, como medida corretiva, a utilização de ação popular para anular atos lesivos à moralidade administrativa (art. 5º, inciso LXXIII), não apenas os atos lesivos ao patrimônio público, que era a hipótese prevista na Constituição de 1946, disciplinada pela Lei 4.717/1965 (Lei da Ação Popular).²⁰⁰¹

No que tange especificamente aos cargos eletivos, a Constituição determinou, no artigo 14, § 9º, a criação de lei com previsão de situação de inelegibilidade, de maneira a proteger preventivamente “a *probidade administrativa*, a *moralidade* para exercício de mandato considerada vida pregressa do candidato, e a normalidade e legitimidade das eleições contra a influência do poder econômico ou o abuso do exercício de função, cargo ou emprego na administração direta ou indireta”.²⁰⁰²

A CF/1988 foi ainda além e introduziu em dois comandos originários (inciso V do art. 15; § 4º do art. 37) e um preceito do constituinte derivado (inciso III do § 10º do artigo 97 dos Atos das Disposições Constitucionais Transitórias, incluído pela Emenda Constitucional nº 62/2009), as bases para um sistema específico de responsabilização de governante, onde os atos ilícitos são atos de improbidade administrativa, cuja prática sujeita o agente público às sanções de suspensão dos direitos políticos, perda da função pública e ressarcimento ao erário, além de indisponibilidade dos bens.

O § 4º do artigo 37 da CF/1988 foi regulamentado pela Lei 8.429/1992, denominada de Lei de Improbidade Administrativa (LIA), que revogou expressamente a

²⁰⁰⁰ O princípio da eficiência foi adicionado pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998.

²⁰⁰¹ A Lei 4.717/1965 considerou patrimônio público os bens de valor econômico, artístico, estético ou histórico. A Lei 6.513/1977 inclui bens de valor turístico. A CF/1988, além de inovar quanto à moralidade, inclui também no objeto da ação popular a proteção do meio ambiente.

²⁰⁰² A redação foi dada pela Emenda Constitucional de Revisão nº 4, de 1994. Relevante assinalar que a redação atual do artigo 14, § 9º, da CF/1988 é bem similar ao que constava no artigo 151 da Emenda Constitucional de 1967, durante o Governo Militar. A redação original retirou a proteção do “regime democrático”, e da “probidade administrativa”, mantendo a preservação da “normalidade e legitimidade das eleições contra influência do poder econômico ou abuso do exercício de função”.

Lei Pitombo - Godói Ilha e a Lei Bilac Pinto.²⁰⁰³ O projeto da LIA, encaminhado pelo Poder Executivo, em outubro de 1991, era bastante limitado, e, preso às ideias das leis anteriores, restringiu a improbidade administrativa aos atos de enriquecimento ilícito. Foi no Senado Federal que o projeto recebeu um Substitutivo, que regulamentou os atos de improbidade, agrupando em três espécies, tal como foi aprovado.

10.3.1 Espécies de improbidade administrativa

Improbidade administrativa não é apenas uma violação ao princípio da moralidade administrativa. Embora sob a perspectiva de princípio e regra jurídica a moralidade seja equivalente à probidade, sob o aspecto da ilicitude, no direito brasileiro, a improbidade administrativa, pontua Di Pietro, “tem um sentido muito mais amplo e muito mais preciso, que abrange não só atos desonestos ou imorais, mas também e principalmente atos ilegais”.²⁰⁰⁴ De fato, na LIA, a lesão à moralidade administrativa é apenas uma espécie de uma modalidade de ato de improbidade administrativa. A LIA não tutela apenas o princípio da moralidade administrativa, ou a probidade na administração, mas todos os princípios da administração; não tutela apenas princípios morais ou princípios gerais, mas também o patrimônio público.

O ato de improbidade administrativo é um ato administrativo, uma conduta ou uma omissão praticado por agente público no exercício da função pública ou por terceiro com reflexo sobre a função pública exercida pelo agente público.

Os atos de improbidade administrativa são de três espécies: a) atos que importam enriquecimento ilícito (artigo 9º); b) atos que causam prejuízo ao Erário (artigo 10); c) atos que atentam contra os princípios da Administração Pública (artigo 11).

A LIA, em cada um dos três artigos, traz a conceituação do tipo de ilícito e um rol exemplificativo de atos. Mesmo que o ato praticado não se encaixe nas hipóteses previstas nos incisos dos três artigos, poderá ocorrer improbidade administrativa pelo enquadramento no *caput* dos artigos 9, 10 ou 11.²⁰⁰⁵

Ato de improbidade administrativa na modalidade de enriquecimento ilícito

²⁰⁰³ A Lei 8.429/1992 disciplinou integralmente o dever do servidor público de apresentar a declaração de bens e valores por ocasião da posse, revogando expressamente a Lei 3.164/1957 (Lei Pitombo - Godói Ilha). O prazo para atualização foi diminuído de dois para um ano. Sujeitará à pena de demissão, sem prejuízo de outras sanções cabíveis, o agente público que se recusar a prestar declaração dos bens, dentro do prazo determinado, ou que a prestar falsa (§ 3º do art. 13 da Lei 8.429/1992).

²⁰⁰⁴ DI PIETRO (Direito administrativo, 2014, p. 901).

²⁰⁰⁵ DI PIETRO (Direito administrativo, 2014, p. 916).

consiste, pelo texto do artigo 9º, em “auferir qualquer tipo de vantagem patrimonial indevida em razão do exercício de cargo, mandato, função, emprego ou atividade nas entidades mencionadas no art. 1º desta lei”. O artigo 9º, em seus incisos, apresenta doze situações de atos de improbidade desta espécie.²⁰⁰⁶

Ato de improbidade administrativa que causa lesão ao erário consiste, de acordo com o teor do artigo 10, em “qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei”. O artigo 10 apresenta vinte e uma situações de atos de improbidade desta espécie.²⁰⁰⁷

Ato de improbidade administrativa que atenta contra os princípios da administração consiste, nos termos do artigo 11, em “qualquer ação ou omissão que viole os deveres de honestidade, imparcialidade, legalidade, e lealdade às instituições”. O artigo 11 apresenta 9 situações de atos de improbidade desta espécie.²⁰⁰⁸

Pela tipificação legal, a improbidade administrativa abrange desde os atentados a princípios da administração, incluindo a moralidade administrativa, como também hipóteses clássicas de corrupção (obtenção de benefícios privados por meio do uso indevido de atribuições públicas) e ineficiência funcional. Em sentido amplo, pode-se dizer que a improbidade administrativa é uma espécie de má-gestão pública.²⁰⁰⁹

10.3.2 Sanções cabíveis

Nos termos do § 4º do artigo 37 da CF/1988, os atos de improbidade administrativa sujeitar-se-ão à suspensão dos direitos políticos, à perda da função pública, à indisponibilidade dos bens e ao ressarcimento ao erário, na forma e na graduação prevista em lei. O referido dispositivo constitucional não menciona expressamente sanção, até porque nem todas as medidas são realmente sanções, como é a hipótese de indisponibilidade, que tem natureza de cautelar, com fins de assegurar a

²⁰⁰⁶ Uma das situações elencadas no artigo 9 da LIA é o ato de receber, para si ou para outrem, dinheiro, bem móvel ou imóvel, ou qualquer outra vantagem econômica, direta ou indireta, a título de comissão, percentagem, gratificação ou presente de quem tenha interesse, direto ou indireto, que possa ser atingido ou amparado por ação ou omissão decorrente das atribuições do agente público.

²⁰⁰⁷ Uma das situações elencadas no artigo 10 da LIA é o ato de facilitar ou concorrer por qualquer forma para a incorporação ao patrimônio particular, de pessoa física ou jurídica, de bens, rendas, verbas ou valores integrantes do acervo patrimonial das entidades públicas.

²⁰⁰⁸ Uma das situações elencadas no artigo 11 da LIA é o ato de praticar ato visando fim proibido em lei ou regulamento ou diverso daquele previsto na regra de competência.

²⁰⁰⁹ OSÓRIO (Teoria da improbidade administrativa, 2010, p. 390).

eficácia de uma eventual sanção de ressarcimento ao erário.²⁰¹⁰

A Lei 8.429/1992, no artigo 12, reafirmou as sanções indicadas no preceito constitucional e introduziu outras sanções: perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio (no caso de enriquecimento ilícito), multa civil e proibição de contratar com o poder público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário.²⁰¹¹

Para os atos de improbidade administrativa de enriquecimento ilícito (art. 9º), as sanções aplicáveis, segundo artigo 12, são “perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, ressarcimento integral do dano, quando houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de oito a dez anos, pagamento de multa civil de até três vezes o valor do acréscimo patrimonial e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de dez anos”.

Para os atos de improbidade administrativa de dano ao erário (artigo 10), as sanções aplicáveis, segundo artigo 12, são “ressarcimento integral do dano, perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de cinco a oito anos, pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de cinco anos”.

Para os atos de improbidade administrativa de lesão a princípios (artigo 11), as sanções aplicáveis, segundo artigo 12, são “ressarcimento integral do dano, se houver, perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de três a cinco anos, pagamento de multa civil de até cem vezes o valor da remuneração percebida pelo agente e proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de três anos”.

²⁰¹⁰ DI PIETRO (Direito administrativo, 2014, p. 920).

²⁰¹¹ Como destaca DI PIETRO (Direito administrativo, 2014, p. 921), “essa ampliação das medidas cabíveis não constitui infringência à norma constitucional. Essa estabeleceu algumas medidas possíveis, mas não limitou a competência do legislador para estabelecer outras”.

Como se vê pelas sanções cabíveis para cada uma das três espécies de ato de improbidade, o legislador estabeleceu uma gradação, reputando mais grave os atos de improbidade que acarretam enriquecimento ilícito, depois os atos de improbidade que causam prejuízo ao erário, e, por fim, os atos de improbidade que atentam contra os princípios da Administração. E como são variadas as sanções cabíveis para cada espécie de improbidade e como um ato pode ser enquadrado ao mesmo tempo numa espécie como em outra, conforme ainda a dicção do artigo 12, as sanções referidas podem ser aplicadas “isolada ou cumulativamente, de acordo com a gravidade do fato”²⁰¹² e para fixação de cada pena “o juiz levará em conta a extensão do dano causado, assim como o proveito patrimonial obtido pelo agente”.

A aplicação das sanções cabíveis independe da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público, salvo quanto à pena de ressarcimento (assim dispõe o artigo 21, I). Este dispositivo está em consonância com o escopo da LIA, que é punir as práticas contra a probidade administrativa, tendo ou não repercussão econômica. A aplicação das sanções cabíveis também independe da aprovação ou rejeição das contas pelo órgão de controle interno ou pelo Tribunal ou Conselho de Contas.²⁰¹³

10.3.3 Sujeito passivo

O sujeito passivo é a entidade pública que sofre os efeitos do ato de improbidade. São as pessoas jurídicas que são representadas pelo agente público que comete o ato de improbidade administrativa. Trata-se de vítima imediata do ato.

A Lei 8.429/1992, no artigo 1º, discorre que serão punidos com as sanções nela previstas os atos de improbidade praticados contra a União, Estados, Distrito Federal, Municípios, Território, empresa incorporada ao patrimônio público, entidade para cuja criação ou custeio o erário tenha concorrido com mais de cinquenta por cento do patrimônio ou receita anual. As entidades são praticamente as mesmas previstas na Lei da Ação Popular (Lei 4.717/1965), que visa a anular o ato lesivo ao patrimônio e ao ressarcimento dos danos causados. Na ação de improbidade, objetiva-se a aplicação de medidas sancionatórias ao agente público e o ressarcimento dos danos causados ao

²⁰¹² A Lei 12.120/1990, deu nova redação ao artigo 12 da LIA, para constar expressamente a possibilidade de as sanções previstas no dispositivo serem aplicadas isolada ou cumulativamente.

²⁰¹³ Cuida-se de reconhecimento de independência dos sistemas de responsabilidade. A responsabilidade financeira apurada pelo Tribunal de Contas no Brasil poderá ser revisada pelo Poder Judiciário, visto que o referido órgão não integra o Poder Judiciário, suas decisões, apesar de constituírem título executivo extrajudicial, não têm força de coisa julgada.

erário.

O sujeito passivo é uma das pessoas legitimadas para a propositura da ação de improbidade administrativa, ao lado do Ministério Público (art. 17 da Lei 8.429/1992).

10.3.4 Sujeito ativo

O sujeito ativo do ato de improbidade é, na dicção do artigo 2º da LIA, o “agente público (...) que exerce, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, por eleição, nomeação, designação, contratação ou qualquer outra forma de investidura ou vínculo, mandato, cargo, emprego ou função”. O agente público é a pessoa física que trabalha, com vínculo efetivo ou não, para as entidades do artigo 1º (sujeito passivo).

Enquadram-se como agentes públicos as categorias dos servidores públicos (aqueles que têm vínculo empregatício, estatutário ou contratual com o Estado), os militares (têm tratamento diferenciado no âmbito constitucional, mas também é estatutário), os particulares em colaboração com o Estado (sem vínculo de emprego, mediante delegação, requisição ou espontaneamente).

Quanto aos agentes políticos (chefe do executivo e ministros auxiliares, magistrados, parlamentares, membros do Ministério Público, membros dos Tribunais de Contas), entende-se inserido no conceito de agente público do artigo 2º,²⁰¹⁴ até mesmo porque a LIA, sem nominar cada tipo de agente político, expressamente menciona que incide também aos agentes investidos “por eleição” em função pública e agentes públicos de “qualquer nível ou hierarquia”. Os magistrados respondem por ato de improbidade administrativa não apenas no exercício de função administrativa, como, por exemplo, quando atuam na condição de dirigente de tribunal. Mas também no exercício da função própria do poder judiciário, ou seja, sua atuação jurisdicional. O sistema de responsabilidade por ato de improbidade administrativa não terá o condão de revisar o ato jurisdicional, mas, uma vez comprovada a prática de ato de improbidade administrativa quando da prolação do provimento judicial, o magistrado poderá receber as sanções previstas da LIA. O mesmo raciocínio se aplica aos membros do Ministério Público e aos parlamentares, submetem-se à LIA tanto na atuação administrativa quanto na atuação própria de cada categoria. Não obstante a aplicação aos agentes políticos de uma maneira geral, o fato é que, por conta da peculiaridade do regime jurídico de alguns agentes políticos, a doutrina e jurisprudência têm introduzido algumas flexibilizações, o

²⁰¹⁴ DI PIETRO (Direito administrativo, 2014, p. 911).

que será visto com mais vagar na seção 10.5.

Também é sujeito ativo o terceiro “que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta” (artigo 3º). A pessoa jurídica contratada para exercer alguma obra ou serviço, embora em algumas situações seja beneficiária do ato de improbidade praticado por seus sócios e empregados, não pode ser sujeito ativo do ato de improbidade, ou seja, não pode ser réu na ação de improbidade administrativa.²⁰¹⁵

10.3.5 Elemento volitivo

A LIA, ao dispor sobre os atos que importam enriquecimento ilícito (artigo 9º) e sobre os atos que atentam contra os princípios da Administração Pública (artigo 11), nada mencionou acerca do elemento volitivo. Ao cuidar dos atos que causam prejuízo ao Erário (artigo 10), contudo, expressamente se referiu que poderiam ser praticados de maneira “dolosa ou culposa”.²⁰¹⁶ Por conta desta diferenciação, a maioria dos doutrinadores logo firmou posição no sentido de que os atos de improbidade administrativa que importam enriquecimento ilícito e os que maculam princípios da Administração Pública somente podem ser praticados na modalidade dolosa.²⁰¹⁷ A tendência jurisprudencial tem sido essa.²⁰¹⁸

Os precedentes do Superior Tribunal de Justiça têm se firmado numa posição ainda mais garantista. Não se contenta apenas com a deliberada violação de um dever jurídico (dolo), compreendendo que o ato de improbidade administrativa não visa à punição do agente inábil, mas pressupõe a desonestidade ou, pelo menos, má-fé do agente público.²⁰¹⁹

A jurisprudência do STJ foi sendo construída ao afastar a caracterização do ato de improbidade em razão da boa-fé do agente público. Considerou-se, por exemplo, que

²⁰¹⁵ Nesse sentido, FAZZIO JÚNIOR (Improbidade administrativa, 2014, p. 49) sustenta que “só a pessoa física está apta a conferir subjetividade à conduta tipificada como violadora da moralidade administrativa”.

²⁰¹⁶ O disposto no artigo 10 está em sintonia com o teor do artigo 5º (“Ocorrendo lesão ao patrimônio público por ação ou omissão, dolosa ou culposa, do agente ou de terceiro, dar-se-á o integral ressarcimento do dano”), que admite conduta culposa nos casos de lesão ou dano ao patrimônio público.

²⁰¹⁷ Por todos, tem-se FAZZIO JÚNIOR (Improbidade administrativa, 2014, p. 135). Em sentido contrário, DI PIETRO (Direito administrativo, 2014, p. 919), para quem “é difícil dizer se foi intencional essa exigência de dolo ou culpa apenas com relação a esse tipo de ato de improbidade, ou se foi falha do legislador, como tantas outras presentes na lei. A probabilidade de falha é a hipótese mais provável, porque não há razão que justifique essa diversidade de tratamento”.

²⁰¹⁸ STJ, AgReg no AResp 20747, Relator Ministro Benedito Gonçalves, DJe de 23/11/2011.

²⁰¹⁹ STJ, REsp 480.387, Relator Ministro Luiz Fux, 16/3/2004.

agiu de boa-fé o agente público municipal que autorizou doação de medicamentos a município vizinho.²⁰²⁰ Progressivamente, a ausência de boa-fé (ou a presença de má-fé) foi sendo alçada a primeiro plano, não como para afastamento de situações excepcionais, mas para a própria caracterização da ilicitude.

Há que se ter cautela na aplicação destes precedentes. A LIA prevê, como já realçado, três tipos bem específicos de improbidade administrativa, e, cada um possui uma característica própria, que dificulta a redução de todos a um elemento volitivo único. A referência à mera inabilidade do gestor ou agente público nos precedentes do STJ não significa poder errar em todo o caso e em toda situação (bastando não haver má-fé), mas sim, como bem desenha Osório, errar “dentro das margens de erro profissional”.²⁰²¹

Improbidade administrativa não se confunde com desonestidade. Improbidade administrativa não pressupõe necessariamente desonestidade. Improbidade administrativa na modalidade de enriquecimento ilícito requer, sem dúvida, uma conduta desonesta do agente público. A própria circunstância do enriquecimento ilícito já é por si só uma desonestidade. Neste tipo de improbidade administrativa, os precedentes do STJ caem como uma luva.

Mas o ato de improbidade administrativa que provoca dano ao erário pode ocorrer sem que haja necessariamente uma conduta desonesta ou má-fé do agente público. A LIA é expressa no sentido de que até a conduta culposa pode configurar ato de improbidade administrativa na modalidade de dano ao erário (*caput* do artigo 10). Além da previsão genérica de culpa no *caput* do artigo 10, que já se considera suficiente, alguns dos seus incisos exemplificativos expressamente mencionam modalidade culposa: X - agir *negligentemente* na arrecadação de tributo ou renda, bem como no que diz respeito à conservação do patrimônio público; XIX - agir *negligentemente* na celebração, fiscalização e análise das prestações de contas de parcerias firmadas pela administração pública com entidades privadas. Assim, as condutas tipificadas no artigo 10 somente não se enquadrarão como ato de improbidade administrativa, quando não for praticado com imprudência, negligência, erro profissional (imperícia) ou uma qualquer ineficiência funcional, ou mesmo em conflito de interesse.

Os atos de improbidade administrativa que maculam princípios da Administração Pública têm sido objeto de muitas críticas da doutrina, a começar pela tipificação,

²⁰²⁰ STJ, REsp 480.387, Relator Ministro Luiz Fux, 16/3/2004.

²⁰²¹ OSÓRIO (Teoria da improbidade administrativa, 2010, p. 131).

passando pelo elemento volitivo. Salvo os incisos do artigo 11, que apresentam uma densidade normativa mínima da conduta tipificada, o *caput* do referido artigo é preceito normativo muito aberto, faz referência à ofensa a princípios da Administração Pública, ficando difícil a compreensão prévia dos gestores acerca de quais condutas especificamente estão proibidas nesta modalidade. Com este raciocínio, que pressupõe uma exigência de tipicidade para o ato de improbidade administrativa, amparado também no princípio da segurança jurídica e do princípio da legalidade, uma corrente apregoa que não há improbidade administrativa com enquadramento exclusivo no *caput* do artigo 10, sendo necessária a integração com alguns dos seus incisos.²⁰²² Outra corrente, invocando basicamente os mesmos fundamentos, defende até mesmo a inconstitucionalidade do artigo 11 da LIA.

Concorda-se, parcialmente, com as correntes supracitadas. Discorda-se das conclusões das duas correntes, mas não se têm dúvidas de que a mera ofensa a um princípio da Administração Pública não é suficiente para caracterizar improbidade administrativa. O princípio, apesar de norma jurídica, não veicula conduta de fácil determinação, não é, assim, um preceito fechado. Realmente a segurança jurídica estaria abalada se houvesse uma condenação baseada apenas na ofensa a princípios. Não obstante, é cabível uma integração do conteúdo do princípio envolvido com outra norma jurídica. Não precisa ser uma norma contida na LIA, menos ainda nos incisos do artigo 11. Basta que haja uma norma jurídica na legislação administrativa impondo uma atribuição específica, que materialize o princípio jurídico. O precedente do STJ que exige desonestidade ou má-fé do agente público tem aplicação integral nesta modalidade de ato de improbidade administrativa. A desonestidade e a má-fé são ofensas a normas jurídicas específicas, pelo que servem de elemento de integração para a norma do *caput* do artigo 11 da LIA. A atuação em conflito de interesses também serve para este propósito, de modo que a ofensa a princípios da Administração Pública, aliado à ocorrência de conflito de interesses, configura improbidade administrativa.²⁰²³

²⁰²² Por todos, NOBRE JÚNIOR (Improbidade administrativa e segurança jurídica, 2013, p. 219).

²⁰²³ Conflito de interesses é a contraposição entre os deveres públicos e os interesses privados no exercício da função pública, onde os interesses privados podem impropriamente influenciar o desempenho dos deveres e responsabilidade do servidor público. No Brasil, a Lei 12.813/2013, que dispõe sobre o conflito de interesses no exercício de cargo ou emprego do Poder Executivo federal e impedimentos posteriores ao exercício do cargo ou emprego, estabelece, no inciso I do artigo 3º, uma conceituação legal do instituto.

10.3.6 Natureza jurídica da ação de improbidade administrativa

A CF/1988, no artigo 37, § 4º, descartou a natureza penal da ação de improbidade administrativa, ao dispor que a aplicação da LIA ocorre “sem prejuízo da ação penal cabível”.

Note-se, por outro lado, que, ao mencionar “ação”, o preceito constitucional vinculou a aplicação das sanções por ato de improbidade administrativa a um ato jurisdicional. Ou seja, não poderá ser aplicada pela própria administração, mesmo havendo possibilidade de impugnação da decisão administrativa na esfera judicial, por força do princípio da inafastabilidade da jurisdição (ou princípio do acesso aos tribunais).

De fato, considerando que são bastante severas (suspensão dos direitos políticos, perda da função pública, proibição de contratar com o Estado, multa civil, ressarcimento ao erário, indisponibilidade dos bens) e que sempre foram aplicadas pelo poder judiciário, as sanções previstas na LIA exigem ação judicial para sua implementação.

A Lei 8.429/1992 reafirmou a necessidade de processo judicial para aplicação das sanções nela previstas. Nos termos do artigo 17, a ação será proposta pelo Ministério Público ou pela pessoa jurídica interessada. É certo que a lei prevê um procedimento administrativo, a ser instaurado por representação de qualquer pessoa, para investigação, no âmbito administrativo, destinado a apurar a prática de ato de improbidade (artigo 14). Contudo, tal procedimento é apenas preparatório para uma possível ação judicial, não é um procedimento necessário, podendo o Ministério Público ajuizar a ação de improbidade administrativa, independentemente de qualquer procedimento preparatório no âmbito da entidade administrativa executiva ou no âmbito de entidade administrativa de controle (§ 2º do artigo 14).²⁰²⁴ No artigo 12, a Lei 8.429/1992 também confirmou a natureza não penal da ação de improbidade administrativa, já que mencionou que as sanções de improbidade administrativa seriam aplicadas independentemente das sanções penais. Na jurisprudência, seja do STJ, seja do STF, nunca houve dúvida da natureza (processual) não penal da ação de improbidade.²⁰²⁵

²⁰²⁴ Eis mais um reconhecimento da LIA acerca da independência das instâncias de responsabilidade e controle. No caso, entre improbidade administrativa e sistema administrativo de responsabilidade jurídica (tanto no controle interno quanto no controle externo, este exercido pelos tribunais de contas).

²⁰²⁵ STJ, REsp 161.322, Relator Ministro Franciulli Neto, julgado em 7/7/2002.

Descartar a natureza penal da ação não significa necessariamente que a ação será cível, o que quer dizer é apenas que a ação será não penal, pois existem diversos regimes processuais para ações não penais no direito brasileiro, como, por exemplo, ações trabalhistas e ações eleitorais. E além da variedade de regimes processuais, as ações não penais podem aplicar uma gama de sanções que não se limitam às de natureza civil (previstas em direito civil), pois este ramo do direito já há muito tempo deixou de ser a exclusividade da atuação jurisdicional, com o surgimento de outros ramos do direito privado e com a judicialização de diversas matérias do direito público. Assim, há que se atentar para a natureza processual da improbidade (ação judicial) e a natureza material das sanções aplicadas.

A Lei 8.429/1992 descartou a natureza penal, como fez a CF/1988, e também afirmou a natureza cível da ação judicial necessária para aplicação da sanção por ato de improbidade administrativa. O artigo 18 estabelece expressamente que a lei demanda “ação civil”, enquanto o artigo 17 complementa definindo o “rito ordinário” da ação, tal como disciplinado no CPC, com algumas derrogações estipuladas nos parágrafos do artigo 17. Mas também não se trata de uma ação civil individual. Trata-se de uma *ação civil coletiva*, cujos legitimados são o Ministério Público e a entidade pública prejudicada, que representam os interesses de toda a sociedade.²⁰²⁶ O § 3º do artigo 17 refere-se, inclusive, à aplicação da Lei da Ação Popular (Lei 4.717/1965), que é uma espécie de ação coletiva, numa situação peculiar.²⁰²⁷

Na ação civil de improbidade administrativa, poderão ser aplicadas diversas sanções na lei estipuladas, “independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica”, como prevê o artigo 12. A menção neste dispositivo às sanções penais é desnecessária, pois, definindo a própria lei a ação como cível, não haveria possibilidade de aplicação de sanção penal. Ao não impedir a

²⁰²⁶ Para ação civil coletiva, de uma maneira geral, estão legitimados, conforme artigo 82 da Lei 8.078/1990, o Ministério Público, a União, os Estados, os Municípios, o Distrito Federal, as entidades e órgãos da Administração Pública, direta ou indireta, destinados à defesa dos interesses e direitos difusos e coletivos, e as associações legalmente constituídas há pelo menos um ano e que incluam entre seus fins institucionais a defesa dos interesses e direitos difusos ou coletivos. No caso específico da improbidade administrativa, os legitimados são apenas o Ministério Público e a pessoa jurídica prejudicada pelo ilícito (artigo 17 da LIA).

²⁰²⁷ O § 3º do artigo 17 da Lei 4.717/1965 dispõe que “no caso de a ação principal ter sido proposta pelo Ministério Público, aplica-se, no que couber, o disposto no § 3º do art. 6º da Lei n. 4.717, de 29 de junho de 1965”. Por seu turno, o § 3º do artigo 6º da Lei 4.717/1965 assim prescreve: “§ 3º A pessoas jurídica de direito público ou de direito privado, cujo ato seja objeto de impugnação, poderá abster-se de contestar o pedido, ou poderá atuar ao lado do autor, desde que isso se afigure útil ao interesse público, a juízo do respectivo representante legal ou dirigente”.

aplicação de sanções cíveis previstas em outras legislações mediante outras ações judiciais cabíveis, a lei não está concluindo que a natureza não é cível da ação de improbidade. No artigo 12, a lei menciona sanções, e não ação. O que a lei quer dizer neste preceito são dois aspectos: a) algumas sanções previstas na LIA têm natureza cível (de ordem material, não processual), como é o caso da reparação do dano; b) os mesmos fatos que caracterizam improbidade administrativa podem ensejar aplicação de sanções cíveis não previstas na LIA. Da mesma forma, interpreta-se a referência a sanções administrativas no artigo 12: algumas sanções previstas na LIA têm natureza jurídico-administrativa, como, por exemplo, a perda da função pública (não eletiva),²⁰²⁸ e também outras sanções administrativas, inclusive disciplinares, podem ser aplicadas, mediante processo administrativo, em face de atos que também se enquadrem como ato de improbidade administrativa.

10.4 Concomitância de instâncias

O agente público sujeita-se à responsabilidade civil, penal, administrativo-disciplinar e também à improbidade administrativa.

A responsabilidade civil é de natureza patrimonial, decorrente de preceito universal, agasalhado pelo CC, segundo o qual quem causa dano a outrem está obrigado a repará-lo. O dano pode ser causado ao Estado como também a terceiros.²⁰²⁹

O agente público, quando pratica crime ou contravenção, previsto, respectivamente no CP e legislação extravagante, e na Lei de Contravenções Penais, é processado criminalmente, sujeitando-se às penas privativas de liberdade.

A responsabilidade administrativo-disciplinar é examinada pela própria Administração, que apura as infrações disciplinares previstas na legislação dos servidores (Estatuto Funcional), e aplica as sanções cabíveis, que podem ir de advertência até demissão e cassação de aposentadoria. Importante ressaltar que “não há, com relação ao ilícito administrativo, a mesma tipicidade que caracteriza o ilícito penal”, sendo que “a maior parte das infrações não é definida com precisão, limitando-se a lei, em regra, a falar em falta de cumprimento dos deveres, falta de exaço no cumprimento do dever, insubordinação grave, procedimento irregular, incontinência

²⁰²⁸ Já a perda de cargo público eletivo tem natureza essencialmente política, mas também é aplicada pela LIA.

²⁰²⁹ Em caso de dano a terceiros, o Estado responde objetivamente, ressalvado o direito de regresso contra o servidor causador do dano que tenha agido com culpa ou dolo (art. 37, § 6º, da CF/1988).

pública; poucas são as infrações definidas, como o abandono de cargo ou os ilícitos que correspondem a crimes ou contravenções”.²⁰³⁰

A responsabilidade por ato de improbidade administrativa inclui a responsabilidade civil, mas não se limita a esta, aplicando-se ao infrator sanções de diversas naturezas.

Poderá ocorrer de a prática de um ato ou de uma conduta ser enquadrada nos diversos sistemas de responsabilidade. Em razão da independência das instâncias de responsabilidade, cada esfera de responsabilidade poderá instaurar o processo para apuração independentemente da outra esfera, “nada impede a instauração de processos nas três instâncias, administrativa, civil e criminal”.²⁰³¹

Note-se, porém, que uma questão é a independência para apuração das responsabilidades em cada instância (seção 11.6.2), outra questão é saber dos efeitos de uma decisão em uma esfera sobre a outra esfera (seção 11.6.4).

10.5 Agentes políticos e a duplicidade de regimes de responsabilidade

Na seção 10.3.4, assentou-se que, de uma maneira geral, a LIA aplica-se aos agentes políticos. Necessário, agora, fazer algumas considerações para algumas categorias de agente político, tendo em vista as prerrogativas que possuem para a proteção do exercício das funções.

Os membros do Poder Judiciário e do Ministério Público gozam de vitaliciedade no cargo (artigo 95, I, artigo 128, § 5º, II, d, ambos da CF/1988), adquirida após dois anos de exercício. Só podem perder o cargo por sentença transitada em julgado. Como as sanções por ato de improbidade administrativa só podem ser aplicadas por sentença judicial, conforme disciplinamento da LIA, a vitaliciedade não se configura óbice para a aplicação de suas sanções.²⁰³²

Os parlamentares gozam de inviolabilidade por suas opiniões, palavras e votos (imunidade material).²⁰³³ A imunidade material, na redação dada pela Emenda

²⁰³⁰ DI PIETRO (Direito administrativo, 2014, p. 686).

²⁰³¹ DI PIETRO (Direito administrativo, 2014, p. 909).

²⁰³² DI PIETRO (Direito administrativo, 2014, p. 911).

²⁰³³ Artigo 53 (deputados federais e senadores da República); artigo 27, § 1º (deputados estaduais); artigo 29, VIII (vereadores). A redação originária do artigo 53 da CF/1988 (“Os Deputados e Senadores são invioláveis por suas opiniões, palavras e votos”) não fazia restrição da imunidade material, o que foi feito com a Emenda Constitucional nº 35/2001, que limitou a imunidade material à responsabilização civil e criminal (“Os Deputados e Senadores são invioláveis, civil e penalmente, por quaisquer de suas opiniões, palavras e votos”). No caso do parlamento municipal (vereadores), a inviolabilidade é restrita à

Constitucional nº 35/2001, exclui apenas a responsabilização civil e penal. Não obstante, entende-se que não podem os parlamentares ser sancionados por ato de improbidade administrativa em razão de seus votos, palavras e opiniões.²⁰³⁴ Por outro lado, a imunidade material não acoberta atos que tenham sido praticados de maneira preliminar à atuação legislativa propriamente dita (voto, parecer em comissão, requerimento), e que possa se enquadrar como improbidade administrativa, tal como o recebimento de suborno para votar contra ou a favor de determinado projeto de lei. A imunidade material não abrange os atos de gestão praticados pelos parlamentares no exercício de funções administrativas no âmbito do Poder Legislativo.

Os parlamentares também gozam de imunidade parlamentar (processual), que é restrita à esfera criminal.²⁰³⁵ Tal imunidade processual não pode obstar a responsabilização por ato de improbidade administrativa, pois não é uma espécie de responsabilização criminal.

Quanto à perda da função pública, que, na hipótese de cargo eletivo, corresponde à perda do mandato, há controvérsia sobre a possibilidade de aplicação aos parlamentares em ação de improbidade administrativa. É que o artigo 55 da CF/1988 estabelece como competência privativa da Câmara dos Deputados ou do Senado dispor sobre a perda do mandato. Nos casos de infração ao artigo 54, de falta de decoro parlamentar e de condenação criminal em sentença transitada em julgado, a perda do mandato do parlamentar será “decidida” pela Câmara dos Deputados ou pelo Senado Federal, assegurada ampla defesa. De outra banda, a perda será “declarada” pela Mesa da Casa respectiva, assegurada ampla defesa, nas demais hipóteses: deixar de comparecer, em cada sessão legislativa, à terça parte das sessões ordinárias da Casa a que pertencer, salvo licença ou missão por esta autorizada; de perder ou tiver suspensos os direitos políticos; e de decretação pela justiça eleitoral, nos casos previstos nesta Constituição.

A Constituição não arrola nas hipóteses de perda do mandato (artigo 55) a decretação de perda de cargo ou função em ação de improbidade administrativa. Contudo, uma das hipóteses de perda de mandato parlamentar (artigo 55, IV, CF/1988)

circunscrição do respetivo município.

²⁰³⁴ Nesse sentido, DI PIETRO (Direito administrativo, 2014, p. 912).

²⁰³⁵ Parlamentares federais (§§ 2º e 3º do artigo 53, com a redação dada pela Emenda Constitucional nº 35, de 2001), parlamentares estaduais (artigo 87, § 1º). Não há previsão na CF/1988 para parlamentares municipais (vereadores), essa prerrogativa é assegurada em leis orgânicas municipais, mas segundo DI PIETRO (Direito administrativo, 2014, p. 912), “o que não é suficiente para impedir a aplicação de normas constitucionais, como as que se referem à improbidade administrativa”.

é a perda ou suspensão de direitos políticos, as quais podem ter origem em ato de improbidade administrativo, conforme mandamento constitucional (art. 15, V, CF/1988), disciplinado na LIA. Assim, a perda do mandato poderá ocorrer a partir da perda ou suspensão de direitos políticos aplicada em ação de improbidade administrativa, mas, por força do artigo 55 da CF/1988, somente terá eficácia após ser *declarada* pelo Parlamento.

Quanto aos agentes políticos que se submetem ao *impeachment* surgem duas indagações. A primeira é se são submetidos tanto à improbidade administrativa quanto ao *impeachment* (infração político-administrativa, ou a imprópria denominação de “crimes de responsabilidade”) ou se apenas ao *impeachment*. A segunda, caso se submetam também à improbidade administrativa, diz respeito à competência para o julgamento da ação de improbidade dos agentes políticos. Cronologicamente, a segunda questão surgiu no cenário jurídico brasileiro antes mesmo da primeira questão.

As mesmas autoridades federais que se submetem ao processo de *impeachment* (artigo 52), perante o Senado Federal, são julgadas, nos crimes comuns, pelo STF (artigo 102, I, CF/1988). Como a improbidade administrativa é categoria jurídica diferenciada da infração político-administrativa (impropriamente denominado de “crime de responsabilidade”), nem tem natureza criminal, conclui-se, à primeira vista, que ação de improbidade contra os agentes políticos tramita no juízo de primeiro grau, não se lhe aplicando a competência especial por prerrogativa de função.²⁰³⁶ O STF sempre interpretou restritivamente os preceitos constitucionais que estipulam prerrogativa de foro.

Em movimento legislativo contrário à jurisprudência remansosa do STF, a Lei 10.628/2002 alterou o CPP, introduzindo o § 2º ao artigo 84 para dispor que “a ação de improbidade, de que trata a Lei 8.429, de 2 de junho de 1992, será proposta perante o tribunal competente para processar e julgar criminalmente o funcionário ou autoridade na hipótese de prerrogativa de foro em razão do exercício de função pública, observado o disposto no § 1º.” O § 1º, por seu turno, estendeu a competência especial por prerrogativa de função para o período posterior à cessação do exercício da função pública, contrariando também outra orientação jurisprudencial firme do STF, que apregoa que o privilégio, por proteger o mandato ou cargo e não a pessoa, finda com o término do exercício das funções. Como era de se esperar, ao julgar duas ações diretas

²⁰³⁶ Há quem interprete extensivamente: DI PIETRO (Direito administrativo, 2014, pp. 913-914).

de inconstitucionalidade (ADI 2.797, proposta pela Associação Nacional dos Membros do Ministério Público – Conamp; e ADI 2.860, proposta pela Associação dos Magistrados Brasileiros - AMB), o STF em 5 de outubro de 2005 declarou a inconstitucionalidade dos §§ 1º e 2º do artigo 84 do CPP. O STF considerou que a legislação ordinária não pode ampliar as hipóteses de prerrogativa de foro previstas na Constituição, as quais são interpretadas restritivamente.

Após esta decisão do STF, sacramentando que a prerrogativa de foro limita-se às situações expressamente estabelecidas na Constituição, onde não está prevista a ação de improbidade administrativa, surge corrente doutrinária no sentido de que, apesar de ser processada no juízo de primeiro grau, a sanção de perda de mandato não é aplicada aos agentes políticos nesta jurisdição.²⁰³⁷

Em 2007, ao apreciar Reclamação 2.138-6, ajuizada pela União contra o juízo federal de primeiro grau que processou ação de improbidade administrativa em face de Ministro de Estado, o STF ensaiou uma reviravolta em seu entendimento. Por seis votos a cinco, o STF decidiu que “a Constituição não admite a concorrência entre dois regimes de responsabilidade político-administrativa para os agentes políticos: o previsto no art. 37, § 4º (regulado pela Lei 8.429/1992) e o regime fixado no art. 102, I, “c”, (disciplinado pela Lei 1.079/1950)”. O relator, Ministro Nelson Jobim, considerou que “a ação de improbidade administrativa é uma ação por crime de responsabilidade”, sob o fundamento de que tem conteúdo penal e da severidade das sanções, não havendo como “aceitar o *bis in idem* que se pratica em detrimento da competência desta Corte”. O ministro Gilmar Mendes acrescentou que “admitir a competência funcional dos juízes de primeira instância implicaria subverter todo o sistema jurídico nacional de repartição de competências”. A ministra Ellen Gracie afirmou o “caráter predominantemente punitivo das sanções” de improbidade administrativa, que atrairia a competência do STF, nos termos do art. 102, I, “c”, sob pena de “um foquismo judiciário com multiplicação de procedimentos judiciais que mantivessem o governo em permanente inquietação e alerta, com prejuízos para a atuação de seus agentes e, conseqüentemente, para a governabilidade do país”. O ministro Maurício Correa sustentou que, dado o “acentuado conteúdo penal” da sanção de improbidade, o foro especial por prerrogativa de função, previsto constitucionalmente para os crimes de responsabilidade, deve ser aplicado aos casos de improbidade administrativa”. O ministro Ilmar Galvão afirma

²⁰³⁷ Nesse sentido CARVALHO FILHO (Manual de direito administrativo, 2011, p. 992) e DI PIETRO (Direito administrativo, 2014, p. 914).

que, quanto aos agentes políticos que gozam de foro especial por prerrogativa de função para ações criminais ou para responderem por mandado de segurança, *habeas data* ou *habeas corpus*, “o sistema brasileiro, como mostra a Constituição, às escâncaras, é hierárquico”, e, assim, a LIA, “à primeira vista, subverte-o completamente”. O ministro Cezar Peluso invocou o princípio da especialidade, para concluir que os agentes políticos, “por ato de improbidade administrativa, ficam sujeitos a regime próprio, que é a Lei 1.079, de 1950”.

A decisão do STF na Reclamação 2.138/DF não criou uma jurisprudência firme sobre a matéria, nem teve grande repercussão doutrinária,²⁰³⁸ por duas ordens de razão: conteúdo e composição.

Quanto à primeira, os argumentos utilizados apresentaram algumas inconsistências. O fundamento de que a improbidade teria feição criminal, pelo caráter punitivo e pela gravidade das sanções, não tem muita relevância para o deslinde da questão, porque o próprio artigo 37, § 4º, da Constituição estabeleceu que as sanções cabíveis por ato de improbidade administrativa seriam aplicáveis, “sem prejuízo da ação penal cabível”,²⁰³⁹ de modo que há permissão constitucional para a duplicidade de sistemas de responsabilidade (improbidade e penal). Se é certo que alguns atos de agentes políticos são controlados apenas por tribunais superiores (mandado de segurança, *habeas corpus*, *habeas data*), também é fato que existe ação de competência do juízo de primeiro grau para invalidar ato de agente político, tal como a ação popular, e, nesse caso, o STF nunca invocou quebra de sistema hierárquico de competências ou utilização abusiva da ação que pudesse gerar ingovernabilidade.²⁰⁴⁰ A extensão da regra de competência especial por prerrogativa de função, prevista expressamente para *impeachment*, à improbidade administrativa é contrária a uma histórica jurisprudência do STF, que não admite interpretação ampliada dos preceitos constitucionais de competência por prerrogativa de função.

Quanto à segunda (composição), a maioria que se formou foi apertada, por um voto apenas. E mesmo assim, o resultado do julgamento não refletiu o entendimento da maioria dos ministros no momento da decisão (13 de junho de 2007), visto que, iniciado

²⁰³⁸ Esta posição do STF, no sentido de que os agentes políticos submetidos à legislação especial de crime de responsabilidade não se submetem à LIA, mas apenas aos crimes de responsabilidade, encontrou pouco amparo doutrinário, podendo-se, citar, por exemplo, COPOLA (A improbidade administrativa no direito brasileiro, 2011, p. 41).

²⁰³⁹ Nesse sentido, colhe-se em Sílvia DI PIETRO (Direito administrativo, 2014, p. 915).

²⁰⁴⁰ Uma diferença entre ação popular e ação de improbidade administrativa é que na primeira se anula o ato e se repara o dano, enquanto na segunda pune o agente público e repara o dano.

o julgamento em 20 de novembro de 2002, alguns ministros que votaram já haviam sido substituídos por novos ministros, que já não puderam votar. Tanto assim que na mesma seção que julgou a Reclamação 2.138/DF, em 13 de junho de 2007, o STF decidiu, com votos dos ministros que compunham o tribunal naquela ocasião, por unanimidade, na Petição 3.923 (Questão de Ordem) que “as condutas descritas na Lei de Improbidade Administrativa, quando imputadas a autoridades detentoras de prerrogativa de foro, não se convertem em crimes de responsabilidade”. Tratava-se de réu com mandato de deputado federal. O STF considerou que os parlamentares, por estarem sujeitos a “um juízo censório próprio e específico”, previsto no artigo 55 da Constituição, não se submetem a processo de *impeachment*, “instituto que traduz à perfeição os mecanismos de fiscalização postos à disposição do Legislativo para controlar os membros dos dois outros Poderes”, sendo “*contraditio in terminis* aceitar *impeachment* de parlamentar”, e por esta razão (não se submetem ao *impeachment*), os parlamentares sujeitam-se à LIA.

E após a decisão na Reclamação 2.138/DF, em 13 de junho de 2007, o STF tem admitido a aplicação da LIA a agentes políticos, mesmo aos que se submetem ao processo de *impeachment*. No Agravo Regimental na Ação Cautelar 3.585, a 2ª Turma do STF decidiu pela “possibilidade de dupla sujeição tanto ao regime de responsabilização política, mediante ‘*impeachment*’ (Lei 1.079/50), desde que ainda titular de referido mandato eletivo, quanto à disciplina normativa da responsabilização civil por improbidade administrativa (Lei 8.429/92)”, tratando-se o caso de condenação em ação de improbidade por atos praticados no exercício do mandato de governadora do Estado. No Agravo Regimental na Reclamação 3.021/SP, em 3/12/2008, o STF asseverou que prefeito municipal responde por ato de improbidade administrativa e perde o foro especial por prerrogativa de função em virtude de cassação de seu mandato. Na Petição 3.421 AgR/MA (Relator Min. Cezar Peluso, Tribunal Pleno, DJe-100, 4/6/2010), o STF assentou que ex-deputado federal responde por ato de improbidade administrativa cometido à época do exercício do cargo e que não tem direito a foro especial por prerrogativa de função.

Na doutrina, é dominante o entendimento de que os agentes políticos sujeitam-se de forma cumulativa tanto às sanções da LIA quanto às sanções estipuladas nas leis especiais que versam sobre infrações político-administrativas (impropriamente denominadas “crimes de responsabilidade”).²⁰⁴¹

²⁰⁴¹ É o caso de Pedro Roberto DECOMAIN (Improbidade administrativa, 2007, p. 39) e Wallace

Sedimentado na jurisprudência e na doutrina que os agentes políticos sujeitam-se à duplo regime (de improbidade administrativa e de *impeachment*), a questão da competência para processar a ação de improbidade administrativa é levantada com os mesmos fundamentos utilizados na Reclamação 2.138/DF, quais sejam, quebra do sistema hierárquico e aceitação de competência implícita constitucional.

O STF, com apenas um voto contrário, declarou que “compete ao Supremo Tribunal Federal julgar ação de improbidade contra seus membros” (QO na Petição 3.211-0, Ministro Menezes Direito, 13/3/2008, DJ 27/6/2008).²⁰⁴² Considerou-se que a prerrogativa de foro decorria do sistema de competências estabelecido na Constituição, que assegura a ministros do STF foro por prerrogativa de função nos crimes comuns (perante o STF) e nas infrações político-administrativas, denominadas impropriamente de “crimes de responsabilidade” (perante o Senado Federal).

O STJ, que antes do julgamento paradigma do STF, já decidia no sentido de que não se aplicava a ação de improbidade administrativa a agentes políticos,²⁰⁴³ passou a reconhecer que os agentes políticos respondem por ato de improbidade administrativa, mas com observância à competência especial por prerrogativa de foro para crimes comuns, prevista na Constituição Federal, não sendo extensível a competência especial estabelecida apenas em Constituição estadual. Caso não tenha prerrogativa de foro na Constituição Federal, a ação de improbidade administrativa é de competência do juízo de primeiro grau. O fundamento utilizado é o mesmo invocado pelo STF, de quebra de sistema e competência implícita.

Como os governadores de Estado são julgados pelo STJ por crimes comuns (art. 105, I, CF/1988) e perante a Assembleia Legislativa por infração político-administrativa (“crime de responsabilidade”), a competência para processar e julgar ação de improbidade administrativa contra governador de Estado é do STJ.²⁰⁴⁴

Os prefeitos municipais submetem-se ao julgamento político por infração político-administrativa perante a Câmara Municipal e julgamento jurídico por crime funcional no exercício do cargo (aqui sim, autêntico crime de responsabilidade), nos termos do Decreto-Lei 201/1967, bem como à ação de improbidade administrativa, conforme Lei

Paiva MARTINS JÚNIOR (Probidade administrativa, 2006, p. 312).

²⁰⁴² Extrai-se do voto do relator, ministro Cezar Peluso: “seria absurdo ou o máximo do contrasenso conceber que ordem jurídica permita que Ministro possa ser julgado por outro órgão em ação diversa, mas entre cujas sanções está também a perda do cargo. Isso seria a desestruturação de todo o sistema que fundamenta a distribuição da competência”.

²⁰⁴³ STJ, REsp 456.649, 1ª Turma, Relator p/Acórdão Ministro Luiz Fux, DJ 5/10/2006.

²⁰⁴⁴ STJ, Rcl 2790, Corte Especial, Relator Ministro Teori Zavascki, 2/12/2009, DJe 4/3/2010.

8.429/1992, perante o juízo de primeiro grau.²⁰⁴⁵

Como resquício dos fundamentos da não concorrência de sistemas de responsabilidade na Reclamação 2.138/DF, o STJ²⁰⁴⁶ entende que o Presidente da República não se submete à improbidade administrativa, porque a CF/1988, no artigo 85, prevê como hipótese de crime de responsabilidade justamente o atentado contra a “probidade na administração”.²⁰⁴⁷

10.6 Improbidade administrativa como direito de intervenção (judicializado)

Improbidade administrativa não é apenas um conceito jurídico de ordem legal ou constitucional. Não é simplesmente uma categoria de ilícito. Não é tão somente um tipo de ação. Improbidade administrativa é um sistema de apuração de responsabilidade.

Não é um sistema de responsabilidade *política*, porque o juízo de valor não é político, o critério de julgamento não é oportunidade, segundo parâmetros políticos. O juízo de valor é jurídico, o critério de julgamento é a juridicidade, decide-se, na improbidade administrativa, segundo a lei e o Direito. É, pois, uma responsabilidade *jurídica*.

Pelo fato de poder ser aplicada sanção de natureza política (perda de cargo eletivo) ou sanção com impacto direto na seara política (suspensão de direitos políticos), os efeitos do sistema de improbidade administrativa se aproximam daqueles obtidos pelos sistemas de responsabilidade política: responsabilidade política institucional formal no regime de base parlamentarista e *impeachment* no sistema presidencialista. Mas esta aproximação não é suficiente para caracterizar a improbidade administrativa como sistema de responsabilidade política. Como será visto mais adiante, a improbidade administrativa poderá até ser considerada um ilícito de natureza política, mas isso não desnatura o critério do juízo de valor exercido no julgamento, que continua sendo jurídico, e é este critério que caracteriza o sistema de responsabilidade como jurídico ou político.

²⁰⁴⁵ STJ, REsp 1034511, 2ª Turma, Relatora Ministra Eliana Calmon, 1/9/2009, DJe 22/9/2009.

²⁰⁴⁶ STJ, Rcl 2790, Corte Especial, Relator Ministro Teori Zavascki, 2/12/2009, DJe 4/3/2010.

²⁰⁴⁷ Em síntese, o entendimento do STJ é que a LIA aplica-se aos agentes políticos, exceto o Presidente da República, que seria submetido, quanto a ato de improbidade, exclusivamente ao *impeachment*: STJ, 1ª Turma, AgRg no AREsp 115933, Rel. Min. Sérgio Kukina, 1/3/2016, Dje de 8/3/2016; STJ, 2ª Turma, AgRg no REsp 1535688, Rel. Min. Assusete Magalhães, 8/3/2016, Dje de 17/3/2016.

A improbidade administrativa não consubstancia sistema *administrativo* de responsabilidade jurídica, porque toda a aplicação da improbidade administrativa se dá mediante atividade jurisdicional. É, assim, sistema *judicial* de responsabilidade jurídica. Deste modo, a improbidade administrativa não se ajusta a nenhum dos modelos *administrativos* de responsabilidade jurídica, vistos no capítulo 9, tais como o direito penal administrativo, direito de ordenação social (não na concepção penal de Eduardo Correia, mas na concepção de Figueiredo Dias), direito administrativo sancionador (apurado pela Administração).

O modelo brasileiro de improbidade administrativa, enquanto sistema *judicial* de responsabilidade jurídica, destina-se à apuração da prática de ato de improbidade administrativa tanto pelo governante quanto pelos demais agentes públicos. No aspecto do sujeito ativo da responsabilidade, a improbidade administrativa é mais ampla que o *impeachment* no regime presidencialista brasileiro, que almeja o exame da responsabilidade apenas dos governantes, que são, a grosso modo, os agentes públicos da mais alta hierarquia do Estado.

Sendo sistema *judicial*, a improbidade administrativa demanda uma ação judicial, que, como visto na seção 10.3.6, é uma ação civil coletiva. A ação civil coletiva pode ser manejada para defesa de diversos direitos difusos ou coletivos,²⁰⁴⁸ direitos estes que transcendem a individualidade, característica dos direitos tutelados na ação civil individual.

Mas que tipo de sistema judicial de responsabilidade jurídica? É um modelo novo ou pode ser reconduzido a uma responsabilidade civil, a uma responsabilidade penal ou a algum dos modelos *judiciais* da interface entre responsabilidade administrativa e penal já examinados no capítulo 9.

A definição do tipo de sistema de responsabilidade envolve a análise conjunta das sanções aplicáveis, da natureza do ilícito (e seus pressupostos) e da ação judicial cabível (com as garantias processuais envolvidas).

Há uma ampla diversidade de sanções previstas na LIA: algumas com aproximações ou consequências políticas (suspensão dos direitos políticos), umas com natureza essencialmente política (perda de cargo eletivo), outras de natureza jurídico-administrativa (perda da função pública não eletiva, interdição de contratação com a administração) e também de natureza cível (reparação do dano). Esta diversidade de

²⁰⁴⁸ O direito brasileiro apresenta uma definição legal acerca de direito difuso e direito coletivo (artigo 81 da Lei 8.078/1990).

sanções dificulta a definição da natureza do ilícito de improbidade administrativa, assim como do sistema de responsabilidade.

Silvia Di Pietro²⁰⁴⁹ considera que a improbidade administrativa “caracteriza um ilícito de natureza civil e política, porque pode implicar a suspensão dos direitos políticos, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento dos danos causados ao erário”. Diz ainda que reforça a sua tese o fato de as sanções serem aplicáveis não apenas a servidores, mas também a particulares, sobre os quais a administração não tem a princípio poder disciplinar.²⁰⁵⁰ Vê-se que a autora definiu a natureza da improbidade administrativa em razão das sanções.

Não há, contudo, vedação de ordem positivo-constitucional ou teórica para previsão de sanções de natureza política ou com efeito na esfera política no âmbito de sistema judicial de responsabilidade jurídica. Note-se que a geração de efeitos jurídicos na esfera política ou previsão de sanção de natureza política é da essência da função jurisdicional no Estado de Direito Democrático, onde o poder é limitado pela Constituição, ou seja, a Constituição é a fonte primeira da disciplina das conexões entre Direito e Política.

O enfoque exclusivo da natureza das sanções, assim, não se mostra suficiente para caracterizar o ilícito de improbidade administrativa, tampouco o sistema de responsabilidade, especialmente para prisma da conexão com os sistemas de responsabilidade política e os sistemas (judicial e administrativo) de responsabilidade jurídica (penal, cível).

Fazzio Júnior, em vez de levar em conta as sanções, sobreleva o bem jurídico afetado, por isso reputa a improbidade administrativa uma “responsabilidade civil e político-administrativa”, justamente em face da “pluriofensividade” dos atos de improbidade, que atingem não apenas a “probidade administrativa” como também o “patrimônio público econômico” e a própria “cidadania”.²⁰⁵¹ Até porque são diversos os bens atingidos, o enfoque exclusivo do bem jurídico também não se mostra suficiente para definição do modelo de responsabilidade.

A aproximação do modelo de improbidade com os sistemas de responsabilidade política, como já afirmado, é reduzida, porque o juízo de valor exercido no julgamento é distinto. O fato de o modelo de improbidade aplicar sanção de natureza política (perda

²⁰⁴⁹ DI PIETRO (Direito administrativo, 2014, p. 907).

²⁰⁵⁰ DI PIETRO (Direito administrativo, 2014, p. 908).

²⁰⁵¹ FAZZIO JÚNIOR (Improbidade administrativa, 2014, p. 140).

de cargo eletivo) ou com efeitos na seara política não transforma o juízo de valor exercido em critério político. Outro ponto de contato é o caráter preventivo que se pode imprimir na improbidade administrativa, com a possibilidade de afastamento liminar do agente público, inclusive eletivo.²⁰⁵²

De igual modo, embora aplique sanções de natureza administrativa, que atinge bem jurídico-administrativo (boa administração), a improbidade administrativa, por ser sistema judicial, não se ajusta a nenhum dos modelos administrativos de responsabilidade vistos no capítulo 9, tais como o direito penal administrativo, direito de ordenação social (não na concepção penal de Eduardo Correia, mas na concepção de Figueiredo Dias), direito administrativo sancionador. Osório,²⁰⁵³ por compreender que as sanções aplicáveis aos atos de improbidade administrativa são administrativas, entende que o regime aplicável à improbidade administrativa é de direito administrativo sancionador. Descarta-se, no entanto, o regime de direito administrativo sancionador, vez que este inclui a aplicação do direito administrativo pela própria administração, o que não é possível no modelo de improbidade administrativa.

A improbidade administrativa, por objetivar também a reparação do dano, inclui a responsabilidade civil, mas não exaure nela. A possibilidade de aferição da responsabilidade civil também existe na seara penal, e isso não transforma a responsabilidade penal em sistema de responsabilidade civil.

É certo que a improbidade administrativa não configura responsabilidade penal, pois expressamente descartado pela CF/1988. Mas notam-se algumas aproximações. A responsabilidade penal prevê, além da pena principal (prisão), penas secundárias, em determinadas situações, como a suspensão de direitos políticos e a perda da função pública. Por outro lado, a ação civil coletiva, que, como visto na seção 10.3.6, é a ação própria para a improbidade administrativa, tem a mesma natureza coletiva da ação penal, inclusive o legitimado para propor as duas ações é o Ministério Público. Verifica-se que o modelo de improbidade administrativa copiou muitos instrumentos da responsabilidade penal, mantendo-se, contudo, autônomo em relação a ela.

²⁰⁵² Como a LIA inclui o exercente de cargo eletivo no rol de sujeitos ativos da responsabilidade, prevendo sanção de perda do cargo, é natural concluir que, estando satisfeitos os requisitos para a tutelar de urgência, é possível o afastamento liminar (cautelar) do gestor que seja detentor de mandato eletivo. Parte da doutrina critica esta possibilidade, trazendo os mesmos fundamentos utilizados para defender a exclusividade de regime de responsabilidade dos agentes políticos (seção 10.5), especialmente a quebra de hierarquia: por exemplo, Gilmar Ferreira MENDES e Paulo BRANCO (Curso de direito constitucional, 2015).

²⁰⁵³ OSÓRIO (Teoria da improbidade administrativa, 2010, p. 181).

A improbidade administrativa, por não ser penal, não se enquadra como direito de ordenação social (Eduardo Correia), direito penal secundário (Figueiredo Dias) ou direito penal de duas velocidades (Silva Sánchez).

Resta, portanto, dos modelos da interface entre responsabilidade penal e sistema administrativo de responsabilidade jurídica, visto no capítulo 9, o direito de intervenção de Hassemer (seção 9.12). Como foi demonstrado, o direito de intervenção de Hassemer é um modelo judicial de responsabilidade (o direito é aplicado judicialmente), tal qual a improbidade administrativa, e, por esta razão, diferencia-se do sistema administrativo de responsabilidade jurídica. As penas aplicadas na improbidade são pesadas, compatíveis e adequadas com a natureza do ilícito, mas não há pena privativa de liberdade, esta exclusiva do sistema de responsabilidade penal. O modelo de improbidade administrativa configura, pois, direito de intervenção de Hassemer.

O direito de intervenção não se esgota na improbidade administrativa. Esta preenche apenas uma parcela do campo possível do direito de intervenção. No Brasil, outro exemplo de direito de intervenção é o sistema judicial de responsabilização de pessoa jurídica pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira (Lei 12.846/2013, conhecida como Lei Anticorrupção).²⁰⁵⁴

²⁰⁵⁴ Ao contrário da LIA, que somente prevê o modelo judicial de responsabilização, a Lei 12.846/2013 estabelece o processo administrativo (capítulo IV, artigos 8º a 15) e o processo judicial de responsabilização (Capítulo VI, artigos 18 a 21). A responsabilidade da pessoa jurídica na esfera administrativa não afasta a possibilidade de sua responsabilização na esfera judicial (artigo 18). Conforme artigo 3º da Lei 12.846/2013, “a responsabilização da pessoa jurídica não exclui a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores ou de qualquer pessoa natural, autora, coautora ou partícipe do ato ilícito”, que poderá ocorrer na via da improbidade administrativa e na via da responsabilidade penal.

11 ARTICULAÇÃO ENTRE SISTEMAS DE RESPONSABILIDADE

11.1 Tipos de conexão

A existência de diversos sistemas de responsabilidade gera o problema dos limites de cada um e os possíveis conflitos entre eles.²⁰⁵⁵ A delimitação não é fácil; as Constituições e as leis reguladoras de cada sistema dedicam algumas normas específicas sobre a interação entre os sistemas, mas não abrangem todo o problema.

Duas questões surgem das conexões entre os sistemas de responsabilidade: lacunas (conexões negativas) e vinculação entre os sistemas (conexões positivas). As lacunas, sustentam Bidégaray e Emeri,²⁰⁵⁶ decorrem de “construções teóricas centradas em torno de noções de poder público, de privilégios da administração, de atos de governo, de razão de Estado, a barragem elaborada rapidamente que tenta proteger o sistema político e a burocracia que atua contra os seus próprios erros”. As vinculações entre os sistemas de responsabilidade resultam da circunstância de que o mesmo fato pode gerar várias responsabilidades. Como assenta Díez Picazo, a duplicidade de valoração para o mesmo fato, ora jurídica, ora política, é “um dos grandes problemas para a criminalidade dos governantes”,²⁰⁵⁷ a rigor, para o combate das ações irresponsáveis do governante. Esta duplicidade de apuração pode provocar, alerta Benedita Urbano, “diluição dos contornos da responsabilidade política”.²⁰⁵⁸

Há três ordens fundamentais de conexão entre os sistemas de responsabilidade.

A primeira envolve o relacionamento entre sistema de responsabilidade política e o sistema judicial de responsabilidade jurídica. Esta espécie de conexão insere-se numa relação mais ampla entre Direito e Política, cada um destes sistemas sociais tem seu campo de atuação, tem seu código específico de operação (ou critério de decisão), e, por isso, atuam de maneira autônoma, mas com algumas zonas de contato, como nas hipóteses de autorização parlamentar para processamento criminal do governante e de decisões jurídicas que suspendem direitos políticos. Na responsabilidade política, o juízo de valor ou de mérito é político, segue os princípios e convenções políticas. A

²⁰⁵⁵ GONZÁLEZ PÉREZ (El control jurisdiccional de los actos del jefe del estado, 1991, p. 1991).

²⁰⁵⁶ BIDÉGARAY e EMERI (La responsabilité politique, 1998, p. 93).

²⁰⁵⁷ DÍEZ PICAZO (La criminalidad de los gobernantes, 1996, p. 76).

²⁰⁵⁸ Maria Benedita URBANO (Responsabilidade política e responsabilidade jurídica, 2003, p. 39).

fundamentação da decisão resulta dos votos, após debates prévios nas diversas instâncias do Parlamento, não havendo necessidade de motivação específica de cada parlamentar quando do voto. Na responsabilidade jurídica, o juízo de valor é jurídico, decide-se levando em conta o Direito, sendo imperiosa a fundamentação adequada e específica. Por este critério, são sistemas de responsabilidade política: a responsabilidade política institucional formal (responsabilidade do governo perante o parlamento), no regime de base parlamentarista; *recall* e *impeachment* no presidencialismo.²⁰⁵⁹ Os sistemas de responsabilidade política e jurídica estão em planos diferentes, enquadram-se em funções estatais de natureza diversa. Por isso, esta primeira ordem de conexão é dotada de menos vinculações (maior independência, menor dependência) que a segunda ordem.

A segunda ordem consiste no relacionamento entre os diversos sistemas *judiciais* de responsabilidade jurídica, seja responsabilidade do Estado, seja responsabilidade do governante. Será averiguada a conexão entre responsabilidades jurídicas do governante, mas é oportuno registrar que a responsabilidade jurídica do Estado relaciona-se com a responsabilidade jurídica do governante pelo instituto do direito de regresso. A interação entre os sistemas judiciais de responsabilidade jurídica é diferenciada da interação entre sistema de responsabilidade política e sistema de responsabilidade jurídica, uma vez que a segunda ordem de conexão se dá em uma mesma função estatal (jurisdicional). Assim, o grau de vinculação é maior que na primeira ordem.

A terceira ordem de conexão é entre o sistema *judicial* de responsabilidade jurídica e sistema *administrativo* de responsabilidade jurídica. É uma relação entre sistemas inseridos em funções distintas (jurisdição x administração), embora de mesma natureza (jurídica). O órgão responsável pela operacionalização de cada um dos sistemas envolvidos na conexão é diferente: órgão judicial x órgão administrativo. Como há uma superioridade normativa da função judicial sobre a função administrativa, nos países em que adotam o princípio do acesso aos tribunais, a vinculação entre os dois sistemas é mais amplo que o das duas primeiras ordens de conexão.

²⁰⁵⁹ Importante lembrar uma das conclusões das seções 8.6.3 e 8.6.4. Não é de se olvidar que o *impeachment* no sistema presidencialista está localizado entre a responsabilidade política institucional formal (governo perante o parlamento, no regime de base parlamentarista) e a responsabilidade jurídica. Ao contrário do que ocorre na responsabilidade política institucional parlamentar, os fatos geradores do *impeachment* estão tipificados, não podem ser quaisquer fatos, mesmo que prejudicial ou errôneo para o destino da nação. Contudo, o juízo que é feito para exame da responsabilidade é um juízo político, aferido com base no voto, após dos debates gerais que ocorrem no parlamento, sem necessidade de fundamentação específica no momento do voto. O juízo é de *oportunidade tipificada*.

Tendo em mente estas três ordens de interação, serão examinadas as principais lacunas (conexões negativas) na próxima seção (11.2), ao passo que as vinculações (conexões positivas) entre os sistemas serão abordadas nas seções subsequentes (11.3, 11.4 e 11.5), para ao final do capítulo, na seção 11.6, serem apresentados os princípios gerais das conexões entre os sistemas de responsabilidade.

11.2 Princípios limitadores da responsabilidade do governante

Bidégaray e Emeri²⁰⁶⁰ arrolam três princípios “seculares e não contestados” do direito político liberal, que dificultam a apuração da responsabilidade do governante, ao aglutinarem todas as faltas no âmbito do sistema político de responsabilidade, separando as esferas política e jurídica, possibilitando, assim, a máxima contemporânea “responsável, mas não culpável”: a) ato de governo; b) *ne bis in idem*; c) *le politique tient le criminel en l'état*. Tais princípios incidiam na interação entre o sistema de responsabilidade política e o sistema judicial de responsabilidade jurídica, mas, como será demonstrado na seção 11.6 (Princípios gerais de conexão entre sistemas de responsabilidade), no Estado de Direito Democrático, sob a égide do princípio da responsabilidade como princípio estruturante, e ante os paradigmas da *responsiveness* e da boa governação, os princípios são outros.

11.2.1 Ato de governo

A doutrina do ato de governo, como já foi abordada na seção 4.3, diz respeito muito mais à responsabilidade do Estado que à responsabilidade do governante. Trata-se de imunidade de atos de governo perante o contencioso de anulação; mas que pode gerar responsabilidade pessoal do governante.

11.2.2 *Ne bis in idem*

Bidégaray e Emeri²⁰⁶¹ indicam o princípio *ne bis in idem* como fundamento remoto para a prática atual de se considerar o governante responsável, mas não culpável, ou seja, para a absorção da responsabilidade criminal pela responsabilidade política. Os autores não desenvolvem bem o raciocínio, apenas apontando como

²⁰⁶⁰ BIDÉGARAY e EMERI (La responsabilité politique, 1998, p. 97).

²⁰⁶¹ BIDÉGARAY e EMERI (La responsabilité politique, 1998, p. 98).

exemplo desta absorção a jurisdição especial, apartada da jurisdição dos tribunais ordinários, para julgamento de crimes cometidos pelos governantes (*impeachment* no sistema político com base parlamentarista), onde o órgão julgador pode ser o parlamento (*impeachment* puro) ou um tribunal especial com composição mista de parlamentares e juízes. A premissa deles é que, caso a composição do órgão julgador não seja inteiramente de juízes, a responsabilidade apurada terá natureza política, embora o direito aplicável seja o direito penal. Vêem aí a absorção da falta criminal pela política.

A rigor, nos exemplos dados, não há uma conexão entre a responsabilidade política e a responsabilidade jurídica. Ao lado da responsabilidade dos governantes perante os tribunais especiais, fica mantida a responsabilidade política do governo, no sistema de base parlamentarista, e esta não foi abordada pelos autores. Ou seja, há apuração destas duas responsabilidades, sendo que a responsabilidade jurídico-criminal é julgada pelo parlamento ou por tribunal especial com composição mista.

Bidégaray e Emeri, sem se darem conta, acabam se alinhando à corrente confusionista de Benjamin Constant, Maurice Hauriou e Carré de Malberg, que predominou no momento histórico em que a responsabilidade política ainda não tinha sido institucionalizada, onde o que se via era o uso da responsabilidade criminal para fins políticos. Se não havia nesta época uma responsabilidade política do governo perante o parlamento, não se colocava o questionamento da duplicidade de sistemas de responsabilidade (político e jurídico).

Já para as correntes diferenciadoras, formuladas após a autonomização da responsabilidade política, que sustentam uma distinção de gênero entre a responsabilidade política e a responsabilidade jurídica, o princípio *ne bis in idem* poderia ser vislumbrado na perspectiva de que um ato legal, mas mal executado, seria apurado na esfera política, não na criminal. É nesse prisma que Olivier Beaud, mesmo sem se referir ao princípio *ne bis in idem*, entende existir no Estado de Direito Democrático o “princípio constitucional de adequação política”, segundo o qual a responsabilidade dos governantes é assegurada primordialmente pela responsabilidade política, sendo residual a responsabilidade criminal.²⁰⁶²

Mas mesmo nesse ângulo, no desenvolvimento atual da responsabilidade política, é consenso que o pressuposto para a responsabilidade política é um fato político

²⁰⁶² Olivier BEAUD (Le sang contaminé, 1999, p. 120).

adverso, não necessariamente um fato criminoso, mas que pode eventualmente também assim configurar. Já afirmou-se (seção 7.5.4. As dimensões do princípio da responsabilidade) que do princípio constitucional da responsabilidade, sob a égide dos paradigmas da *responsiveness* e da boa governação, decorre que a área imune à responsabilidade jurídica é mínima e que, nesta parte, operam pelo menos dois sistemas de responsabilidade política: além da responsabilidade eleitoral, há, no regime de base parlamentarista, a responsabilidade política institucional (governo perante parlamento), e, no presidencialismo, *recall* ou *impeachment*. Na área de não imunidade jurídica, incidem tanto as diversas modalidades de responsabilidade jurídica (com gradação dos elementos constitutivos) quanto as duas vertentes de responsabilidade política que se aplicam na área de imunidade jurídica.

O princípio *ne bis in idem* nasceu e se desenvolveu na esfera jurídica, nas conexões entre sistemas de responsabilidade jurídica, por isso a dificuldade de aplicação para articulação entre responsabilidade política e responsabilidades jurídicas.

A expressão latina *ne bis in idem* ou sua variante *non bis in idem*²⁰⁶³ significa, literalmente, que não deve haver a repetição (*ne bis*) sobre uma mesma coisa (*in idem*). Naturalmente, surgem dois questionamentos: a) Repetição de quê? De uma investigação, processo ou sanção, ou, ainda, de um outro qualquer sistema de responsabilidade? b) Sobre o quê? Sobre um fato criminoso, uma infração tributária ou uma falta de qualquer natureza?

Com as luzes voltadas a estas indagações, passa-se à análise das origens e sentido adquirido do princípio *ne bis in idem*, onde se constatará que o princípio *ne bis in idem* variou, ao longo da história e dos ordenamentos jurídicos, entre uma noção restritíssima (aplicada a processo cível ou a processo criminal) e uma noção restrita (aplicada a qualquer tipo processo), nunca chegando a ser dominante uma noção ampla (não pode haver dois sistemas de responsabilidade sobre o mesmo fato).²⁰⁶⁴ Também houve uma evolução do princípio *ne bis in idem* no sentido material.²⁰⁶⁵ de uma dimensão

²⁰⁶³ A expressão *non bis in idem* é utilizada com mais frequência no Brasil e na Espanha. Contudo, conforme preleciona GARCÍA ALBERO (Non bis in idem, 1995, p. 23), “*la utilización del adverbio negativo ‘ne’ resulta correcta*”, já que o imperativo negativo em latim é formado pelo verbo no modo subjuntivo, antecedido da partícula de negação *ne*.

²⁰⁶⁴ A constatação da inexistência do princípio *ne bis in idem* nesta noção ampla é cabal quando se está diante da conexão entre responsabilidade jurídica e responsabilidade política.

²⁰⁶⁵ Carlos MAIA (O princípio do 'ne bis in idem' e a Constituição de 1988, 2005, p. 27) indica a equidade como fundamento do *ne bis in idem*, indistintamente para as duas dimensões aqui ressaltadas no texto. Por seu turno, QUERALT JIMÉNEZ (El principio non bis in idem, 1992, p. 10 e ss) arrola a segurança jurídica para a dimensão processual.

processual, com fundamento na segurança jurídica (concretizado pelo instituto da coisa julgada), que impediria o segundo processo sobre o mesmo fato; para uma dimensão substancial, com fundamento na equidade, que proibiria uma segunda sanção de mesma natureza a um indivíduo por idêntico fato.²⁰⁶⁶ Não é demais dizer que atualmente as duas dimensões coexistem, não se excluem. Importa também destacar que o princípio *ne bis in idem* comporta duas concepções, no magistério de Canotilho e Moreira:²⁰⁶⁷ “(a) como direito subjectivo fundamental, garante ao cidadão o direito de não ser julgado mais do que uma vez pelo mesmo facto, conferindo-lhe, ao mesmo tempo, a possibilidade de se defender contra actos estaduais violadores deste direito (direito de defesa negativo); (b) como princípio constitucional objectivo (dimensão objectiva do direito fundamental), obriga fundamentalmente o legislador à conformação do direito processual e à definição do caso julgado material, de modo a impedir a existência de vários julgamentos pelo mesmo facto”.

Na Antiguidade, a noção de *ne bis in idem* não estava vinculada exclusivamente à matéria penal.²⁰⁶⁸ Na Grécia, Demóstenes, no ano de 355 a.C, dissertando sobre a Lei de Leptino, que abolia as imunidades tributárias das magistraturas, sustentava que “as leis proibem proceder judicialmente duas vezes contra a mesma pessoa pelos mesmos fatos, quer se trate de ação civil, de prestação de contas, (...) ou de qualquer outro pleito desse gênero”, e, em 353 a.C., em discurso contra Timócrates, afirmou que não é permitido que “qualquer questão já decidida pelo tribunal seja julgada uma segunda vez”.²⁰⁶⁹

Em Roma, onde se cunhou a expressão em si, não estava ela também restrita aos processos criminais. No final do século IV a.C., noção do princípio já aparece na Lei das Doze Tábuas (450 a.C.). Em seguida, a *Lex Acilia Repetundarum*, do ano 123 a.C., estabeleceu que, após sentença cível finalizando o processo, seria incabível uma nova

²⁰⁶⁶ Alguns autores mantêm a designação de princípio *ne bis in idem* para a dimensão processual e designam a segunda dimensão de princípio da proibição de dupla punição. É o caso de ZAFFARONI *et al.* (Direito penal brasileiro, 2015, pp. 234-235) que assentam que “o princípio processual *ne bis in idem* e a proibição de punição dupla acham-se intimamente vinculados, mas não coincidem quanto a seu alcance: o primeiro opera mesmo antes da punição, e a segunda também em casos nos quais o primeiro não se encontra formalmente comprometido”. Importa destacar que Juliette LELIEUR-FISCHER (La règle *ne bis in idem*, 2005, p. 21) defende três dimensões do princípio: a) proibição de acumulação de ações penais pelos mesmos fatos; b) proibição de acumulação de qualificações jurídicas por uma só conduta; c) proibição de cumulação de sanções.

²⁰⁶⁷ Gomes CANOTILHO e Vital MOREIRA (Constituição da República... Vol. I, 2007, p. 497).

²⁰⁶⁸ Até porque entendia-se naquela época que o ilícito penal não se constituía um tipo diferenciado de ilicitude.

²⁰⁶⁹ DEMÓSTENES (Acerca de la inmunidad – contra la Ley de Leptino [354 a.C.], 1969, p. 317). Os discursos de DEMÓSTENES podem ser também obtidos na Biblioteca Digital da Universidade Tufts, especificamente no Projeto Perseus (<http://www.perseus.tufts.edu>).

ação sob os mesmos fundamentos. Quintiliano, por volta de 95 d.C., registrou em “*Institutio Oratoria*” a máxima “*bis de eadem re ne sit actio*”, que foi acompanhada, no mesmo esquadro, pelo imperativo de Gaio, em 161 d.C (Instituições, IV, § 108): “*alia causa fuit olim legis actionum, nam qua de re actum semel erat, de ea postea ipso iure agi non poterat; nec omnino ita, ut nunc, usus erat illis temporibus exceptionum*”. Posteriormente, esta noção foi incorporada no Código de Justiniano (482 a 565 d.C.), que em seguida foi melhor desenvolvida no Digesta de Justiniano.²⁰⁷⁰

Um dos fundamentos do princípio *ne bis in idem*, no direito romano, era a consunção. Entendia-se que o direito era consumido (exaurido), após o exercício do direito, não podendo haver um segundo gozo daquele direito. Por esta razão, o princípio *ne bis in idem* foi naturalmente se materializando por meio da exceção da coisa julgada (*exceptio rei iudicate*), o que, segundo Saboya,²⁰⁷¹ corresponde à extensão dos três requisitos da coisa julgada ao referido princípio: identidade das partes, do pedido e dos fundamentos. Por esta razão, os países influenciados pela tradição romana, como o Brasil e os países da Europa Continental, mantiveram o princípio estreitamente vinculado à formulação teórica da coisa julgada.

Embora após a queda do Império Romano o princípio *ne bis in idem*, na sua dimensão processual, tenha se mantido no seio da Igreja Católica, o que se constata pelos decretos do Papa Gregório IX, de 1246, o fato é que, com o advento dos sistemas processuais inquisitivos no século XIII, a verdade material prevaleceu sobre a segurança jurídica, de modo que pouca importância foi dada à coisa julgada e ao princípio *ne bis in idem*.²⁰⁷²

Na Inglaterra, uma das regras mais antigas da *common law* é a proibição do *double jeopardy* (duplo risco), que significa que nenhuma pessoa deve ser colocada mais de uma vez em uma situação de risco pela mesma ofensa.²⁰⁷³ Originou-se de uma disputa no século XII entre Henrique II e o arcebispo Thomas Becket, onde se indagava se os clérigos condenados nas Cortes eclesiásticas estavam isentos de futuras sanções

²⁰⁷⁰ David RUDSTEIN (A Brief History of the Fifth Amendment Guarantee ..., 2005, p. 199).

²⁰⁷¹ Keity SABOYA (Ne bis in idem: história, teoria e perspectiva, 2014, pp. 8-10).

²⁰⁷² Keity SABOYA (Ne bis in idem: história, teoria e perspectiva, 2014, p. 17). Conferir também Francisco Javier LÉON VILLALBA (Acumulación de sanciones penales y administrativas, 1998, pp. 98-99), que afirma que não se aplicava o princípio quando a primeira sentença era de outra jurisdição.

²⁰⁷³ Carlos MAIA (O princípio do 'ne bis in idem' e a Constituição de 1988, 2005, p. 28). Segundo ZAFFARONI *et al.* (Direito penal brasileiro, 2015, p. 234), “o primeiro antecedente remonta ao direito inglês, em 1776, embora provenha do direito civil continental, originado da Grécia e desenvolvido no Código de Justiniano”.

perante as Cortes reais.²⁰⁷⁴ Considerou-se que uma nova punição ou mesmo um novo julgamento é obstaculizado em razão de ter havido uma absolvição ou condenação anterior pelo mesmo fato. Importante ressaltar que a origem do princípio decorreu de conexão entre sistemas autônomos de responsabilidades, que se desenvolviam perante instâncias diferentes. No *Habeas Corpus Act*, de 1679, ficou estabelecido que a pessoa solta em razão de concessão de *habeas corpus* não poderia ser presa novamente, pelo mesmo crime, sob pena de multa ao responsável pela prisão ilegal. No precedente de *Connely v. D.P.P* (1964), o Comitê de Apelações da *House of Lords*, que fazia às vezes de Suprema Corte naquela época, decidiu, considerando a teoria do abuso do processo, que o princípio também impedia novos indiciamentos pelos mesmos fatos do processo anterior.²⁰⁷⁵

Na Europa continental, o princípio *ne bis in idem* é formulado no âmbito do processo penal, por ocasião do Iluminismo, na segunda metade do século XVIII, como uma reação ao sistema criminal da época, caracterizado pelas sanções cruéis e, no aspecto processual, pela possibilidade de investigação indefinida dos fatos e reabertura de processos já encerrados (vigorava a máxima *plus amplement informé*).²⁰⁷⁶ A Constituição francesa de 1791, após a revolução de 1789, positivou o princípio *ne bis in idem* no artigo 9º do Capítulo V (Poder Judicial), segundo o qual “todo homem absolvido por um júri legalmente constituído não pode mais ser julgado nem acusado de novo em razão do mesmo fato”. Mesma norma se repetiu no CP (*Code des délits et des peines*), de 1791, ou Código Brumário, e no CPP (*Code d'Instruction Criminelle*, artigos 246 e 360), de 1808, que se seguiu ao CP. A Constituição vigente da França, de 1958, deixou de reconhecer expressamente o princípio, contudo ele está disciplinado no artigo 368 do *Code de Procédure Pénale*, segundo o qual é vedado um novo julgamento pelos mesmos fatos, mesmo que com outra qualificação.²⁰⁷⁷ Na Alemanha, o artigo 103, III, da *Grundgesetz*, adotou o princípio *ne bis in idem*, vedando expressamente o duplo julgamento pelo mesmo fato, mas com base no direito penal comum. A literalidade da

²⁰⁷⁴ Ian DENNIS (Rethinking double jeopardy: justice and finality in criminal process, 2000, p. 935).

²⁰⁷⁵ Ian DENNIS (Rethinking double jeopardy: justice and finality in criminal process, 2000, p. 936).

²⁰⁷⁶ Carlos MAIA (O princípio do 'ne bis in idem' e a Constituição de 1988, 2005, p. 29).

²⁰⁷⁷ Neste caderno processual francês, não foi regulado o instituto da coisa julgada (ou caso julgado). Na Espanha, da mesma forma que na França, a Constituição não menciona o princípio *ne bis in idem*. Não obstante, o Tribunal Constitucional espanhol tem reconhecido o princípio.

norma constitucional permite a cumulação de sanções penais e administrativas.²⁰⁷⁸ O CPP (*Strafprozessordnung*), porém, não esmiuçou o princípio. Pacífico é o entendimento de que o princípio *ne bis in idem* só alcança os processos que se instauraram no território alemão, não sendo óbice para o novo processamento uma condenação pelo mesmo fato em outro país, podendo haver a detração da pena eventualmente cumprida no estrangeiro.²⁰⁷⁹

Na Constituição norte-americana, a proibição do *double jeopardy* foi acolhida expressamente na 5ª Emenda, de 1791, que compõe o *Bill of Rights*, pela qual “nenhuma pessoa poderá, pela mesma ofensa, sujeitar-se duas vezes ao risco de sua vida ou parte dela”. A interpretação desde cedo deste dispositivo constitucional foi de que proibia tanto o duplo indiciamento ou processamento quanto o duplo sancionamento. Para saber se as infrações são idênticas para fins de incidência do *double jeopardy*, a Suprema Corte dos EUA, no caso *Blockburger v. United States* (284 U.S. 299, 1932), definiu um teste, que ficou conhecido como teste de *Blockburger*, segundo o qual a ofensa será diversa se demanda prova de um elemento diferente da ofensa paradigma.²⁰⁸⁰ A Suprema Corte, no caso *Palko v. Connecticut* (302 U.S. 319 - 1937), face as peculiaridades da federação, especialmente a autonomia dos estados-membros, decidiu que as garantias constitucionais do devido processo legal (as oito primeiras emendas) não eram aplicáveis aos estados, mas tão somente à União. Prevaleceu este precedente por três décadas, tendo sido revertido por ocasião do julgamento do processo *Bento v. Maryland* (395 U.S. 784, 795 – 1969), quando a Suprema Corte, chefiada por Earl Warren e composta por uma maioria liberal, decidiu que as garantias do *Bill of Rights* eram fundamentais para os Estados Unidos como um todo, aplicando-se às esferas federal e estadual. Já durante a presidência de Warren Burger e composição conservadora em sua maioria, a Suprema Corte consolidou entendimento, anteriormente exarado (*Bartkus v. Illinois*, 359 U.S. 121), no sentido de que as esferas federal e estadual são independentes para o fim do *double jeopardy*, de sorte que uma condenação ou absolvição federal não impediria que a esfera estadual fosse acionada para o mesmo fato, e *vice versa*. A independência dos sistemas de responsabilidade (civil e administrativo) quanto à aplicação do *double jeopardy* também foi

²⁰⁷⁸ Claus ROXIN (Derecho penal: parte general. Vol. I, 1997, p. 75) que considera insatisfatório o preceito constitucional justamente por permitir, em sua literalidade, a cumulação de sações penais e administrativas.

²⁰⁷⁹ Carlos MAIA (O princípio do 'ne bis in idem' e a Constituição de 1988, 2005, p. 37).

²⁰⁸⁰ Carlos MAIA (O princípio do 'ne bis in idem' e a Constituição de 1988, 2005, p. 31).

expressamente ressaltada pela Suprema Corte dos EUA.²⁰⁸¹

Em Portugal, o princípio *ne bis in idem* foi adotado expressamente pela Constituição de 1976, em matéria criminal: “Artigo 29 (...) 5. Ninguém pode ser julgado mais do que uma vez pela prática do mesmo crime”. O preceito constitucional proíbe literalmente apenas o duplo julgamento, mas, como apontam Canotilho e Moreira, “é óbvio” que, se não se pode julgar, não se pode aplicar sanção, por isso, a proibição alcança “a aplicação renovada de sanções jurídico-penais pela prática do mesmo crime”.²⁰⁸² Para avaliar a identidade do mesmo crime, deve-se recorrer aos conceitos jurídicos da doutrina do direito penal e direito processual penal,²⁰⁸³ bem como ao bem jurídico tutelado. Não viola o princípio *ne bis in idem* se a conduta for ao mesmo tempo infração disciplinar e crime, ou crime e contraordenação.²⁰⁸⁴ Ante esta noção restritíssima do princípio *ne bis in idem* no direito português, tornam-se relevantes os efeitos não-penais dos casos julgados penais, tais como as questões “(i) do valor da decisão penal sobre questões prejudiciais não penais; (ii) da oponibilidade a terceiros da decisão penal condenatória, nos termos dos artigos 674-A; e (iii) da eficácia da decisão penal absolutória, prevista no artigo 674-B, ambos do Código de Processo Civil”.²⁰⁸⁵

No direito da União Europeia, verificam-se normas que impõe a densificação do princípio *ne bis in idem* pelos Estados-membros da União Europeia: artigo 4º do Protocolo adicional nº 7º à Convenção Europeia dos Direitos do Homem; artigo 54 da Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen; artigo 50 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Além disso, no que tange às interações dos sistemas

²⁰⁸¹ *Hudson et alli v. United States* 522 US 93 (1997); *Monge v. California* 524 US 721 (1997).

²⁰⁸² Gomes CANOTILHO e Vital MOREIRA (Constituição da República...Vol. I, 2007, p. 497). Os autores fazem referência ao Acórdão nº 244/1999 do Tribunal Constitucional português.

²⁰⁸³ Gomes CANOTILHO e Vital MOREIRA (Constituição da República...Vol. I, 2007, p. 497).

²⁰⁸⁴ Gomes CANOTILHO e Vital MOREIRA (Constituição da República...Vol. I, 2007, p. 498). Os autores citam os seguintes precedentes do Tribunal Constitucional: Acórdão nº 263/1994 e Acórdão nº 244/1994.

²⁰⁸⁵ Henrique SALINAS (Os limites objectivos do 'ne bis in idem' ..., 2014, p. 14). A rigor, os efeitos não-penais dos casos penais transbordam o princípio *ne bis in idem*, razão pela qual prefere-se encaixar este tema no princípio da interdependência entre as decisões (seção 11.6.4), um dos princípios gerais das conexões entre os sistemas de responsabilidade, oportunidade em que serão abordados o efeito executivo, o efeito positivo (ou vinculante) e o efeito negativo (ou impeditivo ou preclusivo). Diz ainda Henrique SALINAS (Os limites objectivos do 'ne bis in idem' ..., 2014, p. 13) que “o efeito executivo da decisão transitada em julgado permite que se proceda à execução das decisões condenatórias, como resulta do artigo 467, nº 118. A sentença condenatória transitada constitui pressuposto indispensável para a execução das penas e medidas de segurança, uma vez que só à jurisdição cabe o poder de as aplica” (p. 13). O efeito positivo traduz-se na eficácia da decisão penal em processos não penais. O efeito negativo do caso julgado material corresponde ao impedimento de novo processo, contra a mesma pessoa, que seja repetição de um processo anterior.

penais dos Estados-membros, a União Europeia disciplina, ao lado do instituto da harmonização e o da cooperação, o reconhecimento mútuo das decisões criminais dos Estados-membros,²⁰⁸⁶ estabelecendo as condições para sua incidência, bem como as hipóteses em que o princípio *ne bis in idem* é aplicável, impedindo o cumprimento das decisões estrangeiras no território nacional.

No âmbito do direito internacional geral, vê-se que o artigo 14, 7º, do Pacto Internacional sobre os direitos civis e políticos, aprovado pelas Nações Unidas em 1966, determina que “ninguém poderá ser processado ou punido por um delito pelo qual já foi absolvido ou condenado por sentença passada em julgado, em conformidade com a lei e com os procedimentos penais de cada país”. Curiosamente, o alcance do princípio, conforme recomendação do Comitê de Direitos do Homem, não é internacional, ficando limitado às duplas condenações dentro de um mesmo Estado.²⁰⁸⁷

A CF/1988 não arrola expressamente o princípio *ne bis in idem* entre os direitos e garantias do devido processo. O entendimento doutrinário majoritário é de que o princípio *ne bis in idem* deriva dos princípios da “legalidade (art. 37, CF), proporcionalidade e devido processo penal (arts. 1 a 5, LIV, CF)”,²⁰⁸⁸ traduzindo-se no preceito de que ninguém pode ser condenado ou processado duas vezes pelo mesmo fato.

Não obstante o não acatamento no âmbito constitucional, vêem-se algumas manifestações na legislação ordinária. No Estatuto do Estrangeiro (Lei Federal 6.815/1980), conforme preconiza o artigo 77, inciso V, não será concedida a extradição se o “extraditando estiver a responder a processo ou já houver sido condenado ou absolvido no Brasil pelo mesmo fato em que se fundar o pedido”. Contudo, isso não impede de ser processado e julgado no Brasil, caso a justiça brasileira seja também competente para o julgamento do crime nos termos da legislação interna, especialmente as normas sobre extraterritorialidade, como o artigo 7º do CP. O CPP (artigo 95, incisos III e V) adota, de maneira indireta, o princípio *ne bis in idem* em sua dimensão processual, ao disciplinar os institutos da litispendência (processo anterior sem sentença transitada em julgado) e coisa julgada (processo anterior com sentença transitada em

²⁰⁸⁶ Na assertiva de Inês PINTO (A harmonização dos sistemas de sanções penais na Europa, 2013, p. 87), “através do mecanismo de reconhecimento mútuo, os Estados reconhecem reciprocamente a validade de actos (*maxime*, decisões judiciais) praticados ou outro Estado, executando-se se necessário. Em princípio, este reconhecimento deverá ser automático ou quase automático, implicar poucas formalidades e produzir efeitos equivalentes aos que teria uma decisão judicial nacional”.

²⁰⁸⁷ Michel PRALUS (Étude en droit pénal international ..., 1996, p. 567).

²⁰⁸⁸ Gustavo BINENBOJM (Separação de poderes, legitimidade democrática ..., 2015, p. 663).

julgado). A Convenção Americana de Direitos Humanos ou Pacto de São José da Costa Rica, de 1969, estatui, no que tange às garantias judiciais, na cláusula 8ª, item 4, que “o acusado absolvido por sentença transitada em julgado não poderá ser submetido a novo processo pelos mesmos fatos”. Da mesma forma que nos EUA, onde não se aplica o princípio nas incidências simultâneas de normas da União e dos Estados-membros, no Brasil é permitida a dupla tributação sobre o mesmo fato gerador por membros diversos da federação, que é reconhecida como “bitributação” e não *bis in idem*, esta restrita a uma mesma entidade da federação. Há quem defenda que o princípio impediria a cumulação de sanção administrativa e multa processual (*astreintes*), quando as hipóteses de incidências forem exatamente as mesmas, e a multa processual traduzir apenas um reforço quantitativo da sanção administrativa, repetindo “a obrigação genérica e abstrata já fixada em lei, para a qual já existia sanção”.²⁰⁸⁹ Como se percebe, o princípio no direito brasileiro não fica restrito aos processo criminais, adotando-se, assim, uma noção apenas restrita, não restritíssima. Ademais, no direito brasileiro, reconhece-se a independência dos sistemas de responsabilidade, podendo um mesmo fato originar diversas apurações, com perspectivas normativas diferentes e valorações autônomas.²⁰⁹⁰

A noção ampla do princípio *ne bis in idem* corresponde à proibição de dois sistemas de responsabilidade apurar o mesmo fato. Esta noção é pouco apreendida nos ordenamentos jurídicos. Note-se que, na conexão entre sistema judicial de responsabilidade jurídica (por exemplo, criminal) e sistema administrativo de responsabilidade jurídica, o princípio *ne bis in idem* perde muito seu encanto, uma vez que o sistema judicial poderá rever a aplicação da sanção administrativa pelos órgãos administrativos. Assim, iniciada revisão judicial da sanção aplicada administrativamente, a conexão passa a ser entre sistemas judiciais de responsabilidade (criminal x jurídico-administrativa), e não entre sistema administrativo e sistema judicial.²⁰⁹¹

²⁰⁸⁹ Defende este posicionamento Gustavo BINENBOJM (Separação de poderes, legitimidade democrática ..., 2015, p. 660 e 664). Reconhece ele que a sanção administrativa e a multa processual (*astreintes*) têm naturezas, finalidades e pressupostos diversos, sendo lícita, de uma forma geral, a acumulação, mas não na hipótese destacada no texto (quando a multa processual é apenas um reforço quantitativo da sanção administrativa).

²⁰⁹⁰ Gustavo BINENBOJM (Separação de poderes, legitimidade democrática ..., 2015, p. 663).

²⁰⁹¹ Constata-se na Espanha um intenso desenvolvimento doutrinário acerca do princípio *ne bis in idem*, no sentido mais amplo, a proibir o duplo sancionamento entre instâncias de responsabilidade jurídica, comumente entre responsabilidade criminal e responsabilidade administrativa, mas não entre responsabilidade política e responsabilidade jurídico-criminal. A partir da segunda metade do século XX,

E no que tange à conexão entre responsabilidade política e responsabilidade jurídica, é praticamente inexistente a noção ampla do princípio *ne bis in idem*, onde a falta do governante somente seria apurada em um sistema de responsabilidade, com preferência ao sistema de responsabilidade política. Pressupõe-se, assim, que “a responsabilidade abrange a culpabilidade eventual, a falta política absorve a falta penal, que ela dissolve literalmente”.²⁰⁹²

A jurisprudência dos tribunais brasileiros sempre foi majoritária no sentido da inaplicabilidade do princípio *ne bis in idem*, no sentido amplo, sob fundamento de que as instâncias são independentes e de que os fatos, em razão das valorações autônomas e das diversas perspectivas normativas, são distintos.²⁰⁹³ A jurisprudência brasileira reconhece, por outro lado, a impossibilidade de cumprimento duas vezes da mesma sanção aplicada em sistemas diversos de responsabilidade. Por exemplo, na sentença criminal, além da sanção penal, é fixado o ressarcimento civil; caso haja condenação ao ressarcimento em uma ação civil, ou mesmo no sistema de responsabilidade financeira, o condenado bastará cumprir uma vez o ressarcimento. Outra situação diz respeito ao afastamento do cargo público e à inabilitação para o exercício de funções públicas, que podem ser aplicados aos governantes em vários sistemas de responsabilidade (jurídico-criminal, *impeachment* e modelo brasileiro de improbidade administrativa), bastando o cumprimento das referidas sanções aplicadas em qualquer um dos sistemas de responsabilidade. Quanto à dupla investigação ou duplo processamento, a noção ampla

com o reconhecimento dos direitos fundamentais no âmbito constitucional, o princípio *ne bis in idem* começa ganhar contornos mais substantivos, descolando-se dos institutos processuais da coisa julgada ou do efeito preclusivo. Com base nisso e na defesa de um direito punitivo geral, a englobar direito penal e direito administrativo, a doutrina majoritária espanhola sustenta que o princípio *ne bis in idem* impede o sancionamento duplo nestas duas áreas pelos mesmos fatos. Nesse sentido, conferir Francisco Javier LÉON VILLALBA (*Acumulación de sanciones penales y administrativas*, 1998, p. 88), José MUÑOZ LORENTE (*La nueva configuración del principio non bis in idem*, 2001, p. 36), Jacobo López BARJA DE QUEIROGA (*El principio non bis in idem*, 2004, pp. 45-46). Keity SABOYA (*Ne bis in idem: história, teoria e perspectiva*, 2014, p. 26), que se filia à corrente espanhola, não deixa de reconhecer que “historicamente o princípio do *ne bis in idem*” foi aplicado “quase que exclusivamente na ordem interna dos Estados e de forma restrita à jurisdição criminal”.

²⁰⁹² BIDÉGARAY e EMERI (*La responsabilité politique*, 1998, p. 98). Os autores não classificam o princípio *ne bis in idem* nas noções apresentadas no presente trabalho. Eles apenas se referem ao princípio *ne bis in idem* como um dos que dificultam a responsabilidade do governante, mas não o desenvolvem.

²⁰⁹³ O STF, no MS 20.518/DF (Tribunal Pleno, Relator Ministro Cordeiro Guerra, em 4/9/1985, DJ 20/9/1985), assentou a independência das instâncias (penal e administrativa), preconizando que “a prévia condenação penal não é requisito de punição administrativa pelo mesmo fato, ainda que criminoso”. O STF, no HC 62.196/MG (1ª Turma, Relator Ministro Rafael Meyer, em 26/2/1985, DJ 15/3/1985), considerou que um mesmo fato pode ser apurado como ilícito administrativo e como contravenção penal, pois os bens jurídicos envolvidos são diversos, “sem que entre ambas as normas ocorra incompatibilidade causante de revogação nem de sua aplicabilidade resulte *bis in idem*”.

do princípio *ne bis in idem* apresenta-se tão somente no âmbito das peças técnicas dos acusados, não encontrando guarida nas decisões judiciais, tampouco na legislação pátria.

Aproxima-se desta noção ampla a doutrina a seguir examinada, onde se sustenta que o sistema político de responsabilidade tem a prerrogativa para autorizar ou suspender a responsabilização jurídica, é dizer, *le politique tient le criminel en l'état*.

11.2.3 *Le politique tient le criminel en l'état*

Enquanto o princípio *ne bis in idem* (em sentido amplo) só permitiria a apuração da falta do governante na esfera política, a doutrina *le politique tient le criminel en l'état* parte de uma independência das instâncias política e jurídica, mas uma independência relativa, ou seja, com previsão de mecanismos de interferência da esfera política no sistema de responsabilidade jurídica, notadamente a autorização para o processamento na instância jurídica.

Em muitos países, ponderando “o princípio da separação de poderes e a necessária proteção dos indivíduos portadores de um mandato político (representativo e/ou ministerial)”, adota-se uma regra simples: à responsabilidade política agrega-se eventualmente a culpabilidade suscetível de ser sancionada por uma instância penal.²⁰⁹⁴ Esta agregação não se confunde com exclusão do sistema de responsabilidade jurídica, mas apenas consiste em uma autorização para o processamento nesta última. Nas palavras de Bidégaray e Emeri, a configuração do princípio *le politique tien le criminel en l'état* é “simples” e quer dizer que “os dois mundos da política e do penal são claramente distinguidos”, mas, “quando eles se sobrepõem, o primeiro entrega eventual culpado ao segundo”.²⁰⁹⁵ O tribunal competente para julgamento do governante é estabelecido em instância fora da esfera política, seja jurisdição ordinária (artigo 102 da Constituição da Espanha; artigo 103 da Constituição da Bélgica; artigo 119 da Constituição da Holanda), seja jurisdição especial,²⁰⁹⁶ sendo necessário um ato de entrega do parlamento.

O sentido do princípio *le politique tien le criminel en l'état* é similar ao princípio

²⁰⁹⁴ BIDÉGARAY e EMERI (La responsabilité politique, 1998, p. 116).

²⁰⁹⁵ BIDÉGARAY e EMERI (La responsabilité politique, 1998, p. 117).

²⁰⁹⁶ *High Court* (artigo 16 da Constituição da Dinamarca; artigo 47 da Constituição da Finlândia), *Corte Especial* (artigo 86 da Constituição da Grécia) ou Tribunal Constitucional (artigo 142 da Constituição da Áustria).

le criminel tient le civil en état, consagrado pelo artigo 3º do CPP francês, segundo o qual a ação civil ajuizada é suspensa até o pronunciamento judicial definitivo na ação criminal.

Constata-se também que, iniciado o processo de responsabilização criminal, após autorização parlamentar ou sem esta nos ordenamentos que não a exigem, “efeitos perversos de uma absorção do penal pela política se manifestam,” e por vezes, a “*le politique paralyse le criminel*” (a política paralisa o criminal).²⁰⁹⁷ Não são apenas as imunidades dos governantes, reconhecidas pela legislação, que retiram a possibilidade de responsabilização, mas também uma extensa rede de proteção originada destas imunidades, que é tecida pela classe política em torno de si para se proteger contra a pressão do sistema judiciário, com fins de aumentar o espaço de liberdade em que se pode praticar atos que somente a moral reprovava.²⁰⁹⁸ Neste contexto, os tribunais algumas vezes invocam uma qualquer “razão de Estado”, como o risco da desestabilização das instituições, para deixar de responsabilizar o governante, paralisando ou encerrando o processo.²⁰⁹⁹

A eficácia limitada da sentença penal sobre a esfera política é outro fator de paralisia. Na França e no Brasil, durante muito tempo, a suspensão dos direitos políticos era uma pena acessória à sanção criminal, independentemente de aplicação expressa na sentença penal. O novo CP francês de 1994 e a reforma do CP brasileiro em 1984 passaram a exigir decisão expressa do juízo criminal. Além disso, com o novo Código Eleitoral francês, aprovado pela Lei 65/1995, restringiu-se a liberdade de apreciação dos tribunais acerca de certas categorias de crimes (extorsão, corrupção ativa e passiva, tráfico de influência, etc.), o que transforma em “mel a luta contra a corrupção nos últimos anos”.²¹⁰⁰ O prazo de suspensão dos direitos políticos nestes casos é de cinco anos. Além de serem curtos os prazos de suspensão dos direitos políticos e os prazos de inelegibilidades decorrentes de sentença penal condenatória, o político acaba retornando com um novo mandato após cumprimento do prazo, e, mesmo durante o cumprimento da pena, muitas vezes indica uma pessoa de sua família ou de sua confiança pessoal para se candidatar em seu lugar.

²⁰⁹⁷ BIDÉGARAY e EMERI (La responsabilité politique, 1998, pp. 117-118).

²⁰⁹⁸ BIDÉGARAY e EMERI (La responsabilité politique, 1998, p. 118).

²⁰⁹⁹ BIDÉGARAY e EMERI (La responsabilité politique, 1998, p. 118).

²¹⁰⁰ BIDÉGARAY e EMERI (La responsabilité politique, 1998, p. 123).

11.3 Crise da responsabilidade política e expansão da responsabilidade criminal

É praticamente universal a crise de legitimidade do parlamento, assim como a crise do próprio sistema político, desde o final do século XX e mais profundamente no século XXI. As leis aprovadas pelos parlamentos estão cada vez mais distantes do interesse do eleitor. A corrupção envolvendo governantes e políticos em geral está cada vez mais elevada. O sistema de responsabilidade política, a cargo da esfera política, obviamente tem interesse direto em procrastinar a apuração das faltas e desvios. Os governantes envolvidos em escândalos muitas vezes não assumem espontaneamente suas responsabilidades (autorresponsabilidade política enquanto responsabilidade moral), deixando de demitir-se, como já foi usual. Os mecanismos de responsabilidade política difusa e de responsabilidade política institucional livre também não têm sido capazes de pressionar efetivamente o governante a reconhecer o erro. Os governantes tentam construir uma blindagem perante a responsabilidade política com argumentos e razões tipicamente jurídicos, dissociados da lógica da responsabilidade política, como, por exemplo, sustentar que não é responsável porque ainda não foi proferida nenhuma decisão judicial a ele desfavorável, como se os sistemas não fossem independentes.

Como reação à pouca efetividade da responsabilidade moral e responsabilidade política, surge como natural o agigantamento da responsabilidade jurídica, fazendo “com que se atribua plenitude de investigação e julgamento ao juízo penal”.²¹⁰¹ O juízo penal apresenta-se como “um paliativo para a responsabilidade moral decadente”.²¹⁰² Utiliza-se o sistema de responsabilidade jurídica com vistas a neutralizar a deficiência também do sistema de responsabilidade política, traduzindo, a rigor, um “fenômeno do aproveitamento político da responsabilidade jurídica”.²¹⁰³ Como o governante não se demite e o sistema de responsabilidade política não tem impulso, os atores políticos, especialmente os da oposição, fazem uso das ações cabíveis no âmbito jurídico para conseguir o afastamento do governante cargo, seja pela decisão judicial em si, seja pela pressão que as ações ajuizadas causam sobre o investigado. Este fenômeno é potencializado pela exposição pública a que estão sujeitos os governantes e políticos em geral, e pela atuação da mídia investigativa. A “informação de garantia” na Itália,

²¹⁰¹ Guido MODONA (Il difficile confini tra responsabilità politica ..., 1994, pp. 2-3).

²¹⁰² Florence GALLETI (Le juge pénal, 2000, p. 70).

²¹⁰³ Maria Benedita URBANO (Responsabilidade política e responsabilidade jurídica, 2003, p. 39).

instituto equivalente a dar ciência de investigação à pessoa envolvida, está se tornando uma “arma na mídia”.²¹⁰⁴

Percebe-se, sem muito esforço, que a responsabilidade política está em crise,²¹⁰⁵ há uma “descaracterização progressiva do conceito de responsabilidade política”.²¹⁰⁶ Se antes, via-se uma diluição da responsabilidade penal na responsabilidade política, atualmente vê-se mais o inverso: a absorção da responsabilidade política pela penal.²¹⁰⁷ Esta substituição (ou absorção) da responsabilidade política pela responsabilidade penal é o que Olivier Beaud denomina de criminalização da responsabilidade dos governantes.²¹⁰⁸

Pode-se citar alguns processos e fatos que indicam que há um novo modelo de interação entre as duas esferas de responsabilidade (política e jurídica): a) na Itália, o processo do senador Andreotti, em que era acusado de crime de associação com a máfia;²¹⁰⁹ b) na França, o caso do sangue contaminado; c) na Espanha, rechaça-se a possibilidade de responsabilidade política por fatos que sejam crimes.²¹¹⁰

Muitos autores condenam a absorção da responsabilidade política pela penal, como Olivier Beaud e Díez-Picazo, este chegando a afirmar que seria uma regressão do constitucionalismo.²¹¹¹ Não é bem assim. As interações entre os sistemas são salutares. O que não é aceitável é a interferência de um sobre o outro, um impedir o funcionamento do outro. Contudo, se um não está operando a contento, não foge a razoabilidade que o outro sistema procure cobrir aquele espaço, pois, como já foi ressaltado, não pode haver poder sem responsabilidade. Concorde-se que a responsabilidade política está em crise, ela está em crise em razão de sua inefetividade, em razão de os governantes e os seus controladores políticos fazerem de tudo para não se chegar a uma responsabilização; mas não se reputa que o sistema de responsabilidade jurídica seja o causador desta crise. Mesmo quando Antoine Garapon afirma que “o uso multiplicado ao juiz criminal é o sinal de uma democracia medrosa, que prefere prontamente intervir ‘*ex post*’ quando o escândalo é manifesto, mas que se cuida para

²¹⁰⁴ DÍEZ-PICAZO (La criminalidad de los gobernantes, 1996, p. 81).

²¹⁰⁵ Olivier BEAUD (La responsabilité politique face à la concurrence ..., 2000, p. 18).

²¹⁰⁶ Maria Benedita URBANO (Responsabilidade política e responsabilidade jurídica, 2003, p. 38).

²¹⁰⁷ DÍEZ-PICAZO (La criminalidad de los gobernantes, 1996, p. 80).

²¹⁰⁸ Olivier BEAUD (La responsabilité politique face à la concurrence ..., 2000, p. 18).

²¹⁰⁹ Guido MODONA (Il difficile confini tra responsabilità politica ..., 1994, pp. 2-3).

²¹¹⁰ DÍEZ-PICAZO (La criminalidad de los gobernantes, 1996, p. 84).

²¹¹¹ DÍEZ-PICAZO (La criminalidad de los gobernantes, 1996, p. 84).

não tocar o próprio sistema”,²¹¹² vislumbra-se que a culpa é muito mais do sistema político que do sistema judicial.

Como coloca Pedro Lomba, “mais do que uma crise da responsabilidade política, o problema principal está numa concepção clássica da responsabilidade política demasiado presa às relações entre governos e parlamentos e demasiado dependente da demissão e destituição dos governantes responsáveis”, pois é certo que “a responsabilidade política dos governos perante os parlamentos não absorve toda a responsabilidade política dos titulares de cargos políticos”.²¹¹³

Como afirma Olivier Beaud,²¹¹⁴ a inefetividade da responsabilidade política está ocasionando não apenas a substituição da responsabilidade política pela responsabilidade jurídico-criminal dos governantes, como também a responsabilização de altos funcionários ou comitivas ministeriais, em detrimento dos governantes em sentido estrito.

A expansão da responsabilidade criminal, então, apresenta-se em duas frentes: a) sobre a responsabilidade política, que foi vista na presente seção; b) sobre as demais modalidades de responsabilidade jurídica (administrativa e civil), que é objeto de análise na seção a seguir (11.4).

11.4 Expansão da responsabilidade criminal sobre outras modalidades jurídicas

Observa-se a expansão da responsabilidade criminal não apenas sobre a responsabilidade política, como visto na seção 11.3, como também sobre a responsabilidade administrativa e responsabilidade civil.

Com a expansão da responsabilidade criminal sobre as demais modalidades jurídicas de responsabilidade, surge o problema da delimitação entre a responsabilidade criminal e a responsabilidade administrativa, que já foi objeto de análise exaustiva no capítulo 9.

O descrédito não é apenas da responsabilidade política e da responsabilidade moral, mas também da responsabilidade administrativa e da responsabilidade civil. Como aponta Silva Sánchez, o descrédito de outras instâncias de proteção é uma das

²¹¹² Antoine GARAPON e Denis SALAS (Le République pénalisée, 1996, p. 71).

²¹¹³ Pedro LOMBA (Teoria da responsabilidade política, 2008, p. 33).

²¹¹⁴ Olivier BEAUD (La responsabilité politique face à la concurrence ..., 2000, p. 18).

causas da expansão do direito penal.²¹¹⁵

Outro fator importante extraído de Silva Sánchez é o surgimento de novos riscos na sociedade pós-industrial em face de uma institucionalização da insegurança social. A sociedade pós-industrial contemporânea não é apenas uma sociedade de risco tecnológico, mas também uma “sociedade da insegurança”, que pode ser visualizada em duas dimensões.²¹¹⁶

A *dimensão objetiva* da sociedade da insegurança corresponde à “incerteza sobre a relação causa-efeito” das decisões humanas e à “remota possibilidade de neutralizar os novos riscos”. Por conta desta dimensão objetiva, tornam-se relevantes para a sociedade não apenas as decisões individuais que geram riscos, como também as decisões humanas que distribuem tais riscos, razão pela qual tem sido cada vez mais frequente a adoção na legislação penal de crimes de perigo. Neste contexto, ainda percebe-se uma “crescente interdependência dos indivíduos na vida social”, que faz com que a “idenidade dos bens jurídicos de um sujeito dependa da realização de condutas positivas (de controle de riscos) por parte de terceiros”, manifestando no direito penal na tendência da exasperação dos delitos de comissão por omissão.

A *dimensão subjetiva* da sociedade da insegurança é a sensação social da insegurança derivada da falta de domínio dos acontecimentos numa sociedade altamente complexa, com diversidade de riscos (tradicionais e tecnológicos), abundância de informação e ausência de critérios para definir qual decisão é boa (correta) ou não. Além disso, a atuação dos meios de comunicação, que transmitem uma imagem do que seja a realidade, aproximando-se fatos adversos que estão distantes, aumenta a percepção da insegurança, ou, ao menos, a “sensação de impotência”; as próprias instituições públicas de combate à criminalidade, por vezes, transmitem imagens distorcidas da realidade, elevando, assim, a percepção da insegurança.²¹¹⁷

Em face disso, está ocorrendo, na sociedade contemporânea, uma *redução das fronteiras do risco permitido*. Antes, na sociedade industrial, aceitava-se socialmente uma parcela de risco, em prol do desenvolvimento da sociedade, “admitindo que as empresas não adotam as máximas medidas de segurança nem empregam materiais de

²¹¹⁵ Jesús María SILVA SÁNCHEZ (A expansão do direito penal [2002], 2013, p. 75).

²¹¹⁶ Jesús María SILVA SÁNCHEZ (A expansão do direito penal [2002], 2013, pp. 37-50).

²¹¹⁷ Esclarece, contudo, Jesús María SILVA SÁNCHEZ (A expansão do direito penal [2002], 2013, p. 50) que não quer dizer com isso que o “medo da criminalidade é criado pelos meios de comunicação ou pelas instituições públicas”, o que é relevante é que a “segurança se converte em uma pretensão social à qual se supõe que o Estado e, em particular, o Direito Penal, devem oferecer uma resposta”.

máxima qualidade”, pelo que eram divididos os ônus da atividade perigosa com todos da sociedade.²¹¹⁸ Dá-se, nesta altura, a construção do conceito de risco permitido. Na sociedade pós-industrial, a tendência é de redução do risco permitido, e conseqüentemente, de desenvolvimento do direito penal do risco, traduzindo um “produto direto da sobrevalorização essencial da segurança – ou liberdade de não padecer – diante da liberdade”,²¹¹⁹ até mesmo como forma de “reparar de maneira forçada uma situação na qual se havia tolerado o sacrifício maciço do bem jurídico ‘vida’ em prol do progresso”.²¹²⁰

Além da diminuição do risco permitido, percebe-se como característica da sociedade contemporânea uma “crescente sensibilização” da sociedade para os riscos gerados pela incerteza científica, ou seja, riscos cujas causas não desconhecidas (acidentes da técnica).²¹²¹ Na sociedade industrial, como já se afirmou, os acidentes da técnica eram assumidos por todos em favor do progresso, sendo, assim, o único aspecto a ser valorado para fins de responsabilização, durante o século XIX, era a culpa do agente (falta de diligência, falha humana).²¹²² Nesta situação, o sistema jurídico “se canalizaria por meio da responsabilidade civil que teria um efeito preventivo indutivo: a empresa arca com a indenização e cuidará de estabelecer mecanismos de segurança que evitem a produção de danos no futuro”.²¹²³ Mas quando o “lado obscuro” do desenvolvimento tecnológico começa a surgir, a “sensibilidade social” quanto aos acidentes da técnica é alterada, rejeitando-se, assim, a divisão com a sociedade de riscos que são inerentes ao exercício da atividade produtiva.²¹²⁴ Nessa perspectiva, quando as causas científicas ou técnicas do dano não são conhecidas, o sistema jurídico atua em duas frentes: “*por un lado, la responsabilidad civil requeriría el resarcimiento de los afectados pero, además, una elemental responsabilidad política o frente a la sociedad repararía de inmediato en el hecho de que si se desconoce la causa técnica o material del daño nada impide que éste, al no poder ser neutralizado en origen, se vuelva a producir en el futuro. Si el daño fue de cierta entidad, esta segunda reacción del Derecho, que inequívocamente correspondería a la Administración, habría de*

²¹¹⁸ Jesús María SILVA SÁNCHEZ (A expansão do direito penal [2002], 2013, p. 54).

²¹¹⁹ Jesús María SILVA SÁNCHEZ (A expansão do direito penal [2002], 2013, p. 55).

²¹²⁰ Jesús María SILVA SÁNCHEZ (A expansão do direito penal [2002], 2013, p. 54), nota 55.

²¹²¹ José ESTEVES PARDO (Técnica, riesgo y derecho, 1999, p. 34).

²¹²² José ESTEVES PARDO (Técnica, riesgo y derecho, 1999, p. 35).

²¹²³ José ESTEVES PARDO (Técnica, riesgo y derecho, 1999, p. 36).

²¹²⁴ José ESTEVES PARDO (Técnica, riesgo y derecho, 1999, p. 35).

materializarse inexcusablemente en el cierre de la instalación”.²¹²⁵ E nesta segunda reação está a criminalização do acidente (caso fortuito), sendo mais uma etapa de expansão do direito penal, que se verifica no final do século XX e início do século XXI: “uma tendência irrefreável a contemplar a catástrofe como delito e imputar-lhe, de um modo ou de outro, a um responsável (...), a uma pessoa e não a uma força da natureza”.²¹²⁶

Nesta mesma linha de raciocínio, a diminuição do risco permitido (com o conseqüente aumento das liberdades perigosas) faz com que o foco da sociedade seja muito mais os sujeitos passivos (pacientes) que os sujeitos ativos (agentes), e, uma das características que daí surge é a “resistência psicológica ante a aceitação do caso fortuito, ante a admissão da possibilidade de produção de danos por azar”.²¹²⁷ A vítima descarta logo sua própria responsabilidade pelo evento e indaga de pronto por um responsável, sempre acreditando que há uma pessoa responsável pelo que se sucedeu, mesmo que, aparentemente, não se constate nexos causal entre o dano e a conduta que teria provocado o dano. Eis um novo protótipo de vítima. Tudo isso leva a uma expansão da imputação de responsabilidade, que é uma característica cultural da sociedade contemporânea.²¹²⁸

11.5 A relativa eficácia do sistema penal

Um outro fator da expansão da responsabilidade criminal, pouco ressaltado pelos juristas, é a eficácia do sistema de responsabilidade penal comparada com os demais sistemas. Ou seja, não é apenas pelo fato de os demais sistemas de responsabilidade serem deficientes, mas também porque o sistema penal é bastante eficiente.

A eficácia do juízo penal resulta de sua *estrutura pública*, do *acesso amplo a provas* e da *aplicação judicial*.

11.5.1 Estrutura pública

A ação criminal é, na quase totalidade das hipóteses legais e nos mais diferentes ordenamentos jurídicos nacionais, de iniciativa de um órgão estatal, o Ministério

²¹²⁵ José ESTEVES PARDO (Técnica, riesgo y derecho, 1999, p. 36).

²¹²⁶ Jesús María SILVA SÁNCHEZ (A expansão do direito penal [2002], 2013, pp. 57-58).

²¹²⁷ Jesús María SILVA SÁNCHEZ (A expansão do direito penal [2002], 2013, p. 56).

²¹²⁸ Jesús María SILVA SÁNCHEZ (A expansão do direito penal [2002], 2013, p. 59).

Público. Os membros do Ministério Público gozam de garantias e prerrogativas para o exercício livre e independente de suas funções. Em Portugal e França, os membros do Ministério Público integram a magistratura. No Brasil, embora não integrem, a CF/1988 outorgou-lhes regime simétrico ao da magistratura, com as mesmas garantias, prerrogativas e vencimentos.

A vítima até o século XIV tinha o poder de acusação na esfera criminal, que foi perdido com o advento do Estado moderno, no século XV, quando se implantou uma instituição estatal especialmente dedicada à persecução criminal.²¹²⁹ A história do Estado confunde-se com o processo histórico de constituição do monopólio da violência legítima e da fiscalidade. O crime, então, deixa de ser uma ofensa privada para se tornar uma ofensa à lei, uma ofensa à “pessoa sagrada da soberania”, sendo o príncipe (o Estado) a única vítima na esfera criminal, e, só ele poderia acionar o aparelho repressivo, ressaltando ao particular prejudicado a via da responsabilidade civil.²¹³⁰ O particular ofendido não deixa de ser um ator importante na responsabilização penal, mas passa a ter poderes processuais limitados na seara criminal, como o de representação ao órgão acusador e o de assistência ao órgão acusador. Como salienta Canotilho, no sistema de responsabilidade criminal, “as refrações do hipergarantismo explicam também a superlativização da cultura iluminístico-liberal centrada na protecção do criminoso com quase completo desprezo da vítima”.²¹³¹

Não é apenas a acusação judicial que é um órgão estatal. A investigação também fica a cargo de instituições públicas, evitando-se o uso de detetives particulares para elucidar o caso, evitando-se, enfim, o dispêndio de recursos particulares na investigação. As perícias, indispensáveis no casos que envolvem matéria técnica, também estão na alçada de órgãos estatais. Dessa forma, atribuindo-se a investigação e acusação a um órgão público, há uma dupla vantagem: além de pacificar a sociedade evitando-se a vingança privada, há uma economia de tempo e dinheiro das próprias vítimas para resolução do caso.²¹³² O sistema de responsabilidade civil, ficando praticamente à mercê da iniciativa e impulso da vítima, torna-se mais custoso e demorado que o sistema penal, principalmente quando o cerne do processo é matéria de fato, não de direito, que demanda provas técnicas e provas testemunhais. Assim,

²¹²⁹ Antoine GARAPON e Denis SALAS (Le République pénalisée, 1996, p. 16).

²¹³⁰ Antoine GARAPON e Denis SALAS (Le République pénalisée, 1996, p. 17).

²¹³¹ Gomes CANOTILHO (Justiça constitucional e justiça penal, 2006, p. 330).

²¹³² Florence GALLETI (Le juge pénal, 2000, p. 110).

“incapaz de encontrar os culpados em um direito civil, onde qualquer referência à culpa tem gradualmente desaparecido, as vítimas retornam, por meio da justiça criminal, para reclamar justiça além da compensação”.²¹³³

Segundo Antoine Garapon e Denis Salas, o avanço da criminalização vem acompanhado da “irupção da vítima”, como numa inversão do que ocorreu com o advento do Estado moderno, mas agora em favor das vítimas.²¹³⁴ As vítimas atuam não apenas isoladamente mas também de maneira agrupada, em associações de vítimas, em prol da defesa de seus interesses, podendo-se falar em coletivização da ação criminal.²¹³⁵ O fortalecimento da vítima no processo penal por si só, contudo, não é prejudicial; não desmerece a eficácia relativa do sistema de responsabilidade criminal, pelo contrário é uma consequência dela. Antoine Garapon e Denis Salas, eles mesmos afirmam que este avanço da criminalização (pelos fatores vistos linhas atrás) provoca um desenvolvimento de um novo modelo de risco para preencher as lacunas do direito penal clássico.²¹³⁶

11.5.2 Acesso amplo às provas

Por conta da estrutura pública do órgão de investigação e de perícia, o acesso às provas já é maior na ação criminal que na ação cível. Mas, neste aspecto de prova, o mais importante é que a legislação permite alguns meios de prova ao sistema penal e que são vedados a outros sistemas. Como o sistema penal é reservado, em regra, para os casos mais graves de ofensa aos bens jurídicos essenciais da sociedade, alguns direitos fundamentais do acusado só são relativizados na seara criminal em prol da descoberta do que efetivamente ocorreu. É o caso das interceptações telefônicas, que somente está disponível para o sistema de persecução penal, não para o sistema de responsabilidade administrativa e civil.

Por isso, o júízo criminal tem a capacidade de realizar investigações mais aprofundadas. Ao contrário do sistema de responsabilidade administrativa, o júízo criminal não se limita às memórias documentadas nos feitos administrativos.²¹³⁷

Na França, o novo CP, de 1994, pondo fim a algumas incertezas jurisprudenciais,

²¹³³ Antoine GARAPON e Denis SALAS (Le République pénalisée, 1996, p. 18).

²¹³⁴ Antoine GARAPON e Denis SALAS (Le République pénalisée, 1996, p. 18 e 22).

²¹³⁵ Florence GALLETI (Le juge pénal, 2000, p. 65).

²¹³⁶ Antoine GARAPON e Denis SALAS (Le République pénalisée, 1996, p. 18).

²¹³⁷ Antoine GARAPON e Denis SALAS (Le République pénalisée, 1996, p. 109).

atribuiu ao juiz penal uma jurisdição plena para fiscalizar a legalidade dos atos administrativos (L.111.5 NCP), reconhecendo sua competência para “interpretar administrativo, regulamentar ou individual e desfrutar legalidade quando essa avaliação, a solução depende dos processos penais instaurados antes dele”. Por estas razões, Galletti menciona que o sistema criminal cria uma imagem do “juiz que sabe”.²¹³⁸

11.5.3 Aplicação judicial

O sistema penal é operado do início ao fim pelos órgãos judiciais. No sistema administrativo, ao contrário, inicia com a aplicação das normas pela própria Administração Pública, com revisão administrativa dentro de seus próprios quadros, atuando a justiça administrativa como revisor final. É certo que há mecanismos judiciais preventivos à disposição do particular. Contudo, muitas inconveniências são apontadas no sistema administrativo, especialmente quando da aplicação do direito administrativo sancionador. A própria Administração Pública recolhe as provas, ela decide o recurso administrativo, tudo isso leva a um descrédito quanto à imparcialidade do sistema administrativo de responsabilidade, que sempre acaba resvalando no sistema judicial, seja como justiça administrativa, seja como juízo ordinário com competência administrativa.

Assim, pode-se afirmar, na esteira de Silva Sánchez,²¹³⁹ que “a sujeição a um juiz é uma diferença qualitativa, como o é a impossibilidade de que administração imponha sanções privativas de liberdade”, e que tem a ver com “a repercussão comunicativo-simbólica da afirmação de que concorre uma ‘infração penal’”, com “reflexo, sobretudo, na forma de entender a lesividade de uma e outra classe de infrações e nos critérios utilizados para sua imputação”.

11.6 Princípios gerais de conexão entre sistemas de responsabilidade

A expansão da responsabilidade penal sobre a responsabilidade política e sobre as demais responsabilidades jurídicas, na forma e na intensidade em que está ocorrendo, não é desejável, tampouco eficiente (a um custo muito maior, inclusive de desgaste das instituições, chega-se ao mesmo resultado que poderia haver com os demais sistemas de

²¹³⁸ Florence GALLETI (Le juge pénal, 2000, p. 108).

²¹³⁹ Jesús María SILVA SÁNCHEZ (A expansão do direito penal [2002], 2013, p. 150).

responsabilidade funcionando adequadamente). Não é toda expansão da responsabilidade penal que está inadequada. Ressalva-se, por exemplo, o combate à “criminalidade organizada ostensivamente aniquiladora do sistema de direito do Estado de direito democrático-constitucional”, de que trata Canotilho,²¹⁴⁰ que não pode ser enfrentada apenas com os demais sistemas (não penais) de responsabilidade. Neste ponto, em que é necessária a intervenção penal, surge o problema da compatibilidade dos princípios e dogmáticas clássicos do direito penal para lidar com tipos penais substancialmente novos.

O ideal é que cada sistema de responsabilidade cumpra a contento sua finalidade, e somente excepcionalmente um sistema tenha que substituir o outro. A exceção está virando a regra. E isso tem provocado uma nova interação entre os sistemas de responsabilidade, que precisa ser reconduzida a um modelo mais adequado aos novos paradigmas (*responsiveness* e boa governação) do Estado de Direito Democrático e ao princípio constitucional da responsabilidade.

O direito constitucional e o direito penal têm que se adaptar aos “novos paradigmas, ou porque os cânones clássicos se revelam hoje inadequados ou porque se revela inútil a tentativa da sua adaptação aos novos pressupostos de fato”, conforme ressaltou Canotilho.²¹⁴¹ De fato, como destacou Díez-Picaz,²¹⁴² para melhorar a “moralidade da vida pública, não é prudente confiar tão somente na responsabilidade penal”.

A solução não passa pela “despenalização total da vida coletiva”, o que seria “voltar ao *status quo ante*” e “assegurar a impunidade para os poderosos e reservar a prisão para os pobres”.²¹⁴³ Mas, como afirmam Garapon e Salas,²¹⁴⁴ “é essencial fazer encontrar o direito penal uma certa raridade”, devendo ser reservada ao direito penal “a repressão da vontade deliberada do mal”, enquanto as outras esferas ficam encarregada da responsabilidade pelos demais comportamentos prejudiciais. O direito penal tem que atuar em “*ultima ratio*, e em relação a fatos consumados”.²¹⁴⁵

A solução para adequar a expansão da responsabilidade criminal é o

²¹⁴⁰ Gomes CANOTILHO (Justiça constitucional e justiça penal, 2006, p. 330).

²¹⁴¹ Gomes CANOTILHO (Justiça constitucional e justiça penal, 2006, p. 337).

²¹⁴² Luis María DíEZ-PICAZ (La criminalidad de los gobernantes, 1996, p. 166).

²¹⁴³ Antoine GARAPON e Denis SALAS (Le République pénalisée, 1996, p. 93).

²¹⁴⁴ Antoine GARAPON e Denis SALAS (Le République pénalisée, 1996, pp. 96-97).

²¹⁴⁵ Luis María DíEZ-PICAZ (La criminalidad de los gobernantes, 1996, p. 166).

“fortalecimento das mediações jurídicas intermediárias”.²¹⁴⁶ Nessa toada, tem-se que aprender com os fatores da eficácia do juízo penal e levá-los para os demais sistemas jurídicos, como a estrutura pública da acusação, que pode ser utilizada em um sistema de responsabilidade civil, como já ocorre no modelo brasileiro de improbidade administrativa, visto no capítulo 10. Apesar do amplo diagnóstico feito por Garapon e Salas, eles apenas propõem soluções para melhorar articulação entre responsabilidade criminal e responsabilidade civil, nada falaram sobre como melhorar a responsabilidade política ou o relacionamento entre esta e a responsabilidade criminal.

A articulação entre os sistemas formais de responsabilidade deve ser formatada e conduzida com vistas a aumentar a funcionalidade do sistema político-jurídico, a diminuir os espaços vazios de irresponsabilidade (concretizar o princípio da responsabilidade enquanto princípio estruturante do Estado de Direito Democrático) e a incrementar os valores democráticos, especialmente levando-se em conta os paradigmas da *responsiveness* e boa governação. E é sob essas luzes que se constata a incidência dos seguintes princípios gerais da conexão entre os sistemas de responsabilidade: a) diversidade (seção 11.6.1); b) independência quanto à instauração (seção 11.6.2); c) compartilhamento de provas (seção 11.6.3); d) interdependência entre as decisões (seção 11.6.4); e) redundância (seção 11.6.5).

11.6.1 Diversidade dos sistemas de responsabilidade

A sociedade contemporânea, complexa e plural, exige um Estado com diversas instâncias de controle para, enfrentando a variedade de riscos, atingir seus fins. Se a verdade é raramente pura e nunca é simples, como diz Oscar Wilde, os sistemas de responsabilidade, que apuram o cometimento de uma infração, também são assim, híbridos, misturados, como bem aponta Colin Scott.²¹⁴⁷

Se não poderá haver monopólio da função legislativa em um poder, como diz Ackerman,²¹⁴⁸ com mais razão não poderá haver monopólio de controle ou monopólio de sistema de responsabilidade, que são as últimas instâncias de que dispõe o cidadão para conseguir o cumprimento das normas jurídicas. Colin Scott defende uma “responsabilização estendida”, ou seja, “estender a responsabilização (de várias formas) a atores antes imunes, ampliar o conjunto de valores com referência aos quais se deve

²¹⁴⁶ Antoine GARAPON e Denis SALAS (Le République pénalisée, 1996, p. 99).

²¹⁴⁷ Colin SCOTT (Spontaneous Accountability, 2006, pp. 184-185).

²¹⁴⁸ Bruce ACKERMAN (A nova separação dos poderes, 2009, p. 63).

prestar contas, e introduzir organismos novos e mais formais para chamar à responsabilização”, o que é realizado por mecanismos “complexos”, que “não são lineares”.²¹⁴⁹

Os sistemas de responsabilidade já são, na teoria, bem variados formalmente: a) responsabilidade política na esfera moral (autorresponsabilidade estrito senso, responsabilidade política difusa, responsabilidade política institucional livre); b) responsabilidade política (responsabilidade política institucional no regime de base parlamentarista, *recall* ou *impeachment* no presidencialismo); c) responsabilidade jurídica (criminal, financeira, cível, improbidade administrativa, administrativo-disciplinar). Contudo, esses sistemas precisam operar de maneira adequada para que a diversidade não seja desfigurada, ou seja, para que a diversidade seja materialmente atingida.

A *responsabilidade moral* dos governantes tem que ser incentivada e cobrada pelos cidadãos, pelas instituições e pela mídia. Quando o governante pratica uma falta grave ou um atentado contra a ética, deve ele ser o primeiro a reconhecer a situação e pedir demissão (apresentar renúncia). Há muito, pelo menos desde Locke,²¹⁵⁰ a renúncia é considerada uma forma de dissolução do governo. Esmein²¹⁵¹ considera que o governante tem a obrigação moral de demitir-se. Tem-se que fortalecer a cultura da autorresponsabilidade, que somente pode se atingir com aumento da cultura política dos cidadãos. Transparência e participação são as bases para este intento. Na análise da estrutura normativa da responsabilidade (seção 2.4), constatou-se que a responsabilidade reside tanto na norma secundária quanto na norma primária, sendo que a obediência voluntária à norma primária corresponde a uma assunção de responsabilidade. Saliente-se que a diversidade de sistemas de responsabilidade, como apontam Antoine Garapon e Denis Salas, irá “resultar para os cidadãos uma melhor assimilação dos princípios da lei”.²¹⁵²

Recorde-se que, na responsabilidade ministerial inglesa,²¹⁵³ há duas dimensões que materializam a autorresponsabilidade. Em face da *amendatory responsibility*

²¹⁴⁹ Colin SCOTT (Responsabilização no estado regulador, 2006, pp. 100, 101 e 103).

²¹⁵⁰ John LOCKE (Segundo tratado sobre o governo [1690], 2002, p. 147).

²¹⁵¹ ESMEIN (Éléments de droit constitutionnel française et comparé. Tome II, 1914, p. 811). Antes da institucionalização da responsabilidade política, conforme o magistério de LAQUIÈZE (La responsabilité en régime parlementaire, 2009, p. 48), a obrigação moral de demitir-se era a base de formação dos regimes de governo parlamentar.

²¹⁵² Antoine GARAPON e Denis SALAS (Le République pénalisée, 1996, p. 102).

²¹⁵³ Diana WOODHOUSE (Ministers and Parliament, 1994, pp. 31-33).

(responsabilidade corretiva), o ministro deve tanto reconhecer o erro e pedir desculpas quanto corrigir o problema e implantar novos procedimentos para evitar fatos similares. E em razão da *sacrificial responsibility* (responsabilidade de sacrifício), exige-se a renúncia do ministro.

A autorresponsabilidade, embora na teoria, como visto na seção 1.1.4, não se volte primordialmente para o futuro, e por esta razão não se enquadre na corrente filosófica da ética da responsabilidade, tem reflexos relevantes para além do presente, uma vez que assumindo o erro e saindo voluntariamente do cargo, o governante evita maiores prejuízos ao Estado. A renúncia também é importante para que o governante possa se defender com tranquilidade e sem que seja acusado de utilizar a máquina pública para dificultar a apuração do fato, caso permaneça no cargo.²¹⁵⁴ Também dão guarida a esta assertiva o princípio da separação dos poderes, o princípio constitucional da responsabilidade, a *responsiveness* e a boa governação.

Um sistema de responsabilidade, conforme ressalta Benedita Urbano,²¹⁵⁵ não pode ser “obstáculo indevido à operatividade” de outro sistema. Em vez do avanço da responsabilidade criminal sobre a ação governamental, necessário o fortalecimento da responsabilidade política.²¹⁵⁶ E isso começa por dissociar a responsabilidade política a apenas a vertente institucional da sanção de destituição.²¹⁵⁷ Esta orientação há muito tempo é defendida, como por Ulrich Scheuner, que aponta a destituição como o último e mais difícil instrumento da responsabilidade política.²¹⁵⁸ Como bem afirma Díez-Picazo, exige-se um “esforço coletivo” para se conseguir uma “maior efetividade dos canais institucionais e difusos da responsabilidade política”, para que não seja “necessário acionar a esfera criminal”.²¹⁵⁹

O fortalecimento do sistema de *responsabilidade penal* demanda uma readequação, uma “despenalização”,²¹⁶⁰ transferindo para o sistema de responsabilidade

²¹⁵⁴ Um exemplo de autorresponsabilidade ocorreu com o Primeiro-Ministro da Islândia, Sr. Sigmundur Gunnlaugsson, que renunciou em 5 de abril de 2016, após dois dias da divulgação, no escândalo conhecido como *Panamá Papers* (documentos bancários que estavam em poder do escritório de advocacia panamenho Mossack Fonseca e obtidos pelo ICIJ – Consórcio Internacional de Jornalismo Investigativo), de que sua mulher abriu uma empresa *offshore* no Panamá, em 2007, depositando milhões de dólares.

²¹⁵⁵ Maria Benedita URBANO (Representação política e Parlamento, 2009, p. 215). A autora refere-se especificamente à influência da responsabilidade política sobre a jurídica.

²¹⁵⁶ Nesse sentido, Florence GALLETI (Le juge pénal, 2000, pp. 158-159).

²¹⁵⁷ Florence GALLETI (Le juge pénal, 2000, pp. 158-159).

²¹⁵⁸ Ulrich SCHEUNER (Verantwortung und Kontrolle in der demokratischen ..., 1970, p. 392).

²¹⁵⁹ DíEZ-PICAZO (La criminalidad de los gobernantes, 1996, p. 167).

²¹⁶⁰ Antoine GARAPON e Denis SALAS (Le République pénalisée, 1996, p. 99).

civil aquelas ofensas menos graves, e, simultaneamente, dotando o sistema de responsabilidade civil com instrumentos mais eficientes. Neste contexto, é bastante exitoso o modelo brasileiro da improbidade administrativa (capítulo 10), que agrega sanção de natureza cível (reparação do dano) com sanção punitiva do governante (suspensão dos direitos políticos, perda do cargo, inclusive eletivo).

Também é fundamental a multiplicação de instâncias regulatórias.²¹⁶¹ Bem como uma multiplicidade de sanções. Tanto sanções preventivas quanto sanções corretivas.²¹⁶² A pena de prisão hoje não é suficientemente significativa quando é substituída, já na sentença criminal, por pena restritiva de direitos, ou quando é pronunciada com *sursis*, e é muito violenta quando eficaz.²¹⁶³ Como bem defendem Antoine Garapon e Denis Salas, é necessário devolver à sanção sua função simbólica de significar reprovação social, sendo a inelegibilidade para os agentes públicos eleitos uma das propostas, pois a inelegibilidade tem o mérito de ser eficaz e inteligente, porque se encontra na mesma natureza do mal causado.²¹⁶⁴ Neste ponto, o modelo brasileiro de improbidade administrativa ganha também destaque, na medida em que podem ser aplicadas sanções civis e sanções de natureza política (perda de cargo eletivo) ou sanções com efeito na esfera política (suspensão de direitos políticos).

Diversidade de sistemas não quer dizer sistemas inteiramente diferentes, absolutamente incomunicáveis. *Redundância* de sistemas, que será aprofundado na seção 11.6.5, por outro lado, não quer dizer igualdade de sistemas, sistemas com pressupostos, sanções e finalidades idênticos. Da conciliação destes princípios surge o imperativo segundo o qual cada sistema tem uma vocação própria, é a nota distintiva de cada sistema de responsabilidade. A vocação de cada sistema é construída a partir da combinação dos elementos constitutivos, de modo que haja diferenciação substancial entre eles, o que se dá pela distinção do *juízo de valor ou juízo de mérito* (político e jurídico, que corresponde à natureza das funções estatais) ou pela *gradação* dos demais elementos (pressupostos, garantias, instrumentos processuais, capacidade de colheita de provas e sanções).

Juízo de valor (ou *juízo de mérito*) distinto, por si só, já diferencia um sistema de outro e atende à diversidade. É o que ocorre na interação entre sistema de

²¹⁶¹ Antoine GARAPON e Denis SALAS (Le République pénalisée, 1996, p. 104).

²¹⁶² DÍEZ-PICAZO (La criminalidad de los gobernantes, 1996, p. 166).

²¹⁶³ Antoine GARAPON e Denis SALAS (Le République pénalisée, 1996, p. 107).

²¹⁶⁴ Antoine GARAPON e Denis SALAS (Le République pénalisée, 1996, p. 108).

responsabilidade política e sistema (judicial ou administrativo) de responsabilidade jurídica. Irrelevante, portanto, ter que existir gradação de pressupostos, garantias, provas e sanções entre um sistema de responsabilidade política e um sistema de responsabilidade jurídica. Na interação entre responsabilidade jurídica e responsabilidade política, a distinção do juízo de valor por si só afasta o princípio *ne bis in idem*, justificando a redundância da apuração do fato. Não haverá conflitos entre as decisões, pois o juízo de valor sempre será diferente: um será a qualificação jurídica do fato, o outro será a qualificação política do fato.

Se o *juízo de valor* (ou a natureza da função) for o mesmo, a diferenciação da *função estatal* em que está inserido o sistema (função administrativa e função jurisdicional) é marca distintiva entre os sistemas de responsabilidade. Dessa forma, os sistemas judiciais (na função jurisdicional) de responsabilidade jurídica não se confundem com os sistemas administrativos (na função administrativa) de responsabilidade jurídica. Como visto no capítulo 9, por conta de vários fatores, como a unidade do poder punitivo do Estado, a doutrina majoritária defende uma gradação entre os elementos do sistema judicial de responsabilidade jurídica e os do sistema administrativo de responsabilidade jurídica. A diversidade do órgão aplicador diferencia formalmente os sistemas, mas isso deve ser acompanhado de uma gradação em seus elementos.²¹⁶⁵ Nesta linha, Hassemer e Munoz Conde, invocando o princípio da intervenção mínima, o caráter de última *ratio* do direito penal e o princípio da proporcionalidade (entre gravidade do fato e sanção), defendem que a hipótese normativa do crime e a prova exigida para a sua caracterização não sejam exatamente iguais aos da infração administrativa, o sistema penal deve possuir algo a mais, um “requisito adicional”, consistente na nocividade ao bem jurídico individual ou coletivo, e, neste último caso, ainda que indiretamente, para o bem jurídico individual a ele relacionado.²¹⁶⁶

Se o critério do *juízo de valor* for o mesmo, necessário que haja uma *gradação* dos demais elementos constitutivos do sistema (pressupostos, garantias, instrumentos processuais, capacidade de colheita de provas e sanções). No seio da função administrativa, os sistemas administrativos de responsabilidade jurídica devem seguir uma gradação de seus elementos. Da mesma forma, no seio da função jurisdicional, os

²¹⁶⁵ Assim, a diferenciação pela função estatal não atende materialmente a diversidade.

²¹⁶⁶ HASSEMER e MUÑOZ CONDE (La responsabilidad por el producto ..., 1995, pp. 58, 65 e 72).

sistemas judiciais de responsabilidade jurídica devem seguir uma gradação de seus elementos. E como se viu no parágrafo acima, o mesmo ocorre também em relação à conexão entre sistema administrativo de responsabilidade jurídica e sistema judicial de responsabilidade jurídica.

A sanção deve ser adequada ao tipo de ilícito, ter a mesma natureza do mal causado. A intensidade da sanção deve ser proporcional à gravidade do fato. A sanção é o elemento constitutivo do sistema que mais se relaciona com a finalidade; é o efeito ou a consequência da operação do sistema. A finalidade dos sistemas de responsabilidade é concretizar o princípio da responsabilidade, é fazer a apuração dos desvios e ilícitos apontados, tudo com vistas a que as funções estatais cumpram o seu mister, atendendo aos anseios dos cidadãos. Assim, é imperioso que as sanções sobre os governantes, especialmente o afastamento ou a perda do cargo público e a suspensão dos direitos políticos, possam ser alcançadas por diversos mecanismos. Não há, assim, necessidade de cada sistema de responsabilidade ter uma sanção exclusiva, que somente ele poderá aplicar. É admissível que haja exclusividade, mas não é necessária. A pena de prisão ou sanção privativa de liberdade é, por vezes, atribuída com exclusividade ao sistema de responsabilidade penal. Embora não haja necessidade de exclusividade de uma espécie de sanção a um sistema de responsabilidade, e embora possa cumular sanções, cada sistema de responsabilidade deve possuir uma sanção principal, que lhe seja peculiar: a prisão, na responsabilidade penal; perda do cargo, na improbidade administrativa; indenização, na responsabilidade civil; multa, no sistema de responsabilidade jurídico-administrativo.

As sanções principais foram aí elencadas em ordem decrescente de gravidade. E quanto mais grave é a sanção, mais amplos são os pressupostos (hipótese de incidência, critérios de imputação, provas) e garantias (processuais) para aplicação da sanção. Note-se que a diversidade é concretizada pela combinação específica dos elementos do sistema, não apenas das sanções. No que tange aos pressupostos, a responsabilidade civil se contenta com a culpa, ao passo que a responsabilidade criminal demanda dolo. A improbidade administrativa, que se situa entre o cível e o criminal, exige culpa ou dolo na modalidade de enriquecimento ilícito, culpa ou dolo na modalidade de dano ao erário e dolo ou má-fé na modalidade de violação a princípios.

Cada sistema atua com prioridade em um segmento e para uma determinada finalidade, mas pode e deve gerar diálogos e até mesmo algumas vinculações para os

demais sistemas, que seguirão algumas dialéticas padrões: primazia funcional (temporal) do sistema de responsabilidade política x superioridade normativa do sistema de responsabilidade jurídica (1º tipo de conexão); superioridade normativa do sistema de responsabilidade vocacionado para a matéria objeto da decisão, quanto à qualificação jurídica dos fatos, e primazia normativa do sistema com maiores garantias, pressupostos e acesso a provas, quanto aos fatos (2º tipo de conexão);²¹⁶⁷ primazia normativa do sistema administrativo de responsabilidade x superioridade normativa do sistema judicial de responsabilidade (3º tipo de conexão).

Essas dialéticas ou subprincípios serão enfrentados nas seções 11.6.2 e 11.6.4, mas, nesta oportunidade, mister esclarecer que a primazia funcional (temporal) e superioridade normativa ora defendidas não correspondem exatamente aos conceitos homônimos de Bergeron para interação entre funções estatais (seção 6.6.2).²¹⁶⁸ Note-se de logo que o foco do presente trabalho é a conexão entre sistemas de responsabilidade, não entre funções estatais, que foi o objeto da abordagem de Bergeron.

Bergeron classifica as funções segundo dois *planos* de dinamização do controle social: a) imperatividade (governo e legislação); b) execução (administração e jurisdição). E classifica as funções segundo a *natureza* preponderante: a) política (governo e administração); b) jurídica (legislação e jurisdição). Ele defendeu a primazia (funcional) das funções de natureza preponderantemente política (governo e administração, para Bergeron) e a superioridade (extrafuncional ou, melhor, normativa) das funções preponderantemente jurídicas (jurisdição e legislação). Esta classificação das funções segundo a natureza, como já ressaltado (seção 6.6.2), não prevalece mais. Com a autonomização da função governamental, resultado em parte da absorção de

²¹⁶⁷ A rigor, não há uma oposição entre primazia normativa e superioridade normativa, ou seja, ora prevalece a primazia ora prevalece a superioridade. Elas se aplicam em campos distintos: *primazia normativa* do sistema com mais garantias e pressupostos quanto aos fatos e *superioridade normativa* do sistema para a matéria de sua vocação (qualificação jurídica dos fatos).

²¹⁶⁸ BERGERON fala de *primazia funcional*, na perspectiva temporal, não na perspectiva normativa. Introduce-se no trabalho a *primazia normativa*, consistente na preferência da decisão de um sistema sobre outro, mas com possibilidade de a decisão ser afastada, ou seja, não gerar efeitos sobre o segundo sistema de responsabilidade. A decisão proferida em um sistema de responsabilidade pode ser afastada em outro sistema, quando, por exemplo, o primeiro não enfrentou o fato em si, ou não coletou provas exclusivas ou maculou o devido processo legal. Na relação entre sistemas judiciais de responsabilidade jurídica, defende-se uma primazia normativa do sistema com maiores garantias, pressupostos e acesso a provas (quanto aos fatos), enquanto há superioridade normativa do sistema de responsabilidade vocacionado para a matéria objeto da decisão (quanto à qualificação jurídica dos fatos). Na relação entre sistema judicial e sistema administrativo de responsabilidade, há superioridade do sistema judicial de responsabilidade (inserido na jurisdição), mas se o órgão administrativo for independente, imparcial, com estrutura equivalente ao judicial, haverá primazia da decisão de mérito do sistema administrativo.

parcela das atribuições da administração, a natureza remanescente da administração torna-se essencialmente jurídica, ficando limitada às leis e ao Direito. A legislação, assim como a função de governo, tem natureza política, definem as opções de maior envergadura e os objetivos mais gerais da sociedade. Assim, as funções do plano da imperatividade ou criação são as funções de natureza essencialmente política: governo e legislação. Da mesma forma, as funções do plano da execução são as funções de natureza essencialmente jurídica: administração e jurisdição.

Após esta arrumação da natureza das funções, como fica a dialética entre as funções? Nada muda na articulação entre funções de planos diversos (criação e execução), a dialética é de *complementaridade*²¹⁶⁹ (a administração e jurisdição executam as normas criadas pelo governo e legislação), por meio do suprimento ou duplicação.²¹⁷⁰ E como a natureza das funções acompanha o plano das funções (ou seja, as funções de natureza política – governo e legislação – são as de criação, enquanto as funções de natureza jurídica são as de execução), a articulação entre funções de natureza diversa (política x jurídica) é regida pela mesma dialética da complementaridade, por meio de suprimento e duplicação. Diante disso, relevante saber como fica a dialética de *oposição* na articulação entre funções de natureza diferente, preconizada por Bergeron, onde havia *primazia funcional* das funções de natureza política (governo e administração, segundo Bergeron) em contraposição à *superioridade normativa* das funções de natureza jurídica (legislação e jurisdição, segundo Bergeron). Entende-se que continua em vigor, mas com alguns temperamentos.

Embora tenha sido corrigido o entendimento de Bergeron quanto à natureza da função administração (jurídica em vez de política) e da função legislação (política em vez de jurídica), permanece a dialética de oposição entre funções de natureza diferente, mas com a ressalva de que, por serem as mesmas funções dos dois planos de dinamização social (criação e execução), a dialética de oposição (primazia funcional x superioridade normativa) torna-se instrumento para se alcançar de maneira eficiente a

²¹⁶⁹ Gérard BERGERON (Fonctionnement de l'État, 1965, p. 338).

²¹⁷⁰ Gérard BERGERON (Fonctionnement de l'État, 1965, p. 368). Referido autor já defendia a duplicação na conexão entre funções de planos diversos, ou seja, entre funções de criação (legislação e governo) e funções de execução (administração e jurisdição), que, como se sustenta no presente trabalho, é a mesma articulação entre funções de mesma natureza preponderante: política (legislação e governo) e jurídica (administração e jurisdição). Como se verá na seção 11.6.5, o princípio da redundância exige multiplicidade de sistemas para apuração de um mesmo fato não apenas na conexão entre sistema de responsabilidade política e sistema de responsabilidade jurídica, como também na conexão entre sistemas judiciais de responsabilidade jurídica.

complementaridade entre as funções desses dois planos.²¹⁷¹ Em relação à conexão entre função governamental e função jurisdicional,²¹⁷² a natureza dessas funções não foi alterada, e continua ocorrendo entre funções de natureza diferente, de modo que permanece a dialética de oposição entre primazia da função governamental (natureza política) e superioridade normativa da função jurisdicional (natureza jurídica).²¹⁷³

Trazendo estes conceitos de articulação entre funções para a articulação entre sistemas de responsabilidade, tem-se que a articulação entre o sistema de responsabilidade política (inserido nas funções de natureza política) e o sistema (judicial e administrativo) de responsabilidade jurídica (inserido nas funções de natureza jurídica) fica submetida ao princípio da complementaridade, por meio de suprimento e duplicação,²¹⁷⁴ que são reforçados pela dialética de oposição entre primazia funcional (temporal) do sistema de responsabilidade política e superioridade normativa do sistema de responsabilidade jurídica, este último com algumas matizes.

A *primazia funcional* de que fala Bergeron não quer dizer exclusividade (como ocorre com o primado da adequação política de Beaud),²¹⁷⁵ nem definitividade, nem superioridade. A primazia funcional é apenas uma prioridade temporal, uma preferência de iniciativa, uma primazia de impulso, o que, obviamente, pressupõe uma normatividade *prima facie*.

A *superioridade normativa* tem a ver com a definitividade das decisões

²¹⁷¹ A conclusão de BERGERON no sentido da dialética de oposição entre primazia da função administrativa (para Bergeron tinha natureza política) e superioridade da função jurisdicional permanece não pela diferença da natureza das funções, mas por outro motivo. Constata-se *primazia funcional da função administrativa* (natureza jurídica, após reordenação) frente à função jurisdicional (de natureza jurídica), no que tange à funcionalidade de todo o sistema, uma vez que a função administrativa atua de maneira igualitária (igualdade) e de forma preventiva (temporal). Esta primazia da função administrativa também fundamenta a primazia normativa da decisão de mérito do sistema administrativo de responsabilidade (quando o órgão é técnico, independente, com estrutura equivalente ao judicial) sobre o sistema judicial de responsabilidade, que será abordado na seção 11.6.4.

²¹⁷² Conforme classificação de Bergeron, as conexões entre funções de natureza diferente são as seguintes: governo (política) x legislação (jurídica); *governo (política) x jurisdição (jurídica)*; administração (política) x legislação (jurídica); administração (política) x jurisdição (jurídica). Após ajustamento da natureza da função da legislação (política, em vez de jurídica) e da administração (jurídica, em vez de política), as conexões de funções de natureza diferente são: governo (política) x administração (jurídica); *governo (política) x jurisdição (jurídica)*; legislação (política) x administração (jurídica); legislação (política) x jurisdição (jurídica).

²¹⁷³ A dialética de oposição entre primazia funcional e superioridade normativa ocorre também na interação entre funções de mesma natureza, em especial entre função administrativa e função jurisdicional, e, como se verá, estende-se às conexões entre sistemas de responsabilidade.

²¹⁷⁴ Importante anotar que BERGERON defende a duplicação apenas na articulação entre funções de planos diversos (criação x execução), o que corresponde à conexão entre sistema de responsabilidade política e sistema de responsabilidade jurídica (1º tipo de conexão fundamental). Na seção 11.6.5, dá-se um passo adiante para sustentar a redundância também na articulação entre sistemas judiciais de responsabilidade jurídica (2º tipo de conexão fundamental).

²¹⁷⁵ Olivier BEAUD (Le sang contaminé, 1999, p. 120).

produzidas nos sistemas de responsabilidade e com os efeitos destas decisões em outros sistemas de responsabilidade.²¹⁷⁶ Tal como elaborado por Bergeron, tem-se a impressão que a superioridade normativa de todas as funções de natureza jurídica se impõe em relação a todas as funções de natureza política. A rigor, a intersecção entre Direito e Política ocorre por intermédio da Carta Magna, e somente essa regula as hipóteses em que a esfera jurídica poderá examinar os atos da esfera política. A função administrativa, embora jurídica, não tem o condão de revisar nenhum ato da esfera política. Apenas à função jurisdicional as Constituições contemporâneas outorgam o papel de controle de atos praticados no exercício de funções políticas (governo e legislação).²¹⁷⁷ Assim, somente quando a Constituição autoriza a revisão judicial do ato praticado no exercício de função de natureza política, é que ocorrerá a superioridade normativa. Dessa forma, o princípio da superioridade normativa tem um campo de atuação limitado na conexão entre funções de natureza política e funções de natureza jurídica, na conexão entre Política e Direito: as hipóteses são restritas e aplicáveis somente à função jurisdicional, nos limites da Constituição.²¹⁷⁸

A dialética de oposição entre primazia funcional (temporal) e superioridade normativa ocorre também na interação entre funções de mesma natureza (entre funções políticas ou entre funções jurídicas), em especial entre função administrativa e função jurisdicional. Por consequência, a mesma dialética ocorre na conexão entre sistema *administrativo* de responsabilidade jurídica e sistema *judicial* de responsabilidade jurídica. Embora não tenha sido desenvolvido a contento por Bergeron esta dialética entre funções de mesma natureza, percebe-se que os ordenamentos jurídicos nacionais estabelecem uma certa superioridade normativa de um sistema sobre outro, especialmente no diálogo das decisões, que é regido pelo princípio da interdependência (seção 11.6.4). Entre as funções jurídicas, a função jurisdicional tem superioridade

²¹⁷⁶ Observe-se que há dois níveis de superioridade: a) *interfuncional* (1º tipo de conexão): superioridade do sistema de responsabilidade jurídica sobre o sistema de responsabilidade política, somente nas hipóteses em que a Constituição estabelecer a revisão judicial; b) *intrafuncional* (2º tipo de conexão): superioridade de um sistema de responsabilidade jurídica sobre outro. BERGERON apenas se referiu à superioridade *interfuncional*.

²¹⁷⁷ A possibilidade de revisão judicial de atos praticados no exercício de funções políticas (governo e legislação), aliada à revisão judicial de atos da função administrativa (natureza jurídica), traduz o princípio da inafastabilidade da jurisdição (ou princípio do acesso aos tribunais). Importa observar que nem todos os atos praticados no exercício de funções políticas (governo e legislação) são passíveis de revisão judicial.

²¹⁷⁸ Embora a superioridade normativa na relação entre funções de natureza política e funções de natureza jurídica seja bastante limitada, ela encontra grande espaço na articulação entre funções de mesma natureza (entre funções políticas ou entre funções jurídicas) e entre sistemas de uma mesma função.

normativa sobre a função administrativa, pois é da essência da primeira realizar o controle judicial da segunda, uma vez que a administração também se submete à lei e ao Direito. Assim também se comporta a relação entre sistema *judicial* de responsabilidade jurídica e sistema *administrativo* de responsabilidade jurídica (responsabilidade judicial-jurídica > responsabilidade administrativo-jurídica).²¹⁷⁹

Na articulação entre sistemas dentro da mesma função jurisdicional, a superioridade normativa de um sistema sobre outro não é da essência da relação, mas pode ser assim configurada para fins de obtenção de outros valores, tais como eficiência na distribuição de competências judiciais. Considerando que o *juízo de valor* (jurídico) e a *função estatal* são os mesmos, na relação entre sistemas *judiciais* de responsabilidade jurídica (penal, cível, improbidade administrativa), a superioridade normativa de um sobre outro somente pode ser configurada de acordo com a *gradação* dos demais elementos do sistema (pressupostos, garantias, instrumentos processuais, capacidade de colheita de provas e sanções): responsabilidade penal > responsabilidade civil; responsabilidade penal > responsabilidade por ato de improbidade administrativa; responsabilidade por ato de improbidade administrativa > responsabilidade civil.

Na conexão entre sistemas de responsabilidade dentro de uma mesma função (jurisdicional), não há dialética de oposição entre primazia funcional (temporal) e superioridade normativa, há apenas *primazia normativa* do sistema com garantias e pressupostos mais elevados quanto aos fatos e *superioridade normativa* do sistema para a matéria de sua vocação (qualificação jurídica dos fatos), o que será aprofundado na seção 11.6.4.^{2180 2181}

²¹⁷⁹ Cuida-se de superioridade normativa *interfuncional jurídica* (entre funções jurídicas: jurisdição x administração): a superioridade normativa da decisão do sistema *judicial* de responsabilidade quanto à qualificação jurídica dos fatos e ao quanto aos próprios fatos, mas com *primazia normativa* da decisão proferida por órgão administrativo técnico e independente no âmbito de sistema administrativo de responsabilidade jurídica (por exemplo, o Tribunal de Contas da União no Brasil, cuja atuação é administrativa, não judicial). Esta superioridade normativa *interfuncional jurídica* não se confunde com a superioridade normativa *intrafuncional jurídica*, que ocorre no âmbito de uma mesma função jurídica, especialmente na jurisdição.

²¹⁸⁰ A primazia funcional (temporal) vem acompanhada de uma primazia normativa, pois a decisão do primeiro sistema de responsabilidade, proferida antes da decisão do segundo sistema, possui uma normatividade *prima facie* em relação ao segundo sistema.

²¹⁸¹ Superioridade normativa (*intrafuncional*) também dentro de uma função (judicial): 1) *superioridade normativa* da decisão do sistema de responsabilidade vocacionado para a matéria objeto da decisão (quanto à qualificação jurídica dos fatos); 2) *primazia normativa* da decisão do sistema de responsabilidade com maiores garantias, pressupostos e provas (quanto aos fatos). Superioridade normativa (*interfuncional jurídica*), administrativa x jurídica: *superioridade normativa* da decisão do sistema judicial de responsabilidade (quanto à qualificação jurídica dos fatos e aos próprios fatos), mas com *primazia normativa* da decisão de órgão administrativo técnico, independente, com estrutura equivalente ao judicial.

Como a dialética de oposição entre a primazia funcional (temporal) e a superioridade normativa passou a ser instrumental da dialética da complementaridade (por meio do suprimento e redundância), pode-se examinar a *primazia funcional (temporal)* em cada função isoladamente e entre elas, independentemente de qualquer natureza. Na perspectiva da autonomia da iniciativa, entende-se que há primazia funcional das funções de governo, administração e legislação, em relação à jurisdição. Não dependem essas funções de provocação de nenhuma pessoa para atuarem, elas agem de ofício, dentro, é claro, de suas atribuições. É evidente que há procedimentos dentro dessas funções que demandam participação popular ou participação de outros órgãos públicos, mas isso ocorre de uma maneira concorrente com a própria iniciativa dos exercentes das funções de governo, administração e legislação. Sob esta perspectiva, a jurisdição é a única que sempre depende de provocação.

Especificamente sobre os sistemas de responsabilidade dos governantes, o princípio da primazia temporal leva em conta a capacidade de iniciativa do sistema de responsabilidade tão logo seja cometido um ato sujeito a seu exame. É possível estabelecer a seguinte ordem decrescente, dependendo de a iniciativa estar no espectro de vontade da própria pessoa, do próprio órgão ou de órgão ou entidade diversa:

- Autorresponsabilidade política (iniciativa da própria pessoa do governante):
 - Autorresponsabilidade política estrito senso (espontânea);
 - Autorresponsabilidade política (provocada):
 - Responsabilidade política difusa (salvo a eleitoral nas reeleições);
 - Responsabilidade política institucional livre.
- Responsabilidade administrativo-disciplinar (iniciativa interna do órgão governamental):
 - Comissões internas de ética, no âmbito da Administração Pública;
 - Comissões de decoreto parlamentar, no âmbito do Parlamento.
- Responsabilidade política institucional (iniciativa de órgão diverso):
 - Moção de censura no regime de base parlamentarista;
 - Responsabilidade eleitoral nas reeleições;
 - Impeachment* no presidencialismo;
 - Responsabilidade financeira pela execução geral do orçamento.
- Responsabilidade jurídica:
 - Responsabilidade financeira estrito senso (no âmbito dos tribunais de contas);
 - Responsabilidade por ato de improbidade administrativa;
 - Responsabilidade criminal:
 - Impeachment* no regime de base parlamentarista;
 - Criminal comum.

Figura 6. Gradação da primazia funcional dos sistemas de responsabilidade

A primazia temporal pode ser vista também como um enfoque preventivo. A medida temporal aqui não é voltada ao passado (entre a prática do ato e o impulso

inicial do sistema de responsabilidade), mas sim ao futuro (entre o início da apuração e a prática de novo ato ou mesmo a continuidade da prática do ato). Preocupa-se com a celeridade da apuração, evitando maiores danos ao bem jurídico. A princípio, a ordem decrescente acima apresentada permaneceria constante segundo este enfoque preventivo. A responsabilidade política tem enfoque preventivo,²¹⁸² enquanto a responsabilidade jurídica tem enfoque preponderantemente corretivo. Atualmente, por força do princípio constitucional da responsabilidade, enquanto princípio estruturante do Estado de Direito Democrático, todos os sistemas têm também enfoque preventivo, razão pela qual o que se deve entender da primazia temporal hoje é mais uma gradação.

Outra dimensão da primazia funcional temporal está relacionada aos momentos de ativação do sistema de responsabilidade. Há sistemas cuja ativação poderá ocorrer em qualquer momento ou circunstância; outros, exigem momentos específicos. De um lado desta régua, está a responsabilidade política, em suas mais diversas modalidades, política difusa, política institucional; ela é contínua, pode ser efetivada a qualquer momento.²¹⁸³ Do outro lado, tem-se a responsabilidade eleitoral, que, como regra, somente é aferida nas eleições.²¹⁸⁴ No meio, localiza-se a responsabilidade jurídica, podendo ser acionada a qualquer tempo, embora os fatos geradores sejam bem mais limitados que os da responsabilidade política.

Ocorre que a continuidade é uma característica do princípio da responsabilidade, como bem estruturou Hans Jonas,²¹⁸⁵ e decorre de outra característica, a totalidade. Para se alcançar a totalidade da responsabilidade, a responsabilidade não pode ser interrompida, tem que ser contínua, abarcando todo objeto em sua historicidade. Isso fundamenta as medidas preventivas nos mais diversos sistemas de responsabilidade, concretizando, dessa maneira, a continuidade. Por isso, como apregoa Canotilho, “tão ou mais importante que os procedimentos eleitorais legitimadores são os procedimentos constitucionais deslegitimadores tendentes a possibilitar o afastamento dos titulares de cargos políticos (*impeachment, recall*, responsabilidade política, destituição, moção de

²¹⁸² Nesses termos, Olivier BEAUD e Jean-Michel BLANQUER (Comment réintroduire une responsabilité des gouvernants sous V République, 1999, pp. 8-9) afirmam que a responsabilidade política tem uma “função de antecipação”, no sentido de uma função “preventiva”.

²¹⁸³ Pedro LOMBA (Teoria da responsabilidade política, 2008, p. 40), por exemplo, sustenta que a responsabilidade política é “potencial, aberta e em permanência ativável”.

²¹⁸⁴ Em alguns países, além da manifestação do eleitor, a legislação prevê ações judiciais no bojo do processo eleitoral com o intuito de questionar a legitimidade de várias etapas do certame, que pode ocasionar a invalidade da vitória eleitoral de um candidato e, por consequência, a perda do mandato.

²¹⁸⁵ Hans JONAS (O princípio responsabilidade [1979], 2006, pp. 175-186).

censura)”.²¹⁸⁶ Observe-se que, em última análise, a continuidade é um atributo do princípio da responsabilidade, não necessariamente dos sistemas de responsabilidade, podendo, assim, uma deficiência nesta característica em um sistema de responsabilidade ser compensada com outro sistema de responsabilidade.

Nesse prisma, a assunção da responsabilidade pelo governante, ou autorresponsabilidade, deve ser exigida pela sociedade e deve ser cultivada por todos. Erros devem ser reconhecidos e pedidos de desculpas devem ser realizados. Em casos extremos, ante fatos de enorme gravidade, o governante deve renunciar, evitando-se o desgaste das instituições e seu próprio desgaste na apuração da responsabilidade por outros sistemas.

Quanto à responsabilidade política, as modalidades brandas (*soft*), como convocações e pedidos de esclarecimentos, são de fundamental importância, pois dão publicidade aos erros do governante, que poderão não se eleger na eleição seguinte. Essas modalidades de responsabilidade política aumentam a *responsiveness* durante o período entre as eleições. O princípio da soberania popular somente será cumprido “quando for assegurada a participação popular, direta ou indireta, em todas as facetas da formação da decisão política e não apenas por ocasião do voto eleitoral”.²¹⁸⁷ Por isso a concepção da democracia como competição eleitoral, como afirma Schumpeter, não subsiste.

No regime de base parlamentarista, a moção de censura tem o condão de retirar o governante do cargo (Primeiro-Ministro). No sistema presidencialista, sendo o presidente da República eleito para ser o chefe de governo, não apenas chefe de Estado, somente nos ordenamentos que instituíram o *recall*²¹⁸⁸ ele pode ser removido do cargo pelos eleitores antes do término do mandato. Assim, no presidencialismo sem *recall*, há de se potencializar os demais sistemas de responsabilidade, especialmente quanto à característica da continuidade. O *impeachment* é medida extrema, mas é adequado para o governante que praticou infração político-administrativa (impropriamente denominada de “crimes de responsabilidade”), cuja sanção é a destituição do cargo.

²¹⁸⁶ Gomes CANOTILHO (Direito constitucional e teoria da constituição, 2003, p. 292).

²¹⁸⁷ Bruno LORENCINI (A responsabilidade do poder político no Estado Constitucional sob paradigma da Democratic Responsiveness, 2013, p. 87).

²¹⁸⁸ O *recall* é previsto na Constituição da Venezuela, em vez do *impeachment* de feição não criminal, que é adotado na maioria dos sistemas presidencialistas, como EUA e Brasil.

11.6.2 Independência quanto à instauração

A instauração dos sistemas de responsabilidade submete-se ao *princípio da independência* (objeto de análise da presente seção), havendo, após a instauração, alguma dependência entre decisões tomadas em cada esfera de responsabilidade (que se traduz no princípio da interdependência, que será examinado na seção 11.6.4). Ambos princípios serão analisados em três interações fundamentais, já identificadas na seção 11.1: a) entre sistema de responsabilidade política e sistema de responsabilidade jurídica; b) entre sistemas judiciais de responsabilidades jurídicas; e c) entre sistema judicial de responsabilidade jurídica e sistema administrativo de responsabilidade jurídica. Em alguns momentos, para contextualizar a interação dos sistemas de responsabilidade no momento da instauração, que é o cerne da presente seção, será necessário antecipar algumas considerações sobre o diálogo entre as decisões dos sistemas de responsabilidade (seção 11.6.4).

A *interação entre sistema de responsabilidade política e sistema judicial de responsabilidade jurídica* (ou responsabilidade jurídico-judicial) é uma porção do campo da conexão entre Direito e Política, que possuem seus códigos específicos de operação (*juízo de valor* ou juízo de mérito), funcionando, assim, de maneira autônoma, havendo, por outro lado, zonas de acoplamento, que permitem o diálogo mais intenso entre eles. Há decisões jurídicas que suspendem direitos políticos e que, por esta razão, impedem a investidura em cargo público ou mesmo suspende o exercício de cargo público ou mandato eletivo. Há, por outro lado, decisões políticas que incidem sobre a esfera jurídica, afinal elas criam a legislação, uma das fontes do Direito; há também decisões políticas que incidem sobre a estrutura orgânica, como a nomeação de membros de uma Suprema Corte. Não existe e nem é salutar uma independência total. Como no presente tópico, procura-se desenhar o princípio que norteia a conexão entre sistemas de responsabilidade especificamente quanto à instauração e processamento, o diálogo das decisões proferidas após instauração dos sistemas será objeto da seção 11.6.4.

A conexão entre sistema de responsabilidade política e sistema de responsabilidade jurídica pode ser examinada sob dois enfoques: estático e dinâmico.

No aspecto *estático*, que diz respeito à configuração legislativa, percebe-se que, nas relações entre o sistema de responsabilidade jurídica e o sistema de responsabilidade política, no que tange à instauração e processamento, prevalecem a *independência*

(ampla) do político em relação ao jurídico e a *independência* (menos ampla) do jurídico em relação ao político.

A responsabilidade política é *independente* da jurídica, porque nenhuma autorização de outro sistema de responsabilidade ou do Poder Judiciário é exigida para instauração e processamento do sistema de responsabilidade política. Como diz Neppi Modona,²¹⁸⁹ a responsabilidade política opera em total autonomia. Quanto ao processamento, embora a esfera política tenha autonomia para regulamentar o rito do processo político, o Poder Judiciário é o guardião do princípio do devido processo legal, sendo de sua alçada dizer se houve ou não ofensa ao devido processo legal. Na responsabilidade política no regime de base parlamentarista (governo perante o parlamento), tal hipótese de controle judicial é diminuta, pois o procedimento é bastante simplificado, não havendo margens na prática para discussões jurídicas. Contudo, no *impeachment* do sistema presidencialista, esta atuação do Poder Judiciário ganha destaque, haja vista que o processo do *impeachment* é pormenorizadamente ritualizado e deve atenção aos princípios do contraditório e ampla defesa, cujas ofensas são dirimidas pela Suprema Corte. Contudo, a Suprema Corte não tem competência para reformar decisão dos órgãos políticos oficiantes no processo quanto ao mérito do *impeachment*.

A responsabilidade jurídica dos governantes, em especial a criminal, tem sido construída pelos legisladores sempre com alguma exigência de decisão da esfera política para instauração ou para continuação do processamento: ora necessita de autorização (ou licença) prévia da casa legislativa para admissibilidade do processo criminal, ora o processo pode ser suspenso por decisão do parlamento.

Nos termos da CF/1988 (art. 86, § 4º), o Presidente da República, no exercício do mandato, somente pode ser responsabilizado criminalmente por ato relacionado ao exercício de suas funções. Cuida-se de hipótese de irresponsabilidade processual temporária quanto a crimes cometidos fora do exercício do mandato, incluindo os praticados antes da assunção do cargo. Necessário para tanto que a Câmara dos Deputados autorize, por dois terços de seus membros, a instauração do processo (art. 51, D). Caso haja autorização, o § 1º do artigo 86 da CF/1988 determina o afastamento do Presidente de suas funções com o recebimento da ação penal (denúncia ou queixa-crime) pelo STF.

A redação originária do artigo 53 da CF/1988 contemplava a autorização da casa

²¹⁸⁹ Guido Neppi MODONA (Il difficile confini tra responsabilità politica ..., 1994, p. 6).

legislativa também para responsabilização criminal de parlamentar: “desde a expedição do diploma, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo em flagrante de crime inafiançável, nem processados criminalmente, sem prévia licença de sua Casa”. Com a Emenda Constitucional nº 35/2001, a autorização (ou licença prévia) para processar foi substituída pela prerrogativa de sustação do andamento do processo (ou suspensão do processo judicial), e, ao contrário da licença prévia, que era aplicável a todos os crimes, anteriores ou posteriores à diplomação, a sustação do processo é cabível apenas aos crimes ocorridos após a diplomação do parlamentar. Não havendo mais licença prévia, o sistema de responsabilidade jurídica se desenvolve sem aguardar uma decisão específica da esfera política; o parlamento poderá determinar a sustação após ser comunicada da admissibilidade do processo judicial contra o parlamentar, mas não necessariamente decidirá sobre a matéria. A autorização prévia permanece para o processamento do Presidente da República.

No que pertine à investigação, fase pré-processual, antes da instauração do processo, o STF já afirmou que, desde que o procedimento investigatório tenha seu curso perante autoridade judiciária competente, a garantia de imunidade parlamentar em sentido formal não impede a investigação em inquérito policial.²¹⁹⁰

Em Portugal, da mesma forma que no Brasil, em relação a crimes estranhos ao exercício das funções, o Presidente da República somente responde depois de findo o mandato, perante os tribunais comuns (art. 130, nº 4, CRP). Da mesma maneira que no Brasil, o presidente da República somente ser processado criminalmente, quanto aos crimes relacionados ao exercício das funções, após “iniciativa” da Assembleia da República, “mediante proposta de um quinto e deliberação aprovada por maioria de dois terços dos Deputados em efectividade de funções” (art. 130, nº 2, CRP). A admissão da acusação criminal contra o Presidente da República não implica a suspensão das suas funções, ao contrário do que ocorre com os deputados e com os membros do governo (art. 157, nº 3, e art. 196, CRP) e do que ocorre com o Presidente da República no Brasil

²¹⁹⁰ STF, Rcl 511/PB, Relator Ministro Celso de Mello. No julgamento do HC 102.732, o Ministro Ayres Brito assim se manifestou: “se se obstaculizar a abertura de uma investigação policial, nós estaremos blindando as autoridades públicas, mesmo a governadoria de Estado, como se fossem eles dotados daquela irresponsabilidade jurídica de que tratava o artigo 99 da Constituição Imperial, repito, fazendo da pessoa do Imperador uma figura inviolável, absolutamente inviolável, sagrada e juridicamente irresponsável; respondiam por ele os seus Ministros de Estado”. O STF distingue *autorização prévia para fins de prisão cautelar de governador* (ADI 1.020) e *autorização prévia para instauração de processo contra governador* (HC 80.511; HC 86.015), assentando que esta última “não se irradia a ponto de apanhar prática de ato judicial diverso como é o referente à prisão preventiva na fase de inquérito” (HC 102.732, Plenário, Relator Ministro Marco Aurélio, julgado em 4/3/2010, DJ 7/5/2010).

(art. 86, § 1º, I, CF/1988).

Para os deputados, a CRP não indica requisito para a instauração do processo criminal (art. 157). Contudo, logo ofertada a acusação perante o tribunal competente, a Assembleia decidirá sobre o andamento do processo. Quando se tratar de crime doloso cuja pena máxima seja até três anos ou igual, a Assembleia decidirá se suspende ou não o parlamentar de suas funções para efeito de prosseguimento do processo criminal. Cuidando-se de crime doloso cuja pena máxima seja superior a três anos, será “obrigatória a decisão de suspensão” do parlamentar e, por consequência, prosseguimento do processo.²¹⁹¹

Para os membros do governo, a regulamentação encontra-se no artigo 196, que reproduz basicamente os termos do artigo 157 da CRP.

Note-se que, nesta primeira espécie de conexão (responsabilidade política x responsabilidade jurídica), como visto na seção 11.2.2, não vigora o princípio *ne bis in idem* em sentido amplo, o qual só permitiria a apuração da falta do governante na esfera política.²¹⁹² A configuração constitucional brasileira e portuguesa em vigor está mais próxima do princípio *le politique tient le criminel en l'état*, examinado na seção 11.2.3, que prevê mecanismos de interferência da esfera política no sistema de responsabilidade jurídica, notamente a autorização para o processamento na instância jurídica (ou licença prévia).

Não se tem a menor dúvida de que a licença prévia não se coaduna com o princípio constitucional da responsabilidade, enquanto princípio estruturante do Estado de Direito Democrático, iluminado pelos paradigmas da *responsiveness* e da boa governação, os quais exigem uma reação imediata dos sistemas de responsabilidade, independentemente de decisão em outra esfera de responsabilidade, especialmente quanto à instauração e processamento. O princípio da separação dos poderes, como responsabilidade pelo exercício de competências, e a democracia enquanto imputação de responsabilidade, como visto na seção 7.5, não admitem a dependência do sistema de responsabilidade *jurídica* em face da esfera política no que tange à iniciativa e apuração.

²¹⁹¹ A redação do nº 4 do artigo 157 não é unívoca. Numa leitura apressada pode-se entender que a decisão da Assembleia seria apenas acerca da suspensão ou não do deputado, prosseguindo o feito criminal independentemente da suspensão do deputado. Contudo, como afirmam CANOTILHO e MOREIRA (Constituição da República...Vol. II, 2010, p. 275), “a melhor interpretação” é a de que “o processo só pode prosseguir depois de a AR decidir se o suspende para o efeito”, que “de resto está de acordo com a tradição constitucional quanto à matéria, no sentido de confiar ao Parlamento a decisão quanto à prossecução do processo”.

²¹⁹² Na CRP, não há nenhuma norma expressa que exclua a responsabilidade política do Presidente da República.

O procedimento de sustação (ou suspensão) é um pouco menos ofensivo aos referidos princípios e preceitos, pois interfere não na instauração mas apenas no processamento da responsabilidade jurídica, mas que pode na prática ocorrer logo após a instauração, sem que seja oportunizado apurar sob o seu critério de *juízo de valor* (juízo de mérito) a ocorrência do ilícito. E a ofensa se agrava porque a Constituição sequer estabeleceu os pressupostos para que haja a sustação, ficando ao livre arbítrio da Casa Legislativa, bastando o voto da maioria.

Como a licença prévia para processar o Presidente da República no Brasil e em Portugal e a suspensão do processo contra parlamentar em Portugal revestem-se de normas constitucionais originárias, e, como tais, não comportam declaração de inconstitucionalidade, elas devem ser interpretadas restritivamente, sem nenhuma ampliação analógica. Já as normas legais que concretizam essa dependência na investigação e instauração, salvo repetição do que está contido na Constituição, são inconstitucionais por ofensa ao princípio democrático e ao princípio da responsabilidade.

A norma que prevê a suspensão do processo contra parlamentar no Brasil, por ter sido fruto de constituinte derivado, é inconstitucional por ofensa ao princípio da responsabilidade, ao princípio da separação dos poderes e ao princípio democrático. A declaração de inconstitucionalidade da prerrogativa de suspensão, contudo, poderá ter efeito mais nocivo que a suspensão do processo, pois, haveria a ripristinação do regime anterior brasileiro da licença prévia para os parlamentares.

Conclui-se, pois, que a independência do sistema de responsabilidade jurídica em relação ao sistema de responsabilidade política, quanto à instauração e processamento, é menos ampla que a independência na perspectiva inversa.

No segundo aspecto, está-se atento à *dinâmica* da interação entre os sistemas de responsabilidade. A esfera política, por força do grupo político que está no governo, tem evitado a instauração do sistema de responsabilidade política dos governantes. Em contrapartida, o grupo político da oposição leva boa parte desse conflito que deveria ser resolvido na seara política para a responsabilidade jurídica. Somente após o sistema de responsabilidade jurídica avançar de alguma forma é que o sistema de responsabilidade política se ativa. Essa evasão de responsabilidade é uma disfunção do sistema jurídico-político como um todo. Como visto no aspecto estático, o princípio que vige na apuração e instauração é o da independência do sistema político perante o sistema

jurídico. Ademais, a responsabilidade política tem primazia funcional (temporal) no que tange à apuração da responsabilidade por fatos políticos adversos e deve ser concretizada, na perspectiva funcional, antes de qualquer atuação judicial.

A *interação entre os sistemas judiciais de responsabilidade jurídica* é diferenciada da interação entre sistema de responsabilidade política e sistema de responsabilidade jurídica, pois a primeira ocorre no âmbito de uma mesma função estatal (jurisdicional). É dizer que o grau de independência é *menor* do que o grau de independência da relação entre sistemas de responsabilidade política e jurídica, tanto em termos de instauração (objeto da presente seção) quanto em termos de diálogo entre decisões (que será visto na seção 11.6.4).²¹⁹³ No que tange à instauração, na interação entre *sistemas judiciais* de responsabilidade jurídica, também vige o *princípio da independência*, só que com algumas matizes, ou seja, uma *independência menos ampla*, cuja intensidade varia de acordo com a configuração estabelecida em cada ordenamento jurídico.

Como os sistemas *judiciais* de responsabilidade jurídica operam no seio da função jurisdicional, com o mesmo juízo de valor, o mais importante é que haja apreciação expressa dos pedidos formulados em cada sistema (pedido de condenação criminal, pedido de condenação cível e pedido de condenação em improbidade administrativa), não importando muito se por um mesmo órgão jurisdicional ou por dois órgãos jurisdicionais. A divisão da função jurisdicional em vários órgãos jurisdicionais ocorre por questões de conveniência de política judiciária visando a uma melhor eficiência do sistema judicial como um todo. Importa que o sistema judicial reconheça a autonomia material do pedido (principal) formulado em cada sistema de responsabilidade jurídica e decida cada um especificamente, sem que um deles absorva o outro.²¹⁹⁴ Nessa toada, mesmo nos modelos apresentados a seguir, relativos à relação entre cível e criminal, onde se destaca uma certa dependência processual do cível em relação ao criminal, essa característica não infirma a *independência* dos dois pedidos *na dimensão material*, por isso adequada a expressão *independência menos ampla*.

Historicamente, o primeiro modelo dessa interação, há muito ultrapassado, foi o

²¹⁹³ No que tange ao diálogo das decisões de mérito, objeto da seção 11.6.4, vige o *princípio da interdependência* tanto na interação entre sistema de responsabilidade política e sistema de responsabilidade jurídica quanto na interação entre *sistemas jurídicos* de responsabilidade.

²¹⁹⁴ Como visto na seção 11.6.1, ao abordar o princípio da diversidade dos sistemas de responsabilidade, poderá haver exclusividade de sanção para um determinado sistema de responsabilidade, mas não é estritamente necessário para atender ao princípio da diversidade.

modelo de identidade, segundo o qual, nos ensinamentos de Castanheira Neves,²¹⁹⁵ haveria “a exclusão de qualquer discriminação processual, quer formal, quer intencional, entre as duas acções”, a cível e a criminal, concepção vigente no momento em que o processo criminal era considerado “estritamente acusatório-privado” e ainda no momento em que, mesmo reputada pública, “a pretensão de repressão e de condenação criminais não se distinguia fundamentalmente da pretensão privada”, ou seja, “um tipo de processo em que, pois, nem mesmo o processo criminal se distinguia do processo civil”.

Na outra extremidade, tem-se o *modelo de absoluta independência*, que, como bem ressalta Castanheiras Neves,²¹⁹⁶ “pressupõe uma posição definida quanto à autonomia material e processual das duas ações”, ficando “excluído do processo penal qualquer pedido ou intenção de indemnização particular, a qual só pode ser objecto de uma acção civil em tudo (jurisdicional e processualmente) autónoma da acção penal”. Observe-se que esse modelo de absoluta independência retrata não apenas a independência das ações, mas também a *exclusividade* de cada sistema, ou seja, cada um somente pode apreciar a matéria que lhe é própria. As legislações inglesa e americana seguem esse modelo.²¹⁹⁷

Entre o modelo de identidade e o modelo de absoluta independência, encontra-se o *modelo de adesão ou de interdependência*, segundo o qual o pedido de indenização cível poderá ser formulado também no âmbito do processo criminal. Esse modelo pressupõe a superioridade do juízo criminal sobre o juízo cível, pois as hipóteses de adesão é do pedido cível ao pedido criminal, não o oposto. A vantagem do modelo de adesão é que as questões penais e cíveis são resolvidas com “economia de meios, de custos e maior celeridade”, evitando-se ainda “julgados contraditórios”.²¹⁹⁸ O modelo de adesão, que abrange a maioria dos ordenamentos nacionais, comportam duas variantes: a) modelo de simples alternatividade (França, Itália, Alemanha), como denomina Castanheira Neves,²¹⁹⁹ ou modelo de adesão opcional; b) modelo de dependência da ação cível sobre a penal, como designa Castanheira Neves,²²⁰⁰ ou, como é mais conhecido, modelo de adesão obrigatória.

²¹⁹⁵ António Castanheira NEVES (Sumários de processo penal, 1968, p. 78).

²¹⁹⁶ António Castanheira NEVES (Sumários de processo penal, 1968, p. 78).

²¹⁹⁷ Nesse sentido António Castanheira NEVES (Sumários de processo penal, 1968, p. 78), assim como Alexandra das NEVES (Os efeitos da decisão penal condenatória ..., 2009, pp. 115, nota n. 53).

²¹⁹⁸ Alexandra das NEVES (Os efeitos da decisão penal condenatória ..., 2009, p. 116).

²¹⁹⁹ António Castanheira NEVES (Sumários de processo penal, 1968, p. 78).

²²⁰⁰ António Castanheira NEVES (Sumários de processo penal, 1968, p. 78).

No *modelo de adesão opcional ou de simples alternatividade*, o pedido de indenização cível, que, a princípio, é formulado em ação civil autônoma, pode ser proposto diretamente na ação penal. Castanheiras Neves²²⁰¹ constata que, mesmo nesse caso, “não deixa de haver alguma interdependência entre as duas acções”, em duas situações: a) “se a decisão penal é anterior à decisão civil, o caso julgado penal tem relevo na acção quanto à existência da infracção”; b) “se a acção civil é intentada antes da acção penal, vindo a estar as duas simultaneamente pendentes, o exercício da acção civil terá de suspender-se até que se decida definitivamente na acção penal”. Essa última providência é o que na França se designa pelo aforismo “*le criminal tient le civil en état*”. O modelo alemão é mais rígido que os modelos italianos e franceses, pois enquanto estes últimos comportam as duas situações (efeitos da sentença penal sobre a cível e suspensão da ação cível se ajuizada antes da penal), o primeiro admite apenas a primeira hipótese (efeitos da sentença penal sobre a cível), não ocorrendo a suspensão do processo cível. Essas duas situações, na realidade, tratam do diálogo entre os sistemas após a instauração do sistema de responsabilidade, portanto, será abordado com detalhes na seção 11.6.4.

Assim, no que interessa a este tópico, que foca a instauração dos sistemas judiciais de responsabilidade jurídica, no modelo de *adesão opcional* não há uma preferência para a formulação do pedido cível entre um sistema (cível) ou outro (penal). Observe-se que essa preferência no modelo de adesão de simples alternatividade é apenas para o manejo do pedido cível, pois o pedido de natureza criminal somente pode ser versado na esfera criminal. Há aqui, então, uma *superioridade* do sistema de responsabilidade penal sobre o cível, pois nunca ele (penal) pode ser apurado em seara que não seja a sua própria.

Quando não há margem de escolha para formular o pedido de indenização cível autonomamente ou na esfera criminal, tem-se o *modelo de adesão obrigatória*, que regula as hipóteses em que cabe adesão ao criminal e as hipóteses em que o pedido de indenização civil deve ser formulado obrigatoriamente em ação autônoma. É o caso de Portugal. Como aponta Castanheiras Neves,²²⁰² o modelo de adesão segue a variante da “dependência, pelo menos em princípio, da acção civil relativamente à acção penal”, uma vez que, segundo o Código então vigente (artigo 29): “o pedido de indemnização (...) deve fazer-se no processo em que correr a acção penal e só poderá ser feito

²²⁰¹ António Castanheira NEVES (Sumários de processo penal, 1968, p. 79).

²²⁰² Castanheira NEVES (Sumários de processo penal, 1968, p. 78).

separadamente em acção intentada nos tribunais civis nos casos previstos neste Código”. O texto basicamente se repetiu no atual CPP português, onde o artigo 71 prevê o que denominou “princípio da adesão”, segundo o qual “o pedido de indemnização civil fundado na prática de um crime é deduzido no processo penal respectivo, só o podendo ser em separado, perante o tribunal civil, nos casos previstos na lei”.²²⁰³

O pedido de indenização civil com fundamento em fato que também configura crime poderá ser formulado em separado do processo penal nas hipóteses do artigo 72 e do artigo 82, nº 3, do CPP português.

O modelo de adesão obrigatória pressupõe a *superioridade* do sistema de responsabilidade penal sobre o cível (na dimensão processual), de uma maneira mais acentuada que o modelo de adesão opcional, pois o primeiro não deixa margem para escolha do juízo, como ocorre com o segundo. Note-se que o art. 82-A²²⁰⁴ do CPP português até admite uma hipótese de condenação na esfera criminal em indenização civil sem que o pedido tenha sido deduzido, mas é exceção.

Na dimensão material, a independência é assegurada também pelo disposto no artigo 129 do CP português, que prescreve que a “indenização de perdas e danos emergentes de crime é regulada pela lei civil”.

As exceções ao princípio da adesão obrigatória são tantas e tão frequentes que é cabível concluir que o modelo português se aproxima muito mais do polo da independência entre a ação civil e penal, na perspectiva da instauração, mesmo no que tange à independência na dimensão processual, não apenas material.

No Brasil, a instauração de processo para responsabilização civil não depende de

²²⁰³ Merece destaque a hipótese da alínea “f” do artigo 72, que admite o pedido civil em separado quando for deduzido contra o arguido ou pessoas com responsabilidade meramente civil. Como recorda Alexandra das NEVES (Os efeitos da decisão penal condenatória ..., 2009, p. 115), “o caso mais frequente é o do pedido de indemnização deduzido contra a seguradora num caso em que o processo penal corre termos pelo crime de homicídio ou ofensas corporais negligentes causadas por acidente de viação”.

²²⁰⁴ Há quem entenda, como Germano Marques da SILVA (Curso de Processo Penal. Vol. III, 2009, p. 10 e ss), que essa hipótese não retrata uma verdadeira indenização civil, mas um *tertium genus*, uma modalidade entre a pena e a indenização civil, conforme resgata Alexandra das Neves (Os efeitos da decisão penal condenatória ..., 2009, pp. 116, nota n. 57). A posição dominante na doutrina é a de Figueiredo DIAS (Direito Processual Penal. Vol. I, 1994, p. 543): “trata-se ali de uma verdadeira e própria indemnização de perdas e danos, com natureza exclusivamente civil. A tal conclusão conduzem mais ou menos inquestionavelmente, na verdade, circunstâncias como a de no processamento do pedido civil serem observados pelo próprio tribunal penal os princípios fundamentais do processo civil (*ne procedat iudex ex officio; ne eat iudex ultra vel extra petita partium*) e do direito civil substantivo (máxime no que toca à determinação do dano e do *quantum respondeatur*) e de, conseqüentemente, a decisão penal condenatória que conheça do pedido civil constituir caso julgado nos termos em que a lei atribui essa eficácia às sentenças civis”. No sentido de Figueiredo DIAS é a posição do Supremo Tribunal de Justiça (Acórdão de 12.01.1995, in CJ do Supremo Tribunal de Justiça, III, 1, 181), conforme relata Alexandra das NEVES (Os efeitos da decisão penal condenatória ..., 2009, pp. 116, nota n. 58).

nenhum ato ou decisão de outro órgão do sistema jurídico, incluindo o sistema penal.²²⁰⁵ Da mesma forma, a instauração de processo para responsabilização penal do governante independe de ato ou decisão de órgão que não seja da esfera penal. Impera o *princípio da independência*. Esta independência para instauração também se aplica às interações entre a responsabilidade por ato de improbidade administrativa e as duas já referidas (cível e criminal), como já foi discutido no capítulo 10 sobre improbidade administrativa (especificamente a seção 10.4).

Castanheira Neves²²⁰⁶ apontou que o modelo brasileiro, à época do seu texto (1968), era o de *absoluta independência*. De fato, como prescrevia o vigente CC (art. 1525 do CC/1937; atualmente art. 935 do CC/2002), “a responsabilidade civil é independente da criminal”. E nos termos dos artigos 63 e 64 do CPP, poderá ser proposta ação para ressarcimento do dano na jurisdição cível, contra o autor do crime e, se for caso, contra o responsável civil, sem prejuízo da ação de execução baseada no título penal condenatório (ação civil *ex delicto*). Embora a ação civil de indenização possa ser movida contra o autor do fato, antes de qualquer decisão na esfera criminal, quando o fato também configurar um delito, o ordenamento jurídico brasileiro permite que a vítima aguarde o desfecho da ação criminal para só então acionar a jurisdição civil, ajuizando ação cível *ex delicto*, após o trânsito em julgado da sentença condenatória criminal. Nessa última situação, fica suspensa a prescrição da ação cível.²²⁰⁷ Como a sentença criminal condenatória tem como efeito tornar certa a obrigação de reparar (art. 91, I, CP), a ação cível *ex delicto* corresponde à ação de execução, iniciada com liquidação da sentença, para fins de fixar o valor do dano. O ofendido pode, assim, ou aguardar a finalização da esfera criminal para executar a sentença penal condenatória ou ajuizar desde logo a ação cível na jurisdição civil. A execução da sentença penal condenatória era e continua sendo uma via opcional para a vítima, de modo que não macula o princípio da independência das instâncias no que tange à instauração.

Na redação originária do CPP de 1941 e até a reforma processual de 2008, não havia possibilidade de o ofendido ou o Ministério Público formular pedido de indenização cível na jurisdição criminal. Por outro lado, o CP de 1940, em sua redação

²²⁰⁵ CC/2002, art. 935; CC/1937, art. 1525.

²²⁰⁶ António Castanheira NEVES (Sumários de processo penal, 1968, p. 78).

²²⁰⁷ CC brasileiro de 2002: “Art. 200. Quando a ação se originar de fato que deva ser apurado no juízo criminal, não correrá a prescrição antes da respectiva sentença definitiva”.

originária, já estimulava o ressarcimento da vítima: a reparação do dano ou a restituição da coisa é causa de diminuição da pena (art. 16, CP); a reparação do dano é atenuante genérica (art. 65, III, CP); a reparação do dano é condição para reabilitação (art. 94, III). Da mesma forma, o CPP estabelece meios eficazes para a vítima conseguir a reparação: sequestro (art. 125), busca e apreensão (art. 240), arresto (art. 137) e hipoteca legal (art. 134).

Observe-se que o CP não apenas estimulava como também impunha a obrigação de indenizar o dano causado como efeito da condenação (artigo 91, I, CP), que constitui fundamento para a execução baseada no título penal condenatório (ação civil *ex delicto*). O CC de 1937, por seu turno, determinava que não se poderia questionar mais sobre a existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal, que também consta do CC de 2002. Constata-se, pois, que a independência entre as duas esferas não era e não é absoluta. Há independência na instauração do processo, mas as decisões proferidas na ação penal podem repercutir na seara cível. Por isso, mais acertado dizer que o modelo brasileiro é de independência na instauração e de interdependência entre as decisões.

Com a reforma processual penal de 2008, efetivada pela Lei 11.719/2008, este modelo brasileiro sofreu significativa mudança. A Lei 11.719/2008 alterou a redação do artigo 387, inciso IV, do CPP brasileiro, passando a admitir a formulação de pedido de indenização civil no bojo da ação penal, que será fixado na sentença pelo juiz. Com isso, o ofendido poderá executar o título judicial (sentença criminal condenatória) quanto ao valor mínimo já estabelecido, sem prejuízo da liquidação para apuração do dano efetivamente sofrido (art. 63, parágrafo único, CPP). Ao contrário do que ocorre em Portugal, a formulação do pedido cível na esfera criminal não é obrigatória. Também ao contrário de Portugal, a indenização fixada pelo juiz criminal é considerada apenas um valor mínimo para reparação cível, de forma que estará ainda aberta a esfera de responsabilidade cível para a vítima pleitear uma complementação da indenização. Assim, na instauração, foi introduzida uma certa dependência processual do cível em relação ao criminal, mas esta característica não infirma a *independência* das duas esferas de responsabilidade na dimensão material. Haverá a apreciação expressa tanto do pedido de condenação criminal quanto o pedido de indenização cível, com a diferença de que agora, com a reforma processual, será realizada pelo mesmo órgão jurisdicional. O pedido criminal não obstaculiza o pedido cível, mesmo sendo julgado

no mesmo processo criminal. Assim, o modelo brasileiro pode ainda ser considerado, após reforma processual de 2008, como de independência na instauração, com interdependência das decisões.

Em síntese, os modelos de interação entre juízo criminal e juízo cível no que tange ao *pedido principal*, ou seja, na perspectiva da instauração dos sistemas de responsabilidade, são os seguintes: a) modelo de identidade; b) modelo de absoluta independência ou modelo de independência com exclusividade da esfera criminal para o pedido criminal e exclusividade da esfera cível para o pedido cível (Inglaterra e EUA); c) modelo de independência sem exclusividade da esfera cível para o pedido cível (superioridade do juízo criminal); c1) modelo de adesão opcional, com complementação (Brasil) ou sem complementação posterior no cível (França, Itália, Alemanha); c2) modelo de adesão obrigatória (Portugal).

Por outro lado, há também algumas situações em que o sistema penal dependerá para instauração de decisão de outra esfera. São as hipóteses que encerram condições objetivas de punibilidade e as que vinculam condições objetivas de procedibilidade.

As *condições objetivas de punibilidade* são circunstâncias que não integram a estrutura do crime, não são objeto de dolo ou culpa, mas de cuja existência, por razões de política criminal determinada pelo legislador, depende a punibilidade do crime.²²⁰⁸ É o caso da sentença cível falimentar para os crimes previstos na lei de falência e recuperação judicial,²²⁰⁹ bem como para os crimes pós-falimentar.²²¹⁰

As *condições objetivas de procedibilidade* são condições específicas da ação penal, cuja ausência impede a instauração da ação penal ou, se já instaurada, não permite seu prosseguimento.²²¹¹ É o caso dos crimes que se apuram por meio de ação pública condicionada, dependente de representação do ofendido, e dos crimes contra a honra praticados contra o Presidente da República ou chefe de governo estrangeiro, que demandam requisição do Ministro da Justiça (art. 141 e art. 145, parágrafo único, 1ª

²²⁰⁸ Cezar Roberto BITENCOURT (Tratado de Direito Penal. Vol. II, 2004, p. 118). No mesmo sentido, Luiz Régis Prado (Curso de Direito Penal, 1999, p. 482).

²²⁰⁹ A Lei 11.101/2005, que regula a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência, dispõe no artigo 180, que “a sentença que decreta a falência, concede a recuperação judicial ou concede a recuperação extrajudicial de que trata o art. 163 desta Lei é condição objetiva de punibilidade das infrações penais descritas nesta Lei”. Segundo Walter Barbosa BITTAR (As condições objetivas de punibilidade e as causas pessoais de exclusão da pena, 2004, p. 72), “a exigência de sentença declaratória de falência (reconhecida uma condição objetiva de punibilidade), no caso do crime falimentar, não está descrita na norma incriminadora, mas condiciona a punibilidade, limitando-a, em face da necessidade da sentença”.

²²¹⁰ Juarez TAVARES (Teoria do injusto Penal, 2000, p. 204).

²²¹¹ TOURINHO FILHO (O processo penal. Vol. I, 1977, p. 261).

parte, ambos do CP brasileiro).²²¹²

Nas interações entre as espécies de jurisdição, poderá também ocorrer o problema dos *conflitos de competência*. Entre juízo cível e juízo criminal, é improvável conflito de competência, pois a matéria criminal é bem delimitada. Entre juízos criminais poderá ocorrer conflito, especialmente em localidade em que há juízos criminais especializados. Possível na prática discussão acerca de uma matéria penal ser ou não de competência da jurisdição criminal especial. Bastante provável conflito entre jurisdição contenciosa administrativa e outras jurisdições (cível, por exemplo), embora os ordenamentos nacionais, onde o contencioso administrativo é jurisdição especializada, prevejam regras sobre a prevalência do juízo penal.²²¹³

O último tipo de interação é a que se estabelece entre o sistema *judicial* de responsabilidade jurídica e sistema *administrativo* de responsabilidade jurídica. Aqui a diferença é a função estatal em que atua o sistema de responsabilidade: função administrativa x função judicial. A natureza das funções é a mesma: jurídica. A função administrativa não é exercida apenas por órgãos do Poder Executivo, mas também por órgãos dos demais poderes. A responsabilidade financeira no Brasil, onde o Tribunal de Contas não exerce jurisdição, insere-se na função administrativa.

Por conta do princípio da inafastabilidade do controle judicial (princípio do acesso aos tribunais), o poder judiciário poderá quase sempre revisar a decisão do sistema administrativo de responsabilidade. Mas isso diz respeito ao diálogo entre as decisões proferidas em cada sistema, após a instauração de cada sistema.

Quanto à perspectiva da instauração, o sistema administrativo de responsabilidade jurídica (responsabilidade administrativo-disciplinar, responsabilidade financeira no Brasil), não depende para instauração de nenhuma decisão de fora da esfera administrativa. Da mesma forma, os sistemas judiciais de responsabilidade jurídica (responsabilidade cível, responsabilidade criminal e responsabilidade por ato de improbidade administrativa) não dependem para serem acionados de nenhuma decisão do sistema administrativo de responsabilidade jurídica ou de qualquer outro órgão

²²¹² A *requisição* é para que seja feita a investigação do fato, mas não necessariamente ajuizada a ação penal, pois cabe ao Ministério Público examinar, após finalizada a investigação, se há justa causa para a instauração do processo.

²²¹³ Na Espanha, a Lei de Jurisdição do Contencioso Administrativo (Lei 29/1998) estabelece no artigo 3º que não correspondem à jurisdição contencioso-administrativo “as questões expressamente atribuídas às ordens jurisdicionais civil, penal e social, ainda que relacionadas com a atividade da Administração pública” e as questões disciplinares da ordem militar. No artigo 2º da referida lei, constam as matérias que são apreciadas na jurisdição contencioso-administrativa.

administrativo. Relembre-se que, para acionar o Poder Judiciário, não se faz necessário o exaurimento da esfera administrativa. As instâncias judiciais e a instância administrativa são independentes entre si.²²¹⁴ Na LIA, restou assentado expressamente que a aplicação de suas sanções independe de decisão de órgão de controle interno ou mesmo de decisão do Tribunal de Contas, o qual não está inserido, no ordenamento jurídico brasileiro, no âmbito do Poder Judiciário.²²¹⁵

Por outro lado, notam-se algumas exceções. O STF (Súmula vinculante nº 24) já decidiu que, em crime de sonegação fiscal, a ação penal somente poderá ser ajuizada após o desfecho na esfera administrativo-tributária, ficando suspenso o curso da prescrição da ação penal até decisão administrativa definitiva.²²¹⁶ Há também a suspensão da pretensão punitiva de crimes tributários durante parcelamento da dívida fiscal e a extinção da punibilidade na hipótese de pagamento integral do débito, duas situações previstas em legislação sobre parcelamentos de dívidas tributárias.²²¹⁷

Imperioso reafirmar o princípio da independência entre os sistemas de responsabilidade.²²¹⁸ Independência regulada, independência com conexões disciplinadas. Mas sem que um sistema de responsabilidade impeça o funcionamento do outro. Não pode haver impedimento da função de controle do outro. Controle/responsabilidade é a última garantia para o cumprimento dos fins do Estado, assim, nesse tipo de função, não pode haver interferência de um sistema em outro. Se

²²¹⁴ No Brasil, a Lei 8.112/1990 prescreve, no artigo 125, que “as sanções civis, penais e administrativas poderão cumular-se, sendo independentes entre si”.

²²¹⁵ O artigo 21 da LIA aduz o seguinte: “Art. 21. A aplicação das sanções previstas nesta lei independe: I - da efetiva ocorrência de dano ao patrimônio público, salvo quanto à pena de ressarcimento; (Redação dada pela Lei 12.120/2009); II - da aprovação ou rejeição das contas pelo órgão de controle interno ou pelo Tribunal ou Conselho de Contas”. O artigo 21 refere-se expressamente ao princípio da independência entre a jurisdição cível de improbidade e a instância administrativa do tribunal de contas.

²²¹⁶ Até o julgamento do HC 81.611-8/DF (STF, Pleno, Relator Ministro Sepúlveda Pertence, julgado em 10/12/2003, DJ 13/5/2005), o STF entendia que a esfera penal poderia ser acionada independentemente do encerramento da esfera administrativo-tributária, quanto aos delitos de sonegação fiscal tipificados no artigo 1º da Lei 8.137/1990. No referido HC, o STF deu uma reviravolta em seu entendimento, passando a entender que “falta justa causa para ação penal pela prática do crime tipificado no art. 1º da L. 8137/1990 – o que é material ou de resultado -, enquanto não haja decisão definitiva do processo administrativo de lançamento, quer se considere o lançamento definitivo uma condição objetiva de punibilidade ou um elemento normativo do tipo”.

²²¹⁷ É o caso da Lei 10.684/2003, que dispõe sobre parcelamentos de débitos federais: “Art. 9. É suspensa a pretensão punitiva do Estado, referente aos crimes previstos nos arts. 1º e 2º da Lei 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e nos arts. 168A e 337A do Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – CP, durante o período em que a pessoa jurídica relacionada com o agente dos aludidos crimes estiver incluída no regime de parcelamento. § 1. A prescrição criminal não corre durante o período de suspensão da pretensão punitiva. § 2. Extingue-se a punibilidade dos crimes referidos neste artigo quando a pessoa jurídica relacionada com o agente efetuar o pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios”.

²²¹⁸ Nesse sentido, Florence GALLETI (Le juge pénal, 2000, pp. 158-159).

existe uma certa dependência entre funções estatais, a dependência deve ser menor quando se está diante de funções de controle e sistemas de responsabilidade. Cuida-se de independência ampla quanto à investigação e instauração (princípio da independência), podendo ocorrer algum nível de dependência entre decisões e seus efeitos (princípio da interdependência). As restrições à independência dos sistemas de responsabilidade somente podem ser configuradas pela Constituição, e devem ser interpretadas restritivamente, sem ampliação para situações não elencadas expressamente.

11.6.3 Compartilhamento de provas

Retomando os ensinamentos de O'Donnell,²²¹⁹ já referidos na seção 6.10.3, segundo os quais as interações entre instituições públicas podem ocorrer tanto numa relação de mera troca (“*exchange*”), ou, melhor dizendo, compartilhamento, quanto numa relação que envolva algum nível de controle, surge a questão de saber se essas modalidades se aplicam às interações de sistemas de responsabilidade.

A princípio, como os sistemas de responsabilidade funcionam por meio de instituições públicas, poder-se-ia dizer que sim, ou seja, que as interações podem ocorrer nas duas modalidades. Que as conexões entre sistemas de responsabilidade envolvem troca de dados, informações e até mesmo de decisões, ou seja, enquadram-se numa relação de compartilhamento (*exchange*), não há controvérsia a respeito. A dificuldade reside na segunda modalidade, saber se algumas conexões entre sistemas de responsabilidade podem configurar relação de controle. É certo que, na relação entre instituições de controle, haveria nada menos que um controle do controle, um controle sobre o controlador. Contudo, nas relações entre sistemas de responsabilidade, não se busca sancionar a conduta da instituição de controle, mas sim de adequar o entendimento que a instituição de controle teve em relação à conduta do governante. O objeto sempre será a conduta do governante, por isso, o controle de segundo grau (controle sobre controle) não se adequa inteiramente a uma relação típica de controle, que pressupõe responsabilidade e decisão sobre a conduta do controlado. Sob outro prisma, pode-se chegar à conclusão de que há relação de controle. Quando se está diante de compartilhamento de decisões, poderão ocorrer situações em que a decisão proferida em um sistema de responsabilidade pode ter efeitos vinculantes sobre o outro sistema de

²²¹⁹ Guillermo O'DONNELL (Horizontal accountability, 2003, p. 35).

responsabilidade. Na perspectiva de que a decisão deve obrigatoriamente ser seguida, alterando-se o curso e o entendimento de um sistema de responsabilidade, há uma relação de controle, pois o sistema de responsabilidade que produziu a decisão vinculante condiciona o comportamento do sistema de responsabilidade recepcionador daquela decisão, embora de maneira instrumental, pois o objetivo continua a ser a avaliação da conduta do governante.

Como mesmo na conexão entre sistemas de responsabilidade envolvendo decisões vinculantes a relação não se enquadra como controle, no máximo de maneira indireta, é mais adequado inserir todas interações entre sistemas de responsabilidade numa relação de compartilhamento ou diálogo, em vez de numa relação de controle. Quanto ao objeto compartilhado, podem ser classificados em dois grupos. O compartilhamento pode ser de decisões, tanto de decisões sem carácter vinculante (mas que podem ser seguidas pela deferência de um sistema a outro que está melhor vocacionado para a matéria), quanto de decisões com carácter vinculante (questões prejudiciais, efeitos de decisões em outra esfera de jurisdição), o que é abordado na seção 11.6.4. O compartilhamento pode ser também de provas, entendido estas como os elementos colhidos no sistema de responsabilidade antes de se fazer sobre eles qualquer juízo de valor, tais como informações, dados, perícias técnicas, interceptações telefônicas. É sobre este tipo de compartilhamento que versa especificamente a presente seção.

Já se teve oportunidade de asseverar que a eficiência do sistema de responsabilidade depende, dentre outros fatores, da capacidade de produção de provas. Ocorre que nem todas as espécies de provas estão disponíveis a todos os sistemas de responsabilidade.

Uma primeira restrição ocorre em favor dos sistemas *judiciais* de responsabilidade jurídica. Como as provas geralmente afetam direitos fundamentais, além de previsão legal, as Constituições exigem, em regra, uma decisão judicial. Não caberia, portanto, aos órgãos administrativos a produção de determinadas provas, devendo acionar o Poder Judiciário, assim como o faz qualquer cidadão. O sistema de responsabilidade administrativa, embora modalidade de responsabilidade jurídica, não é judicial, e, portanto, não tem prerrogativa para utilizar meios de provas reservados à jurisdição, tais como busca e apreensão em domicílio²²²⁰ e quebra de sigilo bancário.

No que tange ao sigilo bancário, a Suprema Corte brasileira em 1995 abriu uma

²²²⁰ Artigo 5º, XI, da CF/1988. Artigo 34, nº 2, CRP/1976.

primeira exceção à quebra de sigilo bancário,²²²¹ reputando não ser necessária ordem judicial para o Ministério Público obter dados bancários sobre verbas públicas para fins de instrução de procedimento investigatório (ainda no âmbito administrativo) em defesa do patrimônio público, prevalecendo o princípio da publicidade ante o preceito do sigilo bancário.

Uma segunda exceção foi aberta, no Brasil, pela LC 105/2001, que disciplinou o sigilo das operações de instituições financeiras. Embora reafirmando a necessidade de medida judicial para quebra de sigilo bancário para fins de instrução de processo cível, administrativo-disciplinar e criminal,²²²² a referida lei complementar autorizou o acesso a dados de movimentação bancária aos órgãos da administração tributária, sem prévia autorização judicial, em duas situações, a do artigo 5º e a do artigo 6º. Na primeira situação, a do artigo 5º da LC 105/2001, regulamentado pelo Decreto 4.489/2002, as instituições bancárias repassarão ao fisco periodicamente informações de caráter geral acerca das movimentações, sem identificação da origem e natureza dos gastos, apenas informando os titulares. Essas informações, após análise pelo fisco, podem ensejar abertura de um processo administrativo-tributário para apuração adequada de fatos que configurem ilícito fiscal, ocasião em que a autoridade fiscal poderá requisitar às instituições financeiras documentos e dados mais específicos. A segunda situação (artigo 6º da LC 105/2001) cuida-se exatamente desta requisição específica de documentos, livros e registros bancários por parte da autoridade fiscal.²²²³

Não obstante a LC 105/2001 ter autorizado o compartilhamento de informações bancárias com o fisco, sem prévia autorização judicial, o STF, exercendo controle difuso de constitucionalidade, decidiu que o acesso a dados resguardados pelo sigilo bancário, por parte do fisco continuaria demandando ordem judicial.²²²⁴ Posteriormente, em controle concentrado, o Supremo Tribunal Federal,²²²⁵ em 24 de fevereiro de 2016, por 9 votos favoráveis a 2 contrários, decidiu pela constitucionalidade dos dois dispositivos legais (artigos 5º e 6º da LC 105/2001), entendendo que haveria confluência

²²²¹ STF, MS 21.729/DF, Tribunal Pleno, Relator p/acórdão Ministro Néri da Silveira, julgado em 5/10/1995, DJ 19/10/2001.

²²²² O STF há muito vem decidindo que é cabível a quebra de sigilo bancário, por meio de decisão judicial, em investigação criminal levada a efeito no inquérito policial, quando presentes indícios de prática criminosa (AC 3.872 AgR/DF, DJe de 13.11.2015; HC 125.585 AgR/PE, DJe de 19.12.2014; Inq 897 AgR/DF, DJU de 24/3/1995).

²²²³ O artigo 6º da LC 105/2001 foi regulamentado no âmbito federal pelo Decreto 3.742/2001, com alterações dadas pelo Decreto 6.104/2007 e Decreto 8.303/2014.

²²²⁴ STF, RE 389.808/PR, Pleno, Relator Ministro Marco Aurélio, em 15/12/2010, DJe 9/5/2011.

²²²⁵ ADI 2.386, ADI 2.390, ADI 2.397 e ADI 2.859.

entre o dever fundamental de pagar tributos (contribuinte) e o dever de bem tributar e fiscalizar (fisco), não resultando a hipótese normativa em quebra de sigilo bancário, mas em transferência de sigilo da esfera bancária para a esfera fiscal, que tem o dever de preservar o sigilo, cuidando-se de compartilhamento de informações sigilosas.

No que tange à *responsabilidade política*, as comissões parlamentares de inquérito são dotadas de poderes próprios de autoridade judicial,²²²⁶ não as tendo as comissões permanentes ou comissões especiais do parlamento. Em situação diferenciada encontram-se as comissões instauradas no processo de *impeachment* no regime presidencialista brasileiro. Como a prerrogativa é concedida na CF/1988 apenas às comissões parlamentares de inquérito, numa primeira vista, não seria extensiva às comissões instauradas para processar o *impeachment*. E a isso se agrega o fato de que ao processo de *impeachment* pode muito bem anteceder uma investigação específica no âmbito de comissão parlamentar de inquérito. Ocorre que não há obrigatoriedade de que o processo de *impeachment* seja aberto apenas após uma investigação específica no âmbito parlamentar; esta investigação por meio de CPI não é pressuposto do *impeachment*.²²²⁷ O *impeachment* é um processo constitucional de apuração de responsabilidade do governante que possui condições bem mais exigentes do que para abertura de CPI. Ademais, se a Constituição prevê prerrogativa de poderes equivalentes às autoridades judiciais para uma comissão de investigação, mais razão assiste para que estes poderes sejam os mesmos para comissão formada para processar o *impeachment*, que se destina não apenas a uma mera investigação, mas ao processamento e julgamento do governante por infração político-administrativa (impropriamente denominado de “crime de responsabilidade”). Mas não são todas as comissões formadas no *impeachment* que possuem tal prerrogativa. A comissão instalada na Câmara dos Deputados, após recebimento do *impeachment* pelo Presidente da Câmara dos Deputados, é uma comissão especial com o propósito de elaborar parecer sobre autorização para abertura do processo, o qual é levado a julgamento pelo Plenário daquela Casa Legislativa. Esta comissão não tem prerrogativas próprias das autoridades

²²²⁶ Artigo 58, § 3º, CF/1988. Art. 178, nº 5, CRP/1976.

²²²⁷ O *impeachment* da presidente Dilma Roussef, por exemplo, não se lastreou em investigação preliminar por meio de CPI, mas em provas obtidas pelo Tribunal de Contas da União. Por outro lado, o *impeachment* do presidente Fernando Collor de Mello, em 1992, foi antecedido por uma investigação levada a cabo por CPI, criada em 27 de maio de 1992, por solicitação de parlamentares do Partido dos Trabalhadores, com objetivo de apurar as acusações feitas pelo irmão do presidente, o Sr. Pedro Collor, no sentido de que o presidente mantinha uma sociedade de fato com o ex-tesoureiro de campanha eleitoral, o Sr. Paulo Cesar Farias (PC Farias), que agiria como intermediário de negócios entre governo e empresas.

judiciais, não porque seja comissão especial, mas porque se destina-se tão somente a autorizar a abertura do *impeachment*, não sendo o foro apropriado para colheita de provas. A comissão instalada no Senado, em sua primeira fase, quando se destina apenas a elaborar parecer sobre admissibilidade do processo, da mesma forma, por não ser fase de instrução, não possui competências judiciais. Após o Plenário do Senado decidir pela abertura do processo, aprovando parecer favorável ou rejeitando parecer desfavorável, pelo quórum de maioria absoluta, quando se inicia a fase instrutória, a Comissão especial do *impeachment* no Senado passa a ter poderes equivalentes às autoridades judiciais, podendo adotar meios de provas que estão reservados à jurisdição.

Uma segunda restrição milita a favor do sistema judicial de responsabilidade penal. Considerando que os bens jurídicos mais valiosos de uma sociedade estão tutelados pelo direito penal, ao sistema de responsabilidade penal são atribuídas, em regra, as provas mais invasivas sobre os direitos fundamentais, tal como a *colaboração premiada*^{2228 2229} e a interceptação de comunicações telefônicas.²²³⁰ Esta é uma das

²²²⁸ No direito brasileiro, a colaboração ou delação premiada está prevista na Lei 12.850/2013 (Lei de Organização Criminosa). No direito português, há a atenuação da pena em razão da confissão, bastando que o arguido esteja “arrependido”. Para os crimes de corrupção e recebimento indevido de vantagem, o arrependimento só atenuará a pena caso não tenha sido ainda iniciada qualquer investigação. A legislação de branqueamento de capitais prevê uma atenuação de pena para os arguidos que colaborem com a investigação criminal. A legislação do terrorismo permite a dispensa da pena, se, por exemplo, o arguido abandonar a organização a que faz parte. Como se vê, a lei portuguesa não autoriza um compromisso de uma pena, negociada previamente entre as partes, desde que os arguidos confessem a prática do crime e delatem outros envolvidos, como ocorre no Brasil e nos EUA. A colaboração premiada tem fundamento no artigo 37, itens 1 e 2, da Convenção das Nações Unidas, de 2003. A Suprema Corte dos EUA já deduziu que “a sociedade não pode dar-se ao luxo de jogar fora a prova produzida pelos decaídos, ciumentos e dissidentes daqueles que vivem da violação da lei” (On Lee vs. US, 1952). A delação premiada tem origem no Direito norte-americano, onde pelo *plea bargain agreement* o réu (*defendant*), por meio de seu advogado, avaliando que é provável a sua condenação, já que as provas reunidas são robustas, celebra um acordo (*agreement*), reconhecendo sua culpa (*pleading guilty*), com a finalidade de redução de sua pena. A adoção da delação premiada no Brasil ocorreu com grandes resistências culturais, acadêmicas e especialmente políticas, que defendiam a impossibilidade de o Estado realizar acordo com criminosos, sob o fundamento de que seria uma conduta contrária a ética.

²²²⁹ A jurisprudência tem confirmado a legitimidade e constitucionalidade da colaboração premiada. No Brasil, o STF indeferiu *habeas corpus* de um dos corréus da Operação Lava Jato, que objetivava anular ato do relator, ministro Teori Zavascki, que havia homologado acordo de delação premiada de outro réu, com base na Lei 12.850/2013. Nos EUA, a Suprema Corte tem rejeitado há muito tempo as alegações de inconstitucionalidade do *plea bargain agreement*: a) caso Brady x United States (397 U.S. 742, 1970); b) caso McCarthy x United States (394 U.S. 459, 1969), onde exigiu que o acordo seja voluntário e o acusado tem que estar ciente das consequências; c) caso Lafler x Cooper (132 S.Ct. 1376, 2012) e caso Missouri x Frye (132 S.Ct. 1399, 2012), onde afirmou que o acusado tem legítimo interesse, protegido pela Constituição, na delação premiada proposta pelo órgão acusatório, e, por isso, o acordo será válido mesmo que o advogado não tenha o orientado de maneira adequada. Na Alemanha, a Corte Constitucional (BVerfG, 1 BvR 1215/07, 19/3/2013) já reconheceu a constitucionalidade do instituto, que deve ser realizado de maneira formal, não se aceitando acordos informais. O Tribunal Europeu de Direitos Humanos (ECtHR, Natsvlishvili and Togonidze x Georgia, 9043/2005, 29/4/2014) também reconheceu a validade da colaboração premiada, reconhecendo-o como instrumento de combate ao crime organizado e à corrupção. Na Itália, a Corte Constitucional Italiana na Decisão 313/1990,

razões pelas quais a jurisdição penal é a que mais se aproxima da verdade. Como pela primazia funcional temporal, o sistema de responsabilidade civil e o de improbidade administrativa são acionados antes do sistema penal, poderá haver, por conta desta capacidade de provas do juízo penal, algumas decisões conflituantes entre estes juízos, o que será visto no tópico destinado à interdependência das decisões (seção 11.6.4).

O princípio constitucional da responsabilidade e a democracia *responsiveness*, aliados ao princípio da publicidade e ao princípio da duração razoável do processo,²²³¹ impõem o imediato compartilhamento das provas colhidas em qualquer sistema de responsabilidade, sem que seja preciso aguardar o trânsito em julgado da sentença penal.

Se o processo em que foi colhida a prova não está em segredo de justiça ou se a própria prova não está sob sigilo, ela pode ser compartilhada, sem grandes exigências, bastando as seguintes: a) pedido motivado do juízo requerente; b) pertinência temática da prova para com o processo que está conduzindo; c) respeito ao contraditório, seja pela presença das mesmas partes, seja pela circunstância de ser inviável o exercício do contraditório (provas de natureza técnica, provas produzidas antes da ocorrência do fato examinado no novo processo);²²³² e) decisão fundamentada do juízo requerido.

Os atos processuais são, em regra, públicos. O princípio da publicidade é uma exigência lógica do princípio do Estado de Direito. Os cidadãos precisam ter meios para conhecer efetivamente os atos normativos, os atos de conteúdo genérico dos órgãos de soberania, e as decisões dos órgãos do poder político e, assim, exercer a cidadania plena.

O princípio da publicidade dos atos públicos está assentado no artigo 119 da CRP. Num primeiro grupo (nº 1 do artigo 119), o princípio da publicidade exige uma ampla divulgação, com publicação em diário oficial (Diário da República), de leis, convenções

reconheceu a constitucionalidade do *patteggiamento*, introduzido pelo CPP de 1988, bastante utilizada na década de 1990 pelo Ministério Público no âmbito da Operação Mãos Limpas (*Mani Pulite*).

²²³⁰ Art. 34, nº 4, CRP/1976; Art. 5º, XII, CF/1988. Embora do preceito da CF/1988 conste apenas a exceção quanto às comunicações telefônicas, a jurisprudência do STF é pacífica no sentido de que ordem judicial poderá quebrar o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas e de dados (HC 70. 814/SP, relator Ministro Celso de Mello, DJ 24/06/1994; RE 418.416/SC, relator Ministro Sepúlveda Pertence, DJ 19/12/2006).

²²³¹ No Brasil, a Emenda Constitucional 45/2004, conhecida como Reforma do Judiciário, incluiu o inciso LXXVIII ao artigo 5º da CF/1988, segundo o qual “a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”.

²²³² STF, 1ª Turma, HC 78.749, relator Ministro Sepúlveda Pertence, em 25/05/1999; STF 1ª Turma, RE 328.138, relator Ministro Sepúlveda Pertence, em 16/09/2003; STF, 1ª Turma, HC 67.707-0, Relator Ministro Celso de Mello, em 07/11/1989, DJ 14/8/1992; STF, 1ª Turma, HC 95.549, relatora Ministra Cármen Lúcia, em 28/04/2009.

internacionais, decretos-leis, decretos legislativos, decretos presidenciais, resoluções da Assembleia da República, regimentos, decretos regulamentares do Governo, os resultados das eleições e as decisões do Tribunal Constitucional e de outros tribunais a que a lei confira força obrigatória geral. Num segundo grupo (nº 2 do artigo 119), estão os atos de conteúdo genérico dos órgãos de soberania. A CRP prescreve a ineficácia jurídica para a falta de publicidade dos atos do grupo 1 (salvo os resultados das eleições) e dos atos do grupo 2. No texto originário, constava a sanção de inexistência. Mais acertada a sanção de ineficácia, conferida pela Revisão Constitucional de 1982, pois a ausência de publicidade não macula a validade do ato, mas repercute apenas quanto a sua oponibilidade em relação a terceiros. Num terceiro grupo (nº 3 do artigo 119), estão os demais atos, onde a lei determinará as formas de publicidade (jornal oficial, anúncio em jornal não oficial, divulgação por meio de edital em murais) e a consequência da sua falta. Estão neste terceiro grupo as convenções coletivas de trabalho e os atos das entidades que integram a administração indireta do Estado e a administração autónoma (universidades, associações públicas etc.). Quanto à seara judicial, no primeiro grupo, constam decisões do Tribunal Constitucional e de outros tribunais que tenham força obrigatória geral prevista em lei. A CRP não enumera as decisões, deixando à lei a prerrogativa de especificar quais decisões de tribunais terão força obrigatória geral (como os assentos) ou conferindo a lei competência aos tribunais para tomar decisões com força geral obrigatória.

Quanto ao processo civil, a publicidade dos autos é a regra, salvo as exceções previstas na lei.²²³³ O acesso ao processo é limitado quando a divulgação do conteúdo possa causar dano à dignidade das pessoas, à intimidade da vida privada ou familiar ou à moral pública, ou colocar em causa a eficácia da decisão a proferir.²²³⁴

No processo penal, a publicidade e o segredo de justiça estão regulados no artigo 86 do CPP/1987, com as modificações dadas pela Lei 48/2007. O processo penal é público, sob pena de nulidade, ressalvadas as exceções previstas na lei. A publicidade do processo não abrange os dados relativos à reserva da vida privada que não consubstanciam meios de prova. O segredo de justiça não inviabiliza os esclarecimentos públicos pela autoridade judiciária, quando forem necessários ao restabelecimento da

²²³³ O artigo 163 do vigente CPC português, aprovado pela Lei 41/2013, reproduziu o artigo 167 do CPC de 1961.

²²³⁴ Artigo 164 do CPC/2013; artigo 168 do CPC/1961. O artigo 30 do Código de Processo nos Tribunais Administrativos dispõe sobre a publicidade dos processos no âmbito dos tribunais administrativos.

verdade e não prejudicarem a investigação, com vistas a garantir a segurança de pessoas e bens ou a tranquilidade pública. O juiz da instrução pode determinar o segredo de justiça, quando a publicidade prejudicar os direitos dos sujeitos ou participantes processuais.

Quanto aos atos administrativos, a CRP não exige expressamente sua publicidade, salvo os de caráter genérico. O Código de Procedimento Administrativo (Decreto-Lei 4/2015) reforça a distinção entre publicação e publicidade já esboçada pela CRP. Ele determina que a publicação dos atos administrativos só é obrigatória quando a lei assim o exigir, cuja falta, quando a lei exigir a publicação, implica sua ineficácia (artigo 158). Determina ainda que, quando a lei que exigir a publicação do ato administrativo não indicar em quais termos, a publicação deverá ocorrer no Diário da República ou na publicação oficial da entidade pública e no sítio institucional da entidade em causa, no prazo de 30 dias (artigo 159). A publicação é um dos meios para se efetivar a publicidade dos atos e procedimentos administrativos. Conforme artigo 61 do Código de Procedimento Administrativo (Decreto-Lei 4/2015), a publicidade dos atos e procedimentos administrativos será preferencialmente realizada por meios eletrônicos, que facilitam o exercício dos direitos e promovem a celeridade das decisões. Conforme artigo 63, salvo disposição legal em contrário, as comunicações da Administração com os interessados só podem processar-se através de telefax, telefone ou correio eletrônico mediante seu prévio consentimento.

No Brasil, a publicidade é princípio da Administração Pública (CF/1988, artigo 37), incidindo particularmente sobre os atos do Poder Judiciário, onde todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário devem ser públicos, sob pena de nulidade (CF/1988, artigo 93, IX, modificado pela Emenda Constitucional 45/2004). A lei só poderá, contudo, restringir a publicidade dos atos processuais quando exigir a defesa da intimidade ou o interesse social (CF/1988, artigo 5º, LX).

No processo civil brasileiro, os atos processuais podem permanecer em segredo de justiça nas ações em que exija o interesse público ou social, nas causas de direito de família e nas demandas com dados protegidos pelo direito à intimidade (artigo 189, CPC/2015). No processo penal, as exceções legais são hipóteses para garantir a eficácia e utilidade das medidas restritivas contra o investigado (artigo 20 do CPP); quando exigir o interesse da sociedade (artigo 20 do CPP), notadamente para proteção da intimidade da vítima (vítima menor ou em caso de crimes sexuais); ou em caso de ação

penal originária “para resguardar a dignidade do magistrado” (Lei Orgânica da Magistratura, artigo 54).

Nas situações em que o processo judicial está sob sigredo de justiça, o compartilhamento da prova poderá ocorrer com a transmissão do dever de sigilo ao juízo requerente, partes e advogados do processo.

No que tange às provas colhidas pelo juízo penal, por meio de prerrogativa exclusiva, como a *interceptação telefônica*, também devem ser compartilhadas com os demais sistemas de responsabilidade. O entendimento segundo o qual a prova produzida tem sua legitimidade vinculada ao processo em que fora produzida, por força do artigo 5º, XII, da CF/1988 (norma similar ao artigo 34 da CRP), é minoritário na doutrina²²³⁵ e superado na jurisprudência, como será demonstrado a seguir.

É certo que a norma constitucional só permite a violação do sigilo das comunicações telefônicas “para fins de investigação criminal ou instrução processual criminal”.²²³⁶ Assim, a prova somente será lícita se for produzida por juízo com competência penal, devendo ser preservado durante a realização da interceptação telefônica o sigilo das diligências (dirigido ao investigado), das gravações e das transcrições respectivas (dirigido a terceiros).²²³⁷ Mas isso não quer dizer que não possa ser compartilhada. A *contrario sensu* do disposto no artigo 10 da Lei 9.296/1996, que tipifica como crime quebrar o sigredo de Justiça sem autorização judicial, conclui-se que, com autorização do juiz que produziu a prova, poderá ser quebrado o sigredo de justiça, disponibilizando a prova a outros juízos. Desde que seja transmitido o dever de sigilo, não há óbice para o compartilhamento da prova.

Quando a solicitação para compartilhamento de provas for do juízo criminal, que também dispõe de poderes para deferir interceptação telefônica, mas que, por óbvio, não teria como repetir com sucesso a diligência, o STF decidiu favoravelmente ao compartilhamento de interceptação telefônica por ordem de juiz de primeiro grau contra investigado sem foro privilegiado, onde foi captado fortuitamente envolvimento de

²²³⁵ Roberto DEMO (O direito penal e outros ramos do direito, 2005, pp. 98-99) filia-se a este entendimento, atualmente minoritário. Está-se de acordo com o referido autor apenas no que tange à impossibilidade de utilização em processo tributário de prova obtida em juízo penal. O referido autor cita um precedente do Tribunal Regional Federal da 4ª Região (TRF4, MS 2002.04.01.023849-6, relator Desembargador Vladimir Freitas, 4ª Seção, julgado em 16/6/2003, Informativo 162 do TRF4). Concorde-se com este ponto em razão de o processo tributário não envolver responsabilidade de governante, tal como construído neste trabalho.

²²³⁶ O inciso XII, parte final, do art. 5º da CF/1988, foi regulamentado pela Lei 9.296/1996.

²²³⁷ Lei 9.296/1996, artigo 8º.

magistrado estadual.²²³⁸

Há também precedentes do STF para compartilhamento de interceptações telefônicas obtidas em juízo criminal com juízo cível de improbidade administrativa.²²³⁹

O STF já assentou a viabilidade de compartilhamento com inquérito civil público de provas colhidas em sede de investigação criminal decorrentes do afastamento do sigilo financeiro e fiscal e dos alusivos à interceptação telefônica.²²⁴⁰ O STF já admitiu a utilização de informações obtidas em interceptação de comunicações telefônicas em procedimento administrativo disciplinar, seja contra os mesmos servidores²²⁴¹ em relação às quais foram colhidos os dados sigilosos, seja contra outros servidores.²²⁴² Nesse sentido, o STJ considerou cabível o uso de dados de interceptação telefônica em processo disciplinar, desde que haja expressa autorização do juízo criminal que colheu a prova.²²⁴³

Na esteira desses precedentes do STF, já se decidiu que “é admissível o compartilhamento de dados sigilosos obtidos em investigação criminal com comissão parlamentar de inquérito, quando relacionados ou idênticos os fatos investigados, para o fim de subsidiar regulares apurações de natureza diversa”.²²⁴⁴

Assim, uma vez obedecida a prerrogativa exclusiva de um sistema de responsabilidade na colheita, a prova se torna acessível a outros sistemas de responsabilidade do governante. O compartilhamento imediato de provas diminui o risco de decisões conflitantes, pois os sistemas de responsabilidade partirão basicamente do mesmo conjunto probatório para fazer o juízo de valor pertinente sobre o fato, o que justifica o decréscimo das vinculações das decisões de mérito no âmbito do princípio da interdependência, que será examinado a seguir.

²²³⁸ STF, Ação Cautelar 3.839/RN, Decisão monocrática, Relator Ministro Marco Aurélio, em 18/09/2015, DJE nº 190, 23/9/2015.

²²³⁹ STF, Ação Cautelar 3.873/RN, Decisão monocrática, relator Ministro Roberto Barroso, em 16/11/2015.

²²⁴⁰ STF, AgReg no Inq 3305/RS, 1ª Turma, redator para o acórdão Ministro Roberto Barroso, em 23/02/2016, ainda não publicado, mas consta do Informativo STF 815, acessível no seguinte sítio oficial do STF na internet: <http://www.stf.jus.br/arquivo/informativo/documento/informativo815.htm>.

²²⁴¹ STF, Pleno, 1ª QO no Inquérito 2.424-4/RJ, julgado em 24/4/2007, DJE de 24/8/2007. Este posicionamento inicial do STF foi revertido na 2ª Questão de Ordem, no mesmo Inquérito, onde passou a acatar a utilização da prova em processo que envolva outras pessoas, não as mesmas do processo onde foi apurada a prova.

²²⁴² STF, Pleno, 2ª QO no Inquérito 2.424-4/RJ, em 19.10.2007. Esse entendimento exarado na 2ª QO no Inquérito 2.424-4/RJ foi reafirmado nos julgados seguintes do STF: a) STF, Pleno, QO-Pet 3.683-2/MG, relator Ministro Gilmar Mendes, em 3/8/2008, DJE de 20/2/2009); b) STF, 2ª Turma, HC 102.293, relator Ministro Ayres Brito, em 24/05/2011.

²²⁴³ STJ, Recurso Ordinário em MS 16429, 6ª T, DJE 23/6/2008.

²²⁴⁴ TRF da 4ª Região, Inq 15.808-RS, proc. 2009.04.00.015808-5, DJ em 8/1/2010.

11.6.4 Interdependência quanto às decisões

Na seção 11.6.2, quando se examinou o princípio da independência quanto à instauração dos sistemas de responsabilidade, foram antecipadas algumas questões relativas ao diálogo entre os sistemas de responsabilidade após a instauração de cada um deles, na medida do necessário para uma melhor compreensão do referido princípio e especialmente para demonstrar que o princípio que rege a conexão entre os sistemas de responsabilidade é diferente após a instauração de cada um: o grau de independência entre os sistemas é maior na instauração, incluindo a fase pré-processual da investigação (princípio da independência), do que no diálogo de suas decisões (princípio da interdependência). Isso porque um sistema não pode impedir o funcionamento do outro, mas poderá influenciar a decisão do outro na matéria para o qual o primeiro sistema é vocacionado.

O diálogo entre as decisões dos sistemas de responsabilidade é vital para a harmonia do sistema como um todo, para evitar decisões contraditórias, daí porque a independência que se via na instauração dos sistemas é relativizada quando da interação das decisões proferidas nos sistemas, decisão de mérito. O princípio que rege essa conexão é o da interdependência, em vez do princípio da independência.

Falar em diálogo de decisões é saber como os ordenamentos jurídicos tratam as questões que devem ser conhecidas e apreciadas por um sistema de responsabilidade, mas que são próprias de outro sistema de responsabilidade, a saber as questões prejudiciais, cuja solução poderá interferir na solução da questão principal (problema processual da prejudicialidade) e também saber como regulam a eficácia da decisão de um sistema de responsabilidade na esfera em outro sistema (problema material da prejudicialidade - valor da decisão da questão prejudicial em outra esfera - e a eficácia da própria sentença condenatória).

Como apregoa Castanheira Neves, as questões prejudiciais são “questões jurídico-concretas (não apenas ‘questão-de-direito’, nem só ‘questão-de-facto’, mas uma unitária concreta questão jurídica na totalidade das suas dimensões, e, portanto, nos mesmos termos em que o é a questão jurídica que constitui o directo objecto do processo), que, sendo embora autónomas, no seu objecto e porventura até na sua natureza, relativamente à questão principal do processo em que surgem, e por isso susceptíveis de

constituírem elas também um objecto próprio de processo”.^{2245 2246}

O problema processual da prejudicialidade consiste em saber se o juízo competente para a questão principal é também competente para decidir no mesmo processo a questão prejudicial. Castanheira Neves²²⁴⁷ indica quatro modelos para solução deste problema: a) *devolução obrigatória* da questão prejudicial para o juízo competente: implica a preferência pela dimensão da autonomia de cada sistema; b) *sistema de suficiência*: implica a preferência pela conexão de prejudicialidade, prescrevendo-se o conhecimento obrigatório das questões prejudiciais pelo juízo competente para a questão principal; c) *sistema de suficiência discricionária*: o juízo competente para a questão principal decide se analisa ou não a questão prejudicial não criminal;²²⁴⁸ d) *sistema misto*, com algumas questões prejudiciais obrigatoriamente devolutivas ao juízo competente e outras questões prejudiciais facultativamente devolutivas (dependente de uma ponderação *ad hoc* e discricionária do tribunal principalmente competente).²²⁴⁹

Os modelos acima foram propostos por Castanheiras Neves para a conexão entre sistemas judiciais, não para conexão entre sistema judicial e sistema político. Contudo, os modelos podem ser aplicados a quaisquer interações que envolvam questões prejudiciais. A questão de saber se um determinado sistema de responsabilidade foi configurado com ou sem questões prejudiciais é uma questão antecedente à aplicação do modelo, mas não o invalida.

Para tratar do princípio aplicado às interações entre as decisões dos sistemas de responsabilidade, analisam-se três conexões fundamentais: a) entre sistema de responsabilidade política e sistema judicial de responsabilidade jurídica; b) entre sistemas judiciais de responsabilidades jurídicas; e c) entre sistema judicial de responsabilidade jurídica e sistema administrativo de responsabilidade jurídica.

No tocante à *interação entre sistema de responsabilidade política e sistema judicial de responsabilidade jurídica (jurídico-judicial)*, constatou-se, na seção 11.6.2,

²²⁴⁵ Castanheira NEVES (Sumários de processo penal, 1968, p. 90).

²²⁴⁶ As *questões prejudiciais* não se confundem com as *questões preliminares* nem com as *questões meramente incidentais*, conforme ensinamento de Castanheira NEVES (Sumários de processo penal, 1968, p. 90) e de Bento de FARIA (Código de Processo Penal. Vol. I, 1960, p. 207).

²²⁴⁷ Castanheira NEVES (Sumários de processo penal, 1968, p. 95).

²²⁴⁸ É o modelo português para a conexão entre sistemas judiciais, nos termos dos artigos 2º a 4º do antigo CPP, conforme pontua Castanheira NEVES (Sumários de processo penal, 1968, p. 95).

²²⁴⁹ É, como aponta Castanheira NEVES (Sumários de processo penal, 1968, p. 97), o sistema italiano, onde as questões relativas ao estado de pessoas são prejudiciais obrigatoriamente devolutivas, submetendo nesse caso a um regime particular de legitimação ao Ministério Público para propor ação não criminal.

que o princípio aplicado na instauração e processamento é o da independência. Após instauração e desenvolvimento dos processos, a interação desses dois sistemas assume outra realidade e se submete a outro princípio, o da interdependência das decisões de mérito.

Como ressalta Paulo Brossard,²²⁵⁰ a “circunstância de uma falta constituir, ao mesmo tempo, ilícito político e ilícito penal, crime de responsabilidade e crime comum, dando origem a dois processos, um no âmbito parlamentar, outro perante cortes de justiça, tem contribuído, paradoxalmente, para alimentar confusão acerca das características do *impeachment* no direito brasileiro”. Foi visto que a seara política está deixando de fazer valer a responsabilidade política. No jogo democrático, a oposição leva boa parte deste conflito para a responsabilidade jurídica. Como consequência, a responsabilidade jurídica tem se agigantado, invadindo o campo da responsabilidade política. E isso ocorre principalmente por conta da utilização indevida do juízo de valor (juízo de mérito) e/ou do critério de julgamento de cada sistema.

No regime de base parlamentarista, a responsabilidade política institucional formal é resolvida por meio de juízo de valor político; utiliza-se o critério de oportunidade, quer dizer a compatibilidade das ações tomadas com os objetivos políticos. A responsabilidade jurídica, em qualquer ordenamento jurídico, é decidida por meio de juízo de valor político (juízo de mérito); o critério de julgamento é a legalidade, ou melhor, a juridicidade. No regime presidencialista, o *impeachment* é julgado mediante voto dos parlamentares, onde fazem juízo de valor político; o critério é também de oportunidade, como na responsabilidade política institucional parlamentar, mas as hipóteses de incidência estão tipificadas em lei (oportunidade tipificada), não é sobre qualquer fato politicamente adverso. Na prática, os governantes, com intuito de se evadir da responsabilidade, argumentam em favor da utilização no sistema de responsabilidade política do critério da legalidade, em vez da oportunidade, quando deveria ser o contrário, e assim objetiva a não instauração do processo ou mesmo uma decisão de absolvição. O mesmo ocorre com o processo de *impeachment* brasileiro, onde os governantes investigados sustentam a aplicação do critério da legalidade, quando o correto é o da oportunidade tipificada.

Quanto à questão prejudicial, não ocorre tal problema no sistema de responsabilidade política institucional (no regime de base parlamentarista), pois o fato

²²⁵⁰ Paulo BROSSARD (O impeachment, 1992, p. 72).

gerador dessa responsabilidade é tão somente um fato político adverso, não havendo nenhuma tipificação, o que exclui em definitivo a existência de questão prejudicial de natureza jurídica. Assim, não se aplica nenhum modelo proposto por Castanheira Neves, podendo-se dizer, assim, que o modelo é o da inexistência de questão prejudicial.

No *impeachment* no sistema presidencialista brasileiro, como as infrações político-administrativas estão tipificadas em lei, pode haver em tese questões prejudiciais de natureza jurídica. Contudo, na lei brasileira, não há menção de qualquer devolução de questões prejudiciais para tribunal judicial competente. Ademais, como o juízo exercido sobre os fatos é um juízo político, não sendo insindicável pelo judiciário, fica claro que todas as questões que compõem o mérito do processo são decididas pelo Poder Legislativo. Assim, entende-se que o modelo é o da *suficiência*, cabendo às Câmaras Legislativas decidirem todas as questões que compõem a infração político-administrativa.

A responsabilidade política não depende da responsabilidade jurídica quanto à instauração e processamento do governante; não há hipótese constitucional que condicione o manejo da responsabilidade política à alguma decisão da esfera jurídica. A esfera política regula o rito do processo político (responsabilidade política institucional no regime de base parlamentarista e o *impeachment* no presidencialismo), mas cabe ao Poder Judiciário tutelar o respeito ao devido processo legal, não tendo atribuição para invalidar ou adentrar no mérito da decisão do sistema de responsabilidade política.

Não obstante não invalide a decisão do sistema de responsabilidade política, determinadas decisões do sistema judicial de responsabilidade jurídica têm eficácia na esfera política do governante e, assim, indiretamente no sistema de responsabilidade política. São exemplo decisões que importam *inelegibilidade*, decisões que determinam *perda ou suspensão de direitos políticos* e decisões que implicam *suspensão do exercício de mandato eletivo*. Quanto à suspensão de direitos políticos,²²⁵¹ assentou-se na seção 11.2.3 (*Le politique tient le criminel en l'état*), que na França e no Brasil, durante muito tempo, a suspensão dos direitos políticos era uma pena acessória à sanção criminal, independentemente de aplicação expressa na sentença penal. Por se considerar excessiva a pena automática, o novo CP francês de 1994 e a reforma de 1984 do CP

²²⁵¹ Das hipóteses do artigo 15 da CF/1988, duas dizem respeito à perda ou suspensão de direitos políticos determinado por apuração de responsabilidade: inciso III (condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos) e inciso V (improbidade administrativa).

brasileiro passaram a exigir decisão expressa do juízo criminal, deixando de ser automático.

Na perspectiva inversa, já foi visto na seção 11.6.2, o sistema judicial de responsabilidade jurídica não carece de decisão do sistema de responsabilidade política, salvo nas hipóteses constitucionais originárias de autorização (ou licença) prévia da casa legislativa para admissibilidade do processo criminal ou de suspensão do processo.

O princípio da separação dos poderes, como responsabilidade pelo exercício de competências, e a democracia enquanto imputação de responsabilidade impõem não apenas a independência dos sistemas de responsabilidade quanto à instauração e apuração como também uma margem mínima de dependência entre os sistemas que garanta a inexistência de decisões conflitantes.

O *diálogo entre decisões dos sistemas judiciais de responsabilidade jurídica* é diferenciado do diálogo das decisões entre sistema de responsabilidade política e sistema de responsabilidade jurídico-judicial, pois o primeiro ocorre no âmbito de uma mesma função estatal (jurisdicional), de modo que o grau de dependência é maior. O problema principal da interação entre o sistema jurídico e o sistema político, que é a utilização equivocada do juízo de valor de mérito (político x jurídico), não ocorre aqui, pois todos utilizam o juízo de valor (jurídico). Os efeitos de uma decisão em outra estão mais regulamentados pela legislação, até porque é uma consequência previsível da divisão de competência entre os vários órgãos jurisdicionais.

Na seção 11.6.2, sobre o princípio da independência na instauração, discorreu-se sobre os modelos de interação entre juízo criminal e juízo cível no que tange ao *pedido principal*: a) modelo de identidade; b) modelo de absoluta independência ou modelo de independência com exclusividade da esfera criminal para o pedido criminal e exclusividade da esfera cível para o pedido cível (Inglaterra e EUA); c) modelo de independência sem exclusividade da esfera cível para o pedido cível (superioridade do juízo criminal); c1) modelo de adesão opcional, com complementação (Brasil) ou sem complementação posterior no cível (França, Itália, Alemanha); c2) modelo de adesão obrigatória (Portugal). A possibilidade de um mesmo fato acionar vários sistemas de responsabilidade sempre foi aceita entre a responsabilidade civil e criminal, em qualquer dos modelos acima, salvo o modelo de identidade, que não mais se aplica, tendo valor apenas histórico. À exceção do modelo de absoluta independência, onde há exclusividade de cada sistema naquilo para o qual é vocacionado, nos demais modelos

constata-se a *superioridade do juízo criminal*.

Mesmo quando não se está diante de uma hipótese de adesão obrigatória do pedido de indenização cível à esfera criminal, para resolver o pedido de condenação criminal, em algumas situações, torna-se necessário o exame de questão prejudicial cível, que segue um dos modelos indicados por Castanheira Neves²²⁵² e já antecipados no presente tóptico: a) *devolução obrigatória*; b) *sistema de suficiência*; c) *sistema de suficiência discricionária*; d) *sistema misto*.

O modelo para o tratamento das questões prejudiciais no juízo criminal, em Portugal, é o da suficiência discricionária. O CPP anterior ao atual já tinha acolhido este modelo de suficiência discricionária, nos artigos 3º e 4º, como apontou Castanheira Neves.²²⁵³ Cavaleiro de Ferreira²²⁵⁴ sintetiza bem este modelo: “o juízo penal é competente para resolver todas as questões que interessem à decisão da causa, ainda que tenha a faculdade de suspender o processo para que se intente e julgue no tribunal normalmente competente a acção respectiva, quando lhe pareça conveniente para a boa administração da justiça”.

O vigente CPP, em seu artigo 7º, estabelece, basicamente, os mesmos contornos do modelo de suficiência discricionária do código revogado. A ação penal é ajuizada independentemente de qualquer outra e, no processo penal correspondente, resolvem-se todas as questões que interessarem à decisão da causa. Se para conhecer da existência de um crime, for necessário julgar qualquer questão não penal, o tribunal pode suspender o processo para que se decida esta questão no tribunal competente, desde que não possa ser convenientemente resolvida no processo penal. O CPP fixa um prazo máximo de um mês para ajuizamento da ação não penal e um prazo máximo de um ano para a suspensão do processo criminal. O Ministério Público tem legitimidade para intervir no processo não penal para assegurar a celeridade desejada. Esgotado um destes prazos, a questão é decidida no processo penal.

Na perspectiva do processo cível, o artigo 97 do CPP português determina que, se o conhecimento do objeto da ação depender da decisão de uma questão que seja da competência do tribunal criminal ou do tribunal administrativo, pode o juiz sobrestar na decisão até que o tribunal competente se pronuncie. Se a ação penal ou a ação administrativa não for exercida dentro de um mês ou se o respectivo processo estiver

²²⁵² Castanheira NEVES (Sumários de processo penal, 1968, p. 95).

²²⁵³ Castanheira NEVES (Sumários de processo penal, 1968, p. 95).

²²⁵⁴ Cavaleiro de FERREIRA (Questões civis julgadas em processo penal [1935], 1996, p. 38).

parado, por negligência das partes, durante o mesmo prazo, a suspensão fica sem efeito e o juiz da ação decidirá a questão prejudicial, mas a sua decisão não produz efeitos fora do processo em que for proferida. Não há prazo legal máximo para a suspensão do processo cível.

No Brasil, vige o sistema misto. Para questões prejudiciais sobre o estado civil das pessoas, a suspensão da ação penal é obrigatória, devolvendo-se a questão para o juízo cível, só retomando o curso da ação penal após trânsito em julgado da sentença cível (art. 92 do CPP). Cuidando-se de crime de ação pública, o Ministério Público, quando necessário, promoverá a ação civil ou prosseguirá na que tiver sido iniciada. Não basta haver qualquer controvérsia acerca do estado civil das pessoas para que se imponha a suspensão, a controvérsia tem que estar relacionada com a existência da infração penal, não com circunstâncias do crime, que influenciam apenas na fixação da pena.²²⁵⁵ Para questões prejudiciais cíveis distintas do estado civil das pessoas, o juiz criminal poderá suspender o curso do processo, após a inquirição das testemunhas e realização de outras provas de natureza urgente, desde que essa questão seja de difícil solução e não verse sobre direito cuja prova a lei civil limite (art. 93 do CPP).²²⁵⁶ O juiz definirá o prazo de suspensão, não havendo prazo máximo previsto na lei. O CPP prevê apenas suspensão do processo, não da investigação criminal ou inquérito policial. Nos termos do artigo 116, I, do CP, o curso da prescrição da pretensão punitiva fica suspensa durante a suspensão processual. A sentença transitada em julgado no juízo cível faz coisa julgada na esfera criminal, não podendo mais ser discutida no juízo criminal.

No modelo brasileiro, há *primazia* do juízo criminal para resolver todas as questões não penais, salvo as de estado civil das pessoas, onde incide a *superioridade do juízo cível sobre o criminal*.²²⁵⁷ Os casos de devolução opcional só confirmam a primazia do juízo criminal, pois é este que abdica da sua primazia e remete a questão para o juízo civil, onde, apenas se decidido no prazo determinando, será verificada a superioridade do juízo cível sobre o juízo criminal, em razão de a matéria ser de sua vocação.

Na perspectiva do processo cível, o ofendido poderá aguardar a sentença condenatória transitar em julgado, para executá-la no juízo cível (arts. 91, I, do CP c/c

²²⁵⁵ Nesse sentido, Guilherme NUCCI (Código de processo penal comentado, 2016, p. 301).

²²⁵⁶ Como o casamento, que só se prova por certidão, não por testemunhas, como bem aponta Guilherme NUCCI (Código de processo penal comentado, 2016, p. 304).

²²⁵⁷ Aureliano de GUSMÃO (Coisa julgada no cível, no crime e no direito internacional, 1922, p. 90).

art. 63 do CPP), a denominada ação civil *ex delicto*, ou ajuizar desde logo a ação cível correspondente (art. 64 do CPP). Com a reforma do CPP em 2008, na sentença criminal, o juiz estabelecerá o valor mínimo para indenização cível, que será executado após trânsito em julgado, sem prejuízo da liquidação para a apuração do dano efetivamente sofrido.²²⁵⁸ Intentada a ação penal, o juiz da ação civil poderá suspender o seu curso. De acordo com o CPP (art. 64, parágrafo único), não havia prazo para suspensão do processo cível, dever-se-ia esperar o trânsito em julgado da sentença criminal. Esta norma prevaleceu até o advento do CPC de 1973, que estabeleceu que, quando a sentença de mérito depender do julgamento de outra causa, ou da declaração da existência ou inexistência da relação jurídica, que constitua o objeto principal de outro processo pendente, o processo cível ficará suspenso por até um ano.²²⁵⁹ Essa norma era genérica, aplicável a todos os tipos de processos, não havendo especificação de matéria criminal. O CPC de 2015 manteve a mesma norma,²²⁶⁰ mas acrescentou outra específica para a questão prejudicial criminal, fixando um prazo máximo de três meses para a propositura da ação penal e prazo máximo de um ano para a suspensão do processo cível, caso contrário, o juiz decidirá a questão prejudicial.²²⁶¹

Quando a questão prejudicial cível é resolvida no juízo criminal, torna-se imperioso examinar a eficácia da decisão na seara cível. Primeiro convém lembrar que vários são os tipos de efeitos do caso julgado criminal: a) efeito executivo da sentença penal condenatória transitada em julgada: permite a execução das penas e medidas de segurança aplicadas;²²⁶² b) efeito negativo do caso julgado: proibição de instauração de novo processo criminal que trate dos mesmos fatos contra a mesma pessoa (*ne bis in idem*);²²⁶³ c) efeito positivo do caso julgado: eficácia da sentença penal condenatória em processos não penais.

Interessa ao tema do diálogo entre decisões de sistemas de responsabilidade o efeito positivo do caso julgado, que será investigado nestas dimensões: a) eficácia da sentença penal sobre questões prejudiciais não penais; b) eficácia em relação a terceiros;

²²⁵⁸ Artigo 63, parágrafo único, do CPP (parágrafo incluído pela Lei 11.719/2008).

²²⁵⁹ Artigo 265, IV e § 5º, do CPC/1973.

²²⁶⁰ Artigo 313, V, § 4º, do CPC/2015.

²²⁶¹ A norma específica é o artigo 315 do CPC/2015.

²²⁶² A eficácia executiva da sentença criminal está disciplinada no artigo 467 do CPP português. No Brasil, estava prevista no Livro IV (Da execução) do CPP de 1941, em especial no artigo 669. A Lei 7.210/1984, denominada Lei de Execução Penal, regulou exaustivamente a matéria de execução, revogando, assim, tacitamente o referido Livro IV, salvo quanto ao tema da reabilitação, de que nada disciplinou. A eficácia executiva da sentença criminal está versada especialmente no artigo 105 da Lei de Execução Penal.

²²⁶³ Remete-se o leitor à seção 11.2.2 sobre o princípio *ne bis in idem*.

c) eficácia da sentença absolutória.

Em Portugal, o CPP vigente, assim como o antecedente, não regulamentou expressamente a matéria da eficácia da sentença penal sobre as questões prejudiciais *não penais* decididas no processo penal.²²⁶⁴ Note-se que o referido código previu, no artigo 84, a eficácia da decisão penal em matéria civil proferida no âmbito do processo de adesão, mas, nesse caso, cuida-se de pedido principal, não de questão prejudicial. Na ausência de regulamentação na legislação penal sobre a eficácia da sentença penal sobre questões prejudiciais não penais, continuam com grande valia os entendimentos de Cavaleiro de Ferreira e Castanheira Neves na vigência do código anterior, que também não havia regulamentado a matéria. Para Cavaleiro de Ferreira,²²⁶⁵ as sentenças criminais que resolverem questões civis tinham os mesmos efeitos das sentenças cíveis que fosse decidir a matéria, razão pela qual haveria caso julgado nos exatos termos do artigo 2053 do CC/1867. Em posição contrária, Castanheira Neves²²⁶⁶ defendia que a sentença penal não produzia efeitos fora do processo em que foi proferida, sob o fundamento de que o princípio da unidade da jurisdição é tão importante quanto o princípio da independência das competências em que se divide a jurisdição. A doutrina produzida na vigência do atual código também não é uniforme. Costa Pinto²²⁶⁷ sustenta que os efeitos da sentença penal sobre questões prejudiciais cíveis são os mesmos previstos nos artigos 674-A e 674-B do CPC/1961, acrescentado pelo Decreto-Lei 329-A/1995.²²⁶⁸ Contudo, é imperioso afirmar que tais dispositivos legais disciplinam o efeito da sentença penal sobre questões prejudiciais penais, não sobre questões prejudiciais cíveis (não penais). Já Germano Marques da Silva²²⁶⁹ afirma, com base no artigo 97º, nº 2, do CPC/1961, que a sentença penal não produz efeitos fora do processo em que for proferida quanto às questões prejudiciais cíveis que tiver decidido.²²⁷⁰

Quanto à eficácia da sentença penal sobre as questões prejudiciais *penais* e quanto

²²⁶⁴ Da mesma forma que o vigente, o revogado CPP de 1929 nada mencionava acerca da eficácia (na esfera cível) da sentença penal que decidia *questão prejudicial cível*. Tratou da eficácia da sentença proferida em juízo não penal sobre a esfera penal, nos casos de devolução (art. 152), da eficácia da sentença criminal quanto à existência e qualificação do fato punível e determinação de seus agentes (art. 153) e da eficácia da sentença absolutória (art. 154).

²²⁶⁵ Cavaleiro de FERREIRA (Questões civis julgadas em processo penal [1935], 1996, pp. 46-48).

²²⁶⁶ Castanheira NEVES (Sumários de processo penal, 1968, pp. 111-112).

²²⁶⁷ Frederico Costa PINTO (Curso de processo penal. Vol. I, 2010, pp. 136-137).

²²⁶⁸ No CPC de 2013, os artigos 623 e 624 mantiveram basicamente o teor dos artigos 674-A e 674-B, do CPC/1961, respectivamente.

²²⁶⁹ Germano Marques da SILVA (Curso de Processo Penal. Vol. III, 2009, p. 136). Essa posição é a que melhor se adapta ao princípio da independência dos sistemas de responsabilidade.

²²⁷⁰ O artigo 92 do CPC/2013 corresponde ao artigo 97 do CPC/1961.

à eficácia da sentença absolutória, o CPP vigente não disciplinou a matéria na sua redação originária, ao contrário do revogado.²²⁷¹ O vazio legislativo, que se iniciou com a entrada em vigor do CPP de 1987, durou até a reforma processual cível procedida pelo Decreto-Lei 329-A/1995, que incluiu dois novos dispositivos ao CPC/1961, regulando a eficácia da sentença criminal na seara cível: artigo 674-A, acerca da oponibilidade a terceiros da decisão penal condenatória, e artigo 674-B, acerca da eficácia da sentença penal absolutória.²²⁷² Com a entrada em vigor do CPC /2013, a matéria ficou disciplinada, sem novidades, nos artigos 623 e 624, que correspondem, respectivamente, aos artigos 674-A e 674-B do CPC/1961. O artigo 623 do CPC/2013 (artigo 674-A do CPC/1961) dispõe que a condenação definitiva proferida no processo penal constitui presunção ilidível, contra terceiros, no que se refere à existência dos fatos que integram os pressupostos da punição e os elementos do tipo legal, bem como dos que respeitam às formas do crime, em quaisquer acções civis em que se discutam relações jurídicas dependentes da prática da infracção. Se a presunção somente é ilidível em relação a terceiros, a sentença “produz efeito de caso julgado formal e material”, em relação às partes do processo criminal.²²⁷³

De acordo com o artigo 624 do CPC/2013 (artigo 674-B do CPC/1961), a decisão penal, transitada em julgado, que haja absolvido o arguido com fundamento em não ter praticado os fatos que lhe eram imputados, constitui, em quaisquer acções de natureza civil, simples presunção legal da inexistência desses fatos, ilidível mediante prova em contrário, mas tal presunção prevalece sobre quaisquer presunções de culpa estabelecidas na lei civil. Este dispositivo estabelece expressamente a presunção legal apenas da hipótese de absolvição em razão de ter ficado demonstrado que o réu não praticou os fatos. Se a absolvição tiver sido por “falta de prova”, esta situação apenas “constitui caso julgado formal, só produzindo efeitos dentro do processo penal”.²²⁷⁴ Alexandra das Neves²²⁷⁵ comenta Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 24 de outubro de 2006, em que foi relator Nuno Carneira, em que o tribunal entendeu que o disposto no art. 674-B do CPC/1961 é inaplicável quando a absolvição tem por base a

²²⁷¹ Como já mencionado, o revogado CPP de 1929 não disciplinou a eficácia da sentença penal que decidiu *questão prejudicial cível* na esfera cível.

²²⁷² Esses dois dispositivos legais foram aditados ao CPC/1961 pelo Decreto-Lei 329-A/1995. A redação do artigo 674-A foi modificada pelo Decreto-Lei 180/1996, incluindo as palavras “perante terceiros”.

²²⁷³ Alexandra das NEVES (Os efeitos da decisão penal condenatória ..., 2009, p. 109).

²²⁷⁴ Alexandra das NEVES (Os efeitos da decisão penal condenatória ..., 2009, p. 113).

²²⁷⁵ Alexandra das NEVES (Os efeitos da decisão penal condenatória ..., 2009, pp. 115, nota n.

prova de ter ocorrido um erro sobre a ilicitude (artigo 17, nº 1, CP). Em sentido contrário, Alexandra das Neves²²⁷⁶ sustenta que, “se a absolvição penal se fundou no erro sobre a ilicitude ou sobre as circunstâncias de facto, na falta de dolo ou de negligência, numa causa de exclusão da culpa ou da ilicitude, na inimizabilidade em razão da idade ou de anomalia psíquica”, ao autor da ação civil caberá o ônus de provar o contrário, pois se tratam de fatos impeditivos dos efeitos constitutivos dos fatos, aplicando-se assim extensivamente o artigo 674-B do CPC/1961 (atual artigo 624 do CPC/2013).

Não obstante, Paulo de Albuquerque,²²⁷⁷ com fundamento no princípio da proibição da indefesa, do acesso aos tribunais e da igualdade de armas (artigos 13 e 20 da CRP e artigo 6, nº 1, da CEDH), sustenta que a sentença penal somente terá força de coisa julgada fora do processo penal em relação ao arguido e ao responsável civil que participaram do processo.

No Brasil, se o juiz fixar o valor mínimo da indenização cível na sentença criminal, tal como é possível a partir da reforma processual de 2008, haverá naturalmente, assim como ocorre em Portugal no âmbito do processo de adesão, a *eficácia desta sentença penal em matéria civil* proferida no âmbito do processo de adesão. O valor mínimo fixado para indenização cível no processo criminal será assim mesmo o valor mínimo, podendo, na esfera cível, o ofendido pleitear complementação. A possibilidade de complementação não infirma a eficácia da sentença penal, pois esta estabelece um valor mínimo, de maneira que em ação civil não se poderá estabelecer uma indenização menor, poderá ser pleiteada apenas complementação. Quanto à *eficácia da sentença penal sobre questões prejudiciais não penais*, a única regulamentação é o artigo 91 do CP, que estabelece como efeito da condenação criminal a obrigação de reparar o dano cível. Cuida-se de efeito automático, não necessita ser expressamente consignado pelo juiz. A sentença criminal condenatória consubstancia título executivo judicial para a propositura da ação de execução civil *ex delicto*. Esta hipótese somente se aplica quando não houver sido julgado o pedido cível na própria sentença criminal. À exceção dessa hipótese, as questões prejudiciais de natureza cível que forem incidentalmente resolvidas no juízo criminal não fazem coisa julgada no cível.

Quanto à eficácia da sentença penal sobre as *questões prejudiciais penais*, o

²²⁷⁶ Alexandra das NEVES (Os efeitos da decisão penal condenatória ..., 2009, p. 114).

²²⁷⁷ Paulo de ALBUQUERQUE (Comentário do Código de Processo Penal, 2011, pp. 70-71).

CC/2002 dispõe, no artigo 935, que não se pode “questionar mais sobre a *existência do fato, ou sobre quem seja o seu autor*, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal”. O texto é similar ao do artigo 1525 do CC/1937. Cuida-se, basicamente, da mesma regulamentação portuguesa, onde se depreende, a contrário senso do artigo 623 do CPC/2013 (artigo 674-A do CPC/1961), que a sentença criminal faz coisa julgada formal e material quanto à existência dos fatos relativos aos pressupostos do crime para os que intervierem no processo criminal. O artigo 935 do CC/2002 aplica-se tão somente às partes que participaram do processo criminal.

Quanto à eficácia perante terceiro, tem-se que “não pode responder, como fato incontroverso e definitivo, aquele que não participou da ação penal”.²²⁷⁸ Ao contrário da legislação portuguesa, a legislação brasileira não admite que o responsável civil indireto (terceiro responsável) intervenha no processo criminal. Assim, não há outra solução senão ingressar com ação cível contra o terceiro responsável tendo que provar todos os fatos constitutivos do direito à indenização, não servindo como prova a sentença condenatória do agente causador do dano.

Pimenta Bueno²²⁷⁹ pondera que “a identidade das partes não é elemento necessário para a coisa julgada em matéria criminal, como aliás é em matéria civil”, apontando algumas exceções, que dizem respeito tão somente a casos de absolvição. Diz Pimenta Bueno²²⁸⁰ que faz coisa julgada na esfera criminal a favor de um indiciado, ainda quando a primeira acusação tenha sido dirigida contra outro, ou quando tenha sido diverso o acusador na hipótese de “absolvição do acusado principal (...) quando a posição e defesa são idênticas” ou quando “a sentença tenha declarado que o facto não era crime”.

A eficácia da sentença absolutória foi amplamente disciplinada no CPP de 1941. Segundo artigo 65, faz coisa julgada no cível a sentença penal que reconhecer excludentes genéricas (afasta a antijuridicidade do fato típico): estado de necessidade, legítima defesa, estrito cumprimento de dever legal ou exercício regular de direito. O reconhecimento das excludentes da antijuridicidade penal afasta necessariamente a ilicitude no direito civil, uma vez que o artigo 188 do CC expressamente dispõe que não constituem atos ilícitos os praticados em legítima defesa, no exercício regular de um

²²⁷⁸ Guilherme NUCCI (Código de processo penal comentado, 2016, p. 191).

²²⁷⁹ Pimenta BUENO (Apontamentos sobre o processo criminal brasileiro, 1857, p. 230).

²²⁸⁰ Pimenta BUENO (Apontamentos sobre o processo criminal brasileiro, 1857, p. 230).

direito reconhecido e em estado de necessidade.²²⁸¹ E por consequência, não há o dever de indenizar nestas situações, salvo exceção legal prevista no próprio CC. É que, nas situações de estado de necessidade, os artigos 929 e 930 do CC/2002 dispõem que, se a pessoa lesada, ou o dono da coisa, não for culpado do perigo, assiste-lhes-á direito à indenização do prejuízo que sofreram, que ficará a cargo do agente que agiu em estado de necessidade ou de terceiro causador do perigo.²²⁸² Assim, somente nos casos em que a vítima do estado de necessidade não provocou o perigo (estado de necessidade defensivo), não haverá indenização no cível. Já quando a vítima não provocou o perigo (estado de necessidade agressivo), mesmo sendo reconhecido a excludente de ilicitude, a vítima será indenizada pelo autor ou pelo causador do perigo.

A contrário senso do que dispõe o artigo 66 do CPP, faz coisa julgada no cível a sentença criminal que reconhecer a “inexistência material do fato”, que é hipótese de absolvição prevista no artigo 386, I, do CPP. Enquanto o artigo 935 do CC/2002 dispõe que não se pode “questionar mais sobre a *existência do fato*”, o artigo 66 do CPP acrescenta a inexistência do fato.

Há outra hipótese de absolvição que faz coisa julgada no cível. Quando estiver provado que o réu não foi autor da infração penal ou não concorreu para a infração penal (artigo 386, IV, CPP). E que, nesta situação, por força do artigo 935 do CC/2002, não se pode “questionar mais (...) sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal”.

Se a absolvição não ocorrer pela inexistência do fato (artigo 386, I, CPP), por não ter o réu concorrido ou praticado a infração penal (artigo 386, IV, CPP) ou ainda não ter sido reconhecida excludente de antijuridicidade (art. 386, VI, 1ª parte, CPP), as demais hipóteses de sentença absolutória não produzem coisa julgada no cível: não haver prova da existência do fato (artigo 386, II, CPP); não constituir o fato infração penal (artigo 386, III, CPP e artigo 67, III, CPP); não existir prova suficiente de ter o réu concorrido para a infração penal (artigo 386, V, CPP); reconhecimento de excludente de culpabilidade (art. 386, VI, 2ª parte, CPP); não existir prova suficiente para a condenação (artigo 386, VII, CPP). Também não fazem coisa julgada no cível, não impedindo a propositura da ação civil, o despacho de arquivamento do inquérito ou das peças de informação (art. 67, I, CPP) e a decisão que julgar extinta a punibilidade (art. 67, II, CPP).

²²⁸¹ O artigo 188 do CC/2002 é exatamente igual ao artigo 160 do CC/1937.

²²⁸² Os artigos 929 e 930 do CC/2002 são reproduções fiéis dos artigos 1519 e 1520 do CC/1937.

Na abordagem das questões prejudiciais, a maioria dos modelos examinados no presente tópico também revelam *superioridade do juízo penal sobre o cível*. Daí porque muitas legislações prevêem que o juízo penal poderá resolver questões prejudiciais de outros juízos e determinam os efeitos das sentenças criminais sobre o cível e tratamento de questão prejudicial criminal. A exceção diz respeito a algumas situações em que o processo penal cede para o cível, nas questões de estado civil, por exemplo, matérias tipicamente cíveis.

A pergunta que se coloca nesta quadra da pesquisa é saber o *fundamento para a superioridade do juízo criminal* e se ainda persiste tal fundamento.

Como destaca Pires de Lima,²²⁸³ “a preponderância da decisão na ação penal se deve ao fato de esta ação, ao contrário da ação civil, traduzir a satisfação do interesse geral, ao passo que, no cível, tem sempre um carácter privado e restrito às partes em litígio”. Como afirma Cavaleiro de Ferreira,²²⁸⁴ “o seu fim, é, portanto, diverso”, uma vez que a “jurisdição penal procura a realização da pretensão punitiva do Estado”, ao passo que a “jurisdição civil visa a reintegração do direito subjectivo privado”. Aureliano de Gusmão²²⁸⁵ apregoa que o “interesse público exerce uma influência predominante sobre o interesse privado” e, por isso, “a ordem pública exige que aquilo que foi definitivamente fixado e resolvido por uma jurisdição criminal não possa mais ser posto em dúvida, ou em questão, por uma autoridade de qualquer outra jurisdição”.

Essas distinções pressupõem uma diferenciação entre o ilícito criminal e o ilícito cível.

Socorrendo-se dos ensinamentos do civilista Clóvis Beviláqua, Noé Azevedo²²⁸⁶ aponta um excelente histórico sobre a teoria dos atos ilícitos. No direito romano, delitos civis eram certos atos indicados na lei criminal²²⁸⁷ (furto, roubo, dano e injúria) que sujeitavam o agente a uma pena civil (multa). Como havia outros atos igualmente prejudiciais a outrem, mas que não tinham previsão legal, a doutrina e jurisprudência procederam a uma equiparação com os delitos, surgindo a categoria *quasi ex delicto*. Mais tarde, especialmente a doutrina francesa, desenvolveu mais essas ideias, distinguindo a categoria de delito civil (como todo ato praticado sem o resguardo do

²²⁸³ Pires de LIMA (O problema da interdependência das acções civis e criminal, 1939, p. 307).

²²⁸⁴ Cavaleiro de FERREIRA (Questões civis julgadas em processo penal [1935], 1996, p. 44).

²²⁸⁵ Aureliano de GUSMÃO (Coisa julgada no cível, no crime e no direito internacional, 1922, p. 89)

²²⁸⁶ Noé AZEVEDO (Ilícito civil e ilícito penal, 1959, p. 32).

²²⁸⁷ A lei (criminal) estabelecia *crimes* com pena de prisão e *delitos civis* com pena de multa. Conferir seção 11.2.2 sobre *Ne bis in idem*.

direito, com intenção de prejudicar e efetivamente provocando dano ao outro) da categoria do quase-delito, ato que provoca dano em outro, mas sem o agente ter tido ânimo de prejudicar o outro. Os Códigos Civis da França e da Itália, ao disciplinar as consequências civis dos atos ilícitos, inspiraram-se na distinção feita por Pothier, que era baseada no elemento subjetivo: o delito era o fato ou omissão dolosa, o quase-delito era o fato ou omissão culposa.²²⁸⁸ Este critério não explicava toda a realidade legislativa da época. Havia crimes nos códigos penais na modalidade culposa, além de os próprios códigos civis preverem que os atos ilícitos poderiam ser cometidos também por dolo. A diferença no elemento subjetivo (intencional o delito; não intencional o quase-delito) somente encontrava campo de aplicação no criminal. Ademais, por esse critério, os crimes são em regra delitos civis, porque são atos danosos praticados com intenção maléfica, mas os delitos civis não correspondem em regra aos crimes, porque há crimes sem ter havido prejuízo efetivo, como nas tentativas. Não havendo distinção notável entre delitos civis e quase-delitos, essas duas noções se fundiram no conceito de ato ilícito na legislação civil. Desde então, passou a prevalecer o entendimento de que o injusto penal e o injusto civil eram figuras jurídicas realmente distintas, corrente denominada de substancialista.²²⁸⁹

A virada ocorre com a doutrina de Adolf Merkel, que estabeleceu o princípio da unidade do ilícito, segundo o qual todo ilícito é uma voluntária rebelião contra a lei, uma ofensa ao direito objetivo.²²⁹⁰ Assim, todo ilícito é discordância entre a vontade do indivíduo e a vontade geral objetivada nas normas jurídicas, de modo que tanto a coação civil quanto a criminal objetivam o interesse geral; a distinção se verifica apenas nas consequências jurídicas do ilícito. Há apenas a diferença formal no que tange ao regime jurídico aplicado a cada um, inclusive o caráter subsidiário da reação penal, que somente intervém quando a reação cível é insuficiente. Observe-se que, como as sanções para o ilícito penal e para o ilícito civil são aplicáveis pelo Poder Judiciário, Merkl não insere na diferenciação formal a distinção orgânica, como o fez na diferenciação entre ilícito penal e ilícito administrativo. Sob influência do direito penal das ditaduras no período das duas grandes guerras mundiais, a legislação penal ampliou-

²²⁸⁸ Noé AZEVEDO (Ilícito civil e ilícito penal, 1959, p. 29).

²²⁸⁹ HEGEL (*Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1821, p. 22) *apud* Heleno FRAGOSO (Antijuridicidade, 1960, p. 10 e ss) sustentava a distinção essencial entre o crime e o ilícito civil, onde a essência do ilícito era determinada pela essência do direito (objetivo), não pela eventual consequência da ilicitude.

²²⁹⁰ Noé AZEVEDO (Ilícito civil e ilícito penal, 1959, p. 28).

se, invadindo o campo do ilícito civil, o que contribuiu sobremaneira, na acertada constatação de Noé Azevedo,²²⁹¹ para “a proclamação da falência de todos os critérios ideados pelos penalistas para a distinção entre os ilícitos penais e os civis”.

Na corrente formalista encontra-se Carnelutti, o qual critica a distinção feita entre ilícito penal e ilícito civil pela natureza das sanções, pois, segundo ele, na esfera civil, as sanções não se limitam ao ressarcimento do dano, anulação do negócio jurídico e restauração do estado *quo ante*, havendo inúmeras sanções na legislação cível sem relação direta e proporcional ao dano, possuindo função de punir e castigar a conduta, revelando uma natureza aflagante (em vez de reparatória), com característica de autêntica pena, como é o caso de multas.²²⁹² Para Carnelutti há um gênero de ato ilícito, cujas espécies se diferenciam pelos tipos de processos necessários para a obtenção da sanção devida. Nessa toada, encontra-se Eugenio Florian, que, conforme preconiza Noé Azevedo,²²⁹³ apregoa que o ilícito penal e o ilícito civil só se distinguem extrinsecamente pelas consequências que lhe são atribuídas: o ilícito civil determina como consequência jurídica uma execução forçada de obrigação de indenizar ou uma declaração de nulidade, ou seja, uma coação patrimonial; o ilícito penal determina a execução de uma pena, como um mal infligido ao autor do fato que afeta sua própria pessoa, ou seja, coação pessoal.

Noé Azevedo²²⁹⁴ vê na base desse entendimento formalista também a prevalência do interesse público no direito penal, sendo relevante saber como se vai aferir essa prevalência. Segundo Noé Azevedo, os autores citados transferem a solução do problema para o legislador, mas reconhece que não há um critério seguro de justiça que possa guiar o legislador na identificação daquilo que coincide como interesse público ou social e, assim, merece ser considerado crime. Em arremate, Noé Azevedo²²⁹⁵ diz que “não é possível determinar características diferenciais entre ilícito civil e ilícito penal, que se verifiquem em todas as modalidades de infrações”, que, “intrinsecamente, o ilícito civil fere de modo mais direto e principal o interesse particular, só atingindo de maneira secundária ou mediata o interesse público”, que o ilícito penal produz um dano ou perigo de dano público e geral, mais vasto e mais intenso do que o ilícito civil, que não havendo critérios científicos, a definição de crime ou contravenção é uma questão

²²⁹¹ Noé AZEVEDO (Ilícito civil e ilícito penal, 1959, p. 30).

²²⁹² Noé AZEVEDO (Ilícito civil e ilícito penal, 1959, p. 31).

²²⁹³ Noé AZEVEDO (Ilícito civil e ilícito penal, 1959, p. 33).

²²⁹⁴ Noé AZEVEDO (Ilícito civil e ilícito penal, 1959, p. 34).

²²⁹⁵ Noé AZEVEDO (Ilícito civil e ilícito penal, 1959, pp. 37-38).

de política criminal.

Assim, a superioridade do juízo penal sobre o cível está enraizada na corrente substancialista, que defende a diferença material entre ilícito criminal e ilícito civil, e, em menor grau, na corrente formalista, que transfere a diferenciação para o legislador. Na atualidade, para ambas correntes, o interesse público por si só não justifica mais a superioridade do juízo penal em relação a toda matéria civil. O processo civil deixou há muito o paradigma do individualismo, tendo sido dotado de diversos instrumentos para o manejo de processo coletivo, cujos interesses vão além dos particulares, dizem respeito a uma coletividade de indivíduos ou mesmo a um universo não identificável de pessoa.²²⁹⁶ Dessa forma, o interesse geral também está presente na esfera cível.²²⁹⁷ E com mais força estará presente o interesse geral quando se tratar de apuração cível de responsabilidade de governante e demais agentes públicos, como ocorre no modelo brasileiro de improbidade administrativa.

O que ainda pode justificar a superioridade do juízo criminal é a estrutura pública da acusação e o estatuto da colheita de provas, que juntos possibilitam ao juízo penal uma apuração mais rigorosa do fato. Mas mesmo em relação à estrutura pública da acusação, nos países em que o Ministério Público tem legitimidade para propor ações cíveis coletivas, como no Brasil, este fundamento também é enfraquecido. Resta apenas o estatuto da colheita de provas, pelo qual a esfera penal dispõe de alguns meios de provas exclusivas, como interceptação telefônica.

Note-se que as duas razões (interesse geral, acusação pública) que justificam não existir superioridade do juízo criminal sobre o juízo cível coletivo também fundamenta a superioridade do juízo cível coletivo sobre o juízo cível individual. O regime da ação coletiva é mais ampliado que o regime na conexão entre juízo criminal e juízo cível. No regime da ação coletiva, a independência das ações é maior, porque somente se o

²²⁹⁶ O direito brasileiro apresenta uma adequada regulamentação da ação coletiva, sendo destaque a Lei 8.078/1990. A ação coletiva pode ser utilizada para a defesa de *interesse ou direito difuso*, para a defesa de *interesse ou direito coletivo* e para defesa de *interesses ou direitos individuais homogêneos*. Segundo artigo 81 da Lei 8.078/1990, *interesses ou direitos difusos* correspondem aos direitos “transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato”, ao passo que *interesses ou direitos coletivos* são “os transindividuais, de natureza indivisível de que seja titular grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base”; enquanto *interesses ou direitos individuais homogêneos* são “os decorrentes de origem comum.”

²²⁹⁷ Aponta com percuciência OSÓRIO (Direito administrativo sancionador, 2015, p. 299) que “a própria CF/88 não fornece qualquer base para uma prevalência absoluta do juiz penal, numa perspectiva lógico-gramatical, embora sinalize eloquentemente no sentido da importância singular do Direito Penal, ao arrolar garantias e direitos a ele associados”.

interessado individual quiser é que a ação individual fica suspensa, aguardando o desfecho da ação coletiva.²²⁹⁸ A superioridade do juízo cível coletivo sobre o cível individual, quanto aos efeitos das decisões de mérito, não é exatamente a mesma da superioridade do criminal sobre o cível, mas baseia-se também na capacidade de colheita de provas.

O sistema de responsabilidade por ato de improbidade administrativa é instaurado por meio de ação civil pública, cuja legitimidade é conferida ao Ministério Público além do ente público prejudicado. A interação entre o sistema judicial de responsabilidade criminal e o sistema judicial de responsabilidade por ato de improbidade administrativa é ditada pelos mesmos princípios da conexão entre esfera criminal e esfera cível, com algumas modulações, flexibilizando-se a superioridade do juízo criminal, tendo em vista que a estrutura de acusação também é pública. O que falta para o modelo de improbidade administrativa é a prerrogativa de alguns meios de prova, que só estão disponíveis para a seara penal.

Enquanto o sistema de improbidade administrativa não tiver os mesmos meios de prova do sistema penal, não tem sustentação a *tese da descriminalização* dos fatos que são também tipificados como improbidade administrativa. A gradação do estatuto de provas justifica a previsão dos dois sistemas de responsabilidade. A referida tese somente poderá ganhar sustentação se atribuir ao sistema de responsabilidade por ato de improbidade os meios de prova até então disponíveis apenas ao criminal. Pela mesma razão, enquanto o sistema de improbidade não tiver os mesmos meios de prova, na prática o direito penal não é a última razão, pois certos ilícitos somente poderão ser descobertos com os meios de prova disponíveis exclusivamente ao sistema penal.

Importante asseverar que este último fundamento para a superioridade do juízo penal (estatuto da colheita de provas) também é enfraquecido pelo princípio do

²²⁹⁸ Segundo artigo 104 da Lei 8.078/1990, as ações coletivas para defesa de *interesse ou direito difuso* ou para a defesa de *interesse ou direito coletivo* não induzem litispendência para as ações individuais, mas os efeitos da coisa julgada no processo coletivo não beneficiarão os autores das ações individuais, se não for requerida sua suspensão no prazo de trinta dias, a contar da ciência nos autos do ajuizamento da ação coletiva. Os efeitos da coisa julgada estão disciplinados no artigo 103 da referida lei: a) nas ações coletivas para defesa de *interesse ou direito difuso*, a sentença faz coisa julgada *erga omnes*, exceto se o pedido for julgado improcedente por insuficiência de provas, hipótese em que qualquer legitimado poderá intentar outra ação, com idêntico fundamento valendo-se de nova prova; b) nas ações coletivas para a defesa de *interesse ou direito coletivo*, a sentença faz coisa julgada *ultra partes*, mas limitadamente ao grupo, categoria ou classe, salvo improcedência por insuficiência de provas; c) nas ações coletivas para a defesa de *interesses ou direitos individuais homogêneos*, a sentença faz coisa julgada *erga omnes*, apenas no caso de procedência do pedido, para beneficiar todas as vítimas e seus sucessores.

compartilhamento de provas entre os sistemas de responsabilidade (seção 11.6.3), que impõe que as provas colhidas no juízo de maior capacidade probatória sejam disponibilizadas aos demais juízos, de maneira imediata, tão logo requerido, transferindo o sigilo caso se trate de prova com este regime.

Se todos os sistemas de responsabilidade do governante, dotados que são de acusação pública, estando presente o interesse geral na apuração do ilícito de um mandatário do povo, julgarão, após compartilhamento das provas, com base no mesmo arsenal probatório não há mais fundamento para a superioridade do juízo criminal quanto à decisão sobre os fatos e autoria dos fatos (antes de qualquer qualificação jurídica feita pelo juízo criminal). Cada sistema de responsabilidade, após compartilhamento das provas, exercerá o seu livre convencimento acerca dos fatos e autoria, e, com base nisso, fará, sobre esses fatos, a qualificação jurídica pertinente a cada sistema. Observe-se que a decisão do sistema de responsabilidade quanto à matéria para o qual é vocacionado tem, em regra, superioridade normativa: o criminal é quem afirma a existência ou não de crime; o modelo de improbidade administrativa, o ilícito de improbidade administrativa; esfera cível, o ilícito cível. As exceções a essa superioridade quanto à decisão da qualificação jurídica ficam por conta dos modelos das questões principais e das questões prejudiciais.

A superioridade do juízo penal quanto aos fatos somente permanece na hipótese de não haver o compartilhamento de provas colhidas no juízo criminal. A rigor, a superioridade do juízo criminal sobre o cível não é pela capacidade *potencial* de apuração de provas exclusivas, mas sim pela capacidade *efetiva* das provas exclusivas colhidas. Se o sistema penal não utilizou nenhuma prova exclusiva, não há razão para que sua decisão sobre os fatos tenha superioridade sobre o juízo cível, especialmente o coletivo, como o modelo brasileiro de improbidade administrativa. Os fatos são os pressupostos primeiros, antes de qualquer qualificação jurídica, não tendo eles nenhuma natureza específica de um dos ramos do direito (penal, cível) e, por isso, nenhum ramo tem preferência para decidir sobre eles.

Assim, não há a rigor uma superioridade do juízo criminal, há apenas uma *primazia do sistema penal quanto à decisão sobre os fatos*. Somente prevalecerá a decisão criminal sobre os fatos se tiver sido utilizado um meio de prova exclusivo do criminal e se não tiver sido compartilhado com os demais sistemas de responsabilidade.

Exaurida a conexão entre sistema de responsabilidade cível e o sistema de

responsabilidade criminal, ambos integrados na função judicial, cabe indagar acerca da conexão entre *o sistema judicial de responsabilidade jurídica (criminal, cível, improbidade) e sistema administrativo de responsabilidade jurídica*. O sistema administrativo de responsabilidade jurídica é aquele exercido no seio da função administrativa, em qualquer órgãos dos Poderes, mas sem intervenção de outros poderes: responsabilidade disciplinar (seção 8.7.3) e responsabilidade financeira (seção 8.8).²²⁹⁹ Não terá relevância neste tópico a circunstância de o controle judicial da administração ter jurisdição própria, como na França e em Portugal, pois a responsabilidade jurídica de que se está a tratar é a responsabilidade aplicada na função administrativa.

Na seção 11.6.2, na perspectiva da instauração, verificou-se que há ampla independência entre o sistema *administrativo* de responsabilidade jurídica (responsabilidade administrativo-disciplinar) e os sistemas *judiciais* de responsabilidade jurídica (responsabilidade cível, responsabilidade criminal e responsabilidade por ato de improbidade administrativa), nenhum depende de decisão de outro sistema de responsabilidade para dar início à apuração. Para as ações judiciais, não se faz necessário o exaurimento da esfera administrativa, salvo naquilo que constituir pressuposto do fato a ser apurado no outro sistema de responsabilidade. É o caso de crime de sonegação fiscal, onde a decisão administrativa da autoridade fiscal determinando o tributo não pago constitui condição para o ajuizamento da ação penal (Súmula vinculante 24 do STF).

Embora ambas as funções (administrativa e jurisdicional) sejam funções jurídicas, a jurisdição, na perspectiva das decisões, tem superioridade normativa advinda do princípio da inafastabilidade do controle judicial (ou acesso aos tribunais), onde o poder judiciário poderá quase sempre revisar a decisão do sistema administrativo de responsabilidade. A superioridade normativa do sistema judicial sobre a administração é maior que a superioridade da jurisdição penal sobre a jurisdição civil. A função jurisdicional tem um papel de controle sobre a função administrativa. Como a superioridade é maior, até mesmo de outro grau, trata-se de uma superioridade qualificada.

²²⁹⁹ A responsabilidade financeira somente é considerada sistema *administrativo* de responsabilidade jurídica quando aplicada pelo sistema de controle externo sem jurisdição (por exemplo, no Brasil). A responsabilidade financeira apurada pelo sistema de controle externo da administração, integrante do Poder Judiciário, com jurisdição (como em Portugal) enquadra-se na modalidade *judicial* de responsabilidade jurídica.

Na conexão entre sistema judicial de responsabilidade jurídica e sistema administrativo de responsabilidade jurídica, já foi visto que as instâncias são independentes, notadamente quanto à instauração, compreendida a investigação.²³⁰⁰ As questões prejudiciais resolvem-se pelas regras já comentadas para a prejudicialidade entre juízo criminal e juízo cível, até porque a matéria administrativa não é penal e, quando judicializada, é tratada preponderantemente pela legislação material e processual cível, com alguns dispositivos em leis específicas.²³⁰¹ Não se faz necessário repetir a análise.

Por conta da superioridade qualificada pela posição de controle judicial, aplica-se a concepção clássica da superioridade do juízo criminal sobre o juízo administrativo, em vez da concepção defendida no sentido de primazia do juízo criminal a depender da efetiva colheita de prova exclusiva e de não ter sido compartilhada com os demais sistemas de responsabilidade, que é aplicada na interação entre sistemas judiciais de responsabilidade. Imperioso destacar três situações, bem analisadas por Di Pietro,²³⁰² a respeito da conexão entre juízo penal e juízo administrativo.

Na primeira, a mesma infração pode ser enquadrada tanto como ilícito penal como ilícito administrativo-disciplinar. Por força do princípio da independência entre as instâncias, instauram-se o processo administrativo disciplinar e o processo criminal. Mas por força da superioridade do juízo penal (na concepção clássica),²³⁰³ fará coisa julgada a sentença criminal que provar a existência do fato e de quem seja o autor, provar a inexistência do fato ou reconhecer excludentes de antijuridicidade. A autoridade administrativa, assim como o juízo cível, não pode decidir de forma contrária. As demais hipóteses, inclusive de absolvição por não constituir o fato infração penal ou por falta de provas, não repercutem na esfera administrativa. Como diz Di Pietro,²³⁰⁴ “o mesmo fato que não constitui crime pode corresponder a uma infração disciplinar; o ilícito administrativo é menos do que o ilícito penal e não apresenta o traço da tipicidade que caracteriza o crime”; ademais “as provas que não são

²³⁰⁰ No Brasil, a Lei 8.112/1990 prescreve, no artigo 125, que “as sanções civis, penais e administrativas poderão cumular-se, sendo independentes entre si”.

²³⁰¹ Convém destacar apenas que o Estatuto dos Servidores Federais (Lei 8.112/1991) dispõe, no seu artigo 126, que “a responsabilidade administrativa do servidor será afastada no caso de absolvição criminal que negue a existência do fato ou da sua autoria”, uma mistura entre o teor do artigo 66 do CPP (sobre inexistência do fato) e do artigo 935 do CC/2002 (“não podendo questionar mais (...) sobre quem seja o seu autor, quando estas questões se acharem decididas no juízo criminal”).

²³⁰² DI PIETRO (Direito administrativo, 2014, pp. 688-689).

²³⁰³ A concepção defendida no presente trabalho é de primazia do juízo penal a depender da efetiva colheita de provas exclusivas e do não compartilhamento.

²³⁰⁴ DI PIETRO (Direito administrativo, 2014, p. 689).

suficientes para demonstrar a prática de um crime podem ser suficientes para comprovar um ilícito administrativo”.

A segunda situação é a da falta residual. Em caso de absolvição na seara criminal, o servidor público somente poderá ser punido pela Administração Pública se houver alguma outra irregularidade que constitua infração administrativa, além daquele fato pelo qual foi absolvido. Conforme Súmula 18 do STF, “pela falta residual, não compreendida na absolvição pelo juízo criminal, é admissível a punição administrativa do servidor público”. A rigor, nesta situação, há dois fatos, um que se configura crime e outro, associado ao primeiro, que constitui apenas infração administrativo-disciplinar. Se não houver um segundo fato associado ao primeiro, a situação passa a ser a primeira acima examinada.

A terceira situação ocorre quando o servidor público é processado na esfera penal por fato que constitui crime, mas não ilícito administrativo. Esta hipótese é relevante, porque a legislação, além de tipificar várias condutas tidas como infração disciplinar, pode simplesmente fazer referência a um crime. É o que ocorre, no Brasil, com a Lei 8.112/1990, em que, no artigo 132, prescreve a demissão de servidor público para casos relativos a situações específicas (incontinência pública, por exemplo), para casos de improbidade administrativa e para os casos de “crime contra a administração pública”. Nas hipóteses em que há previsão do fato como ilícito administrativo-disciplinar autônomo, a Administração Pública não necessita aguardar o término do processo criminal. Já para as situações que se referem genericamente apenas a crimes ou improbidade administrativa, há que se aguardar a finalização do processo correspondente. Como sustenta Di Pietro,²³⁰⁵ “ficou devidamente reconhecida a dependência da esfera administrativa em relação à criminal, quando o funcionário esteja indiciado apenas por crime”. E nesta situação, “a decisão absolutória proferida pelo juiz criminal, qualquer que seja a fundamentação da sentença, repercute sobre a esfera administrativa, porque, nessa matéria, a competência é exclusiva do Judiciário”.²³⁰⁶ A dependência da esfera administrativa também ocorre em relação à improbidade administrativa.

Não obstante a superioridade da função jurisdicional sobre a administrativa, há *primazia* da decisão na esfera administrativa quando proferida por órgão imparcial, com estrutura semelhante aos dos tribunais, e especializado em questões técnicas ou

²³⁰⁵ DI PIETRO (Direito administrativo, 2014, p. 689).

²³⁰⁶ DI PIETRO (Direito administrativo, 2014, p. 689).

complexas. O sistema jurídico brasileiro, como dissecou Osório,²³⁰⁷ “valoriza progressivamente esse modelo das autoridades administrativas julgadoras especializadas em matérias complexas”. Uma das mais antigas autoridades administrativas julgadoras especializadas em matéria complexa é o Tribunal Marítimo, órgão autônomo vinculado ao Ministério da Marinha, estruturado à semelhança de uma corte judicial, com circunscrição em todo o território nacional, tendo como atribuição o julgamento dos acidentes e fatos da navegação marítima, fluvial e lacustre e das questões relacionadas com tal atividade, especificadas na Lei 2.180/1954. Conforme artigo 18 da Lei 2.180/1954, “as decisões do Tribunal Marítimo, quanto à matéria técnica referentes aos acidentes e fatos da navegação têm valor probatório e se presumem certas, sendo porém susceptíveis de reexame pelo Poder Judiciário”. Outro exemplo é o Tribunal de Contas, que, no Brasil, não é órgão jurisdicional, mas órgão auxiliar do Poder Legislativo, cujas decisões que imputam débito ou multa têm eficácia de título executivo extrajudicial (artigo 71, § 3º, CF/1988). Ademais, o STF em diversos julgados tem assentado que a esfera judicial tem que ter deferência às decisões proferidas por órgãos técnicos administrativos.²³⁰⁸

11.6.5 Redundância

Redundância aproxima-se, mas não se confunde com complementaridade, cooperação ou interdependência. Cuida-se muito mais de duplicidade ou duplicação.

A complementaridade é afirmada na relação entre Política e Direito, entre a Moral e o Direito,²³⁰⁹ entre poderes para o exercício da soberania,²³¹⁰ e, na medida em que os poderes vão sendo estruturados com atividades específicas, na relação entre funções estatais.²³¹¹

Do conceito de função de Estado, depreende-se que as atividades estatais têm natureza complementar, onde o exercício de uma função pressupõe o prévio exercício

²³⁰⁷ OSÓRIO (Direito administrativo sancionador, 2015, p. 297).

²³⁰⁸ O STF considerou que, apesar da independência das instâncias administrativa e criminal, a decisão definitiva do Conselho de Recursos do Sistema Financeira Nacional acerca da inexistência de infração financeira vincula a esfera criminal, que foi instaurada com base exclusivamente em representação do Banco Central onde entendia haver infração financeira e que, no entendimento do Ministério Público, configuraria também crime financeiro: HC 81.324-1/SP, 2ª Turma, relator Ministro Nelson Jobim, em 12/3/2002, DJ 23/8/2002; HC 83.674-SP, 2ª Turma, relator Ministro Carlos Veloso, em 16/3/2004, DJ 16/4/2004.

²³⁰⁹ Jürgen HABERMAS (Facticidad y validez, 2010, p. 178).

²³¹⁰ François GUIZOT (A história das origens do governo representativo na Europa, 2008, p. 171).

²³¹¹ Gérard BERGERON (Fonctionnement de l'État, 1965, p. 368).

de outra ou demanda uma outra para assim o Estado alcançar os seus fins.²³¹² As funções são, no magistério de Paulo Gonçalves, “separadas”, “material ou estruturalmente distintas”, “desenvolvidas por diferentes agentes, com incumbências e responsabilidades diversas”, mas atuam em complementaridade.²³¹³

A complementaridade é observada também entre o setor público e o setor privado.²³¹⁴ Neste contexto, Saladin,²³¹⁵ com fundamento na ética da responsabilidade, pela qual os indivíduos são solidários com o Estado para com a preservação da humanidade e a garantia de uma vida digna (princípio da dignidade da pessoa humana), defendeu uma reformulação do dogma da separação entre Estado e sociedade, admitindo que o Estado não pode nem deve fazer tudo, propondo, assim, um novo modelo de atuação estatal, marcada pela complementaridade à atuação dos atores não estatais.

Nas relações internacionais, Raymond Aron defendeu, com base em Clausewitz, a complementaridade entre diplomacia e estratégia, a complementaridade entre meios violentos e não violentos, para o fim de o Estado alcançar seus objetivos ou defender seus interesses.²³¹⁶

A cooperação também não se identifica com a redundância. Em sentido amplo, a cooperação é paradigma associado à complementaridade, como sustentou Saladin,²³¹⁷ significando uma atuação solidária de todos os atores envolvidos na persecução dos fins da sociedade: cidadãos, empresas, organizações e Estado. Na cooperação, em sentido estrito, os órgãos estatais atuam conjuntamente para a prática do ato. Conjuntamente não quer dizer simultaneamente, pode ser sucessivamente, mas o fato é que nenhum pode impor a sua vontade ao outro. A cooperação foi pensada inicialmente entre as clássicas funções (legislação, administração e jurisdição), depois foi aplicada à função de controle. No que tange especificamente a sistemas de responsabilidade, a cooperação é bem reduzida, na perspectiva da instauração, em face do princípio da independência entre os sistemas, sendo mais intensa após a instauração, em razão do princípio do compartilhamento de provas e do princípio da interdependência entre decisões.

²³¹² Marcello CAETANO (Manual de Ciência Política ...Vol. I, 2012, p. 174).

²³¹³ Pedro GONÇALVES (Ensaio sobre a boa governação..., 2013, p. 148). O autor fala especificamente da relação entre política e administração.

²³¹⁴ Jürgen HABERMAS (Facticidad y validez, 2010, p. 434).

²³¹⁵ Peter SALADIN (Verantwortung als Staatsprinzip, 1984, pp. 157-162).

²³¹⁶ Raymond ARON (Paz e guerra entre as nações [1962], 2002, p. 12).

²³¹⁷ Peter SALADIN (Verantwortung als Staatsprinzip, 1984, pp. 157-162).

A interdependência não corresponde à redundância.²³¹⁸ Não há uma função estatal dominante em todas as circunstâncias. Há alguns momentos de superioridade e há outros de subordinação. Relevante recordar a conceituação de Bourricaud, na linha do magistério de Dahl, no sentido de que poliarquia é o sistema onde o poder de decisão está distribuído entre órgãos constitucionais “relativamente autônomos e alternativamente dominantes e dominados”.²³¹⁹ A interdependência resulta naturalmente da repartição das atribuições dos órgãos exercentes das funções estatais. De qualquer forma, mesmo na compreensão de Marcello Caetano,²³²⁰ no sentido de que há superioridade da função política e da função legislativa sobre as funções de execução (jurisdição e administração) e sobre a função técnica, “esta distinção não pode entender-se em termos absolutos”, pois há “interdependência e mesmo interpenetração entre várias funções”. Além de ocorrer uma interdependência mais nítida entre função política e função legislativa, já que estão no mesmo plano de imperatividade ou de criação, as funções de execução, assenta Marcello Caetano, “não deixam de influir na legislação e na política”,²³²¹ mesmo que em menor medida, mas suficiente para caracterizar uma dinâmica de influências recíprocas. Interdependência, na leitura de Scott, é obtida pela “dispersão de importantes recursos formais e informais de autoridade, tais como informação, expertise e capacidade de conferir legitimidade”, que cria “pré-condição” para ação, em que “cada ator deve constantemente prestar contas a outros atores de ao menos parte de suas ações”.²³²²

Redundância aproxima-se da interpenetração. Essa corresponde à realização de uma tarefa própria de outra função.²³²³ Como aponta Hans Jonas, a interpenetração é uma característica dos deveres da ética da responsabilidade, ocorrendo até mesmo nos dois extremos de responsabilidade, a política e a parental.²³²⁴

A redundância dos sistemas de responsabilidade tem a ver com a duplicação ou duplicidade para apurar os mesmos fatos. Opõe-se ao princípio *ne bis in idem*. Beaud,²³²⁵ embora ressaltando sua posição contrária ao entendimento, esclarece que

²³¹⁸ Colin SCOTT (Responsabilização no estado regulador, 2006, p. 103).

²³¹⁹ François BOURRICAUD (Esquisse d'une théorie de l'autorité, 1961, pp. 269, 409 e 418).

²³²⁰ Marcello CAETANO (Manual de Ciência Política ...Vol. I, 2012, p. 175).

²³²¹ Marcello CAETANO (Manual de Ciência Política ...Vol. I, 2012, p. 175).

²³²² Colin SCOTT (Responsabilização no estado regulador, 2006, p. 105).

²³²³ Marcello CAETANO (Manual de Ciência Política ...Vol. I, 2012, p. 175).

²³²⁴ Hans JONAS (O princípio responsabilidade [1979], 2006, p. 181).

²³²⁵ Olivier BEAUD (Le sang contaminé, 1999, p. 106). O autor é contrário à redundância entre a responsabilidade política e a responsabilidade criminal; para ele, ou funciona um ou funciona outro, nunca os dois.

sistemas de responsabilidade são “alternativos”, não meramente complementares, eles são “intercambiáveis”, ou seja, são “dois mecanismos ou duas técnicas equivalentes que permitem atingir o mesmo objectivo”, que é o de “assegurar uma responsabilização efetiva dos governantes”.

Redundância é sobreposição de sistemas de responsabilidade; uma infração pode ser apurada em diferentes sistemas de responsabilidade. Paulo Otero preconiza que “não há poder limitado sem mecanismos de responsabilização do Poder” e justamente “no princípio da responsabilidade reside a primeira e, simultaneamente, a última garantia do Estado de Direito Democrático”.²³²⁶ Nesse prisma, vê-se que os princípios da diversidade, da independência dos sistemas quanto à instauração, do compartilhamento de provas e da interdependência entre as decisões de mérito são necessários mas não são suficientes para a efetiva concretização do princípio da responsabilidade na perspectiva das conexões, pois não garantem que um fato seja apurado por mais de um sistema de responsabilidade, e assim haja um suprimento recíproco das deficiências dos sistemas de responsabilidade. Somente com essa possibilidade de apuração duplicada dos fatos o princípio da responsabilidade faz valer a condição de última garantia do Estado de Direito Democrático.

Quanto mais sistemas de responsabilidade, mais se concretizam os valores democráticos, adequando-se aos novos paradigmas da *responsiveness* e da boa governação. Segundo Häberle,²³²⁷ a democracia demanda não apenas confiança como também “desconfiança”, pelo que o risco de ineficiência ou mesmo de colapso de um sistema deve ser coberto com a operação de outro sistema. E tratando-se de titular de cargos políticos, submetidos à eleição, onde detém maior legitimidade democrática, o que vem “acompanhada de um reforço de poderes decisórios, deverá sempre envolver um grau mais exigente de responsabilidade”, como apregoa Paulo Otero.²³²⁸ A rigor, muito antes do referido autor, Fiódor Dotoyévski em 1880 já escrevia: “recordem-se de que se lhes concede um poder absoluto para perdoar e condenar, mas com um maior poder vem uma maior responsabilidade”.²³²⁹ E mais exigência em termos de responsabilidade não se obtém apenas com maiores penas, mas também com

²³²⁶ Paulo OTERO (Direito Constitucional Português. Vol. II, 2014, p. 33).

²³²⁷ Peter HÄBERLE *apud* Peter SALADIN (Verantwortung als Staatsprinzip, 1984, p. 183).

²³²⁸ Paulo OTERO (Direito Constitucional Português. Vol. II, 2014, p. 38).

²³²⁹ Fiódor DOTOYÉVSKI (Os Irmãos Karamazov [1880], 2014, pp. 16365-17147). A frase foi dita pelo advogado de Ivan Karamazov, na sustentação oral, perante os jurados. Nessa mesma linha, ROBESPIERRE (La razón del pueblo, 1972, p. 71) defende uma reprimenda maior para os governantes.

mecanismos múltiplos de responsabilização.

Note-se que a redundância resulta também da constatação científica de que as pessoas agem no círculo próximo com emoção, e no círculo distante, com a razão, resultados de códigos cerebrais que vem sendo impresso desde a antiguidade, conforme discorreu-se na seção 1.2.²³³⁰ O governante, como toma decisão em gabinete, em ambiente cercado de assessores, pessoas de sua mais alta confiança, seus ministros e secretários, é, por vezes, levado a deixar de atuar com racionalidade, buscando o interesse pessoal em vez do interesse coletivo.

Há muito já se falou sobre sobreposição de funções. Bodin defendia uma redundância de funções e multiplicidades de poderes,²³³¹ mas não era ainda uma redundância de sistemas de responsabilidade. Bäumlín²³³² já alertava que, mesmo dividindo a tarefa geral do Estado em subtarefas e atribuindo às funções estatais, esta delimitação não segue uma classificação rigorosa, e, por isso, há sobreposição de funções; e, quando há lacunas, devem ser preenchidas por responsabilidade conjunta de vários funcionários. Picht,²³³³ mesmo dividindo as áreas de competência para fins de atribuição da responsabilidade, como pressuposto elementar de toda ordem política e social, ressaltava que estas áreas estão sempre em colisão, não só pelo desejo de poder de diferentes grupos, como também da inevitável “sobreposição de áreas”.

Em relação especificamente a controle, Bergeron²³³⁴ já apontava essa característica da redundância ou, como ele chamou, da duplicação, que se aplica, segundo ele, na articulação entre funções em planos diversos de imperatividade (função de criação x função de execução), mas que, após a reordenação da natureza das funções realizada nas seções 6.6.2 e 11.6.1, ficou demonstrado que se aplica também à articulação entre funções com natureza diversa (política e jurídica).

E especificamente à responsabilidade, Scheuner,²³³⁵ sem referir-se a Bergeron, segue a sua conclusão sobre a duplicidade de funções, defendendo a existência de pelo menos dois sistemas de responsabilidade em funcionamento, um inserido em função de natureza política e outro em função de natureza jurídica.

Mas a redundância somente na apuração pela responsabilidade política e pela

²³³⁰ Adela CORTINA (Neuroética y neopolítica, 2011, p. 74 e 88).

²³³¹ Jean BODIN (Os seis livros da República. Vol. IV [1576], 2011, p. 126).

²³³² Richard BÄUMLIN (Die Kontrolle des Parlamentes über Regierung ..., 1966, p. 222 e 229).

²³³³ Georg PICHT (Wahrheit, Vernunft, Verantwortung, 1969, p. 336).

²³³⁴ Gérard BERGERON (Fonctionnement de l'État, 1965, p. 368).

²³³⁵ Ulrich SCHEUNER (Verantwortung und Kontrolle in der demokratischen ..., 1970, p. 391).

responsabilidade jurídica não é suficiente. O'Donnell²³³⁶ destaca a necessidade de um sistema de responsabilidade ter que suprir a deficiência do outro sistema, devendo o sistema político-jurídico como um todo operar com as diversas modalidades de responsabilidade, não se limitando a uma ou a outra apenas. Embora possa existir uma primazia de legitimidade para a responsabilidade eleitoral (apurada nas eleições), somente com as interações entre os demais sistemas de responsabilidade serão revelados fatos importantes sobre as próprias eleições e sobre as condições e circunstâncias do exercício do poder, com as devidas apurações de responsabilidade, que serão considerados naturalmente na eleição seguinte.

Com maestria, Colin Scott²³³⁷ sustenta que o princípio da responsabilidade será “mais robusto” quando “dois ou mais” sistemas de responsabilidade forem implementados, de maneira redundante, de forma a que a presença de um possa suprir um eventual falha do outro.

Redundância de sistemas não se confunde com igualdade de sistemas, sistemas que apresentem idênticos pressupostos, sanções e finalidades. A igualdade é o limite intransponível da redundância. Cada sistema tem uma vocação própria, que é arquitetada pela mistura dos elementos constitutivos, apresentando uma diferenciação substancial em relação ao outro sistema, notadamente pela distinção do *juízo de valor* (político ou jurídico, que corresponde à natureza das funções estatais) ou pela *gradação* dos demais elementos (pressupostos, garantias, instrumentos processuais, capacidade de colheita de provas e sanções). Na conexão entre sistema de responsabilidade política e sistema de responsabilidade jurídica, a distinção do *juízo de valor* por si só evita a igualdade dos sistemas, sendo desnecessária a gradação dos demais elementos. Na conexão entre sistema judiciais de responsabilidade, sendo o critério de *juízo de valor* o mesmo, a gradação dos demais elementos se impõe.

Assim, o princípio da redundância exige que uma multiplicidade de sistemas de responsabilidade esteja apto a apurar a conduta do governante, devendo um deles ser de natureza política, e outro, de natureza jurídica, sendo que os demais devem se constituir por meio de gradação dos elementos constitutivos.

A redundância de sistemas de responsabilidade, que quer dizer pelo menos dois

²³³⁶ Guillermo O'DONNELL (Horizontal accountability, 2003, p. 49). O autor fala especificamente que a “societal accountability” é importante para suprir a deficiência da “eleitoral accountability” e estimula a “horizontal accountability” e a “vertical accountability”.

²³³⁷ Colin SCOTT (Spontaneous Accountability, 2006, p. 185). Nesse sentido também José de ALENCAR (Systema representativo, 1868, p. 34).

sistemas apurar o mesmo fato, provoca necessariamente a redundância de sanções, objeto, atribuição investigatória e iniciativa persecutória. Daí pode-se concluir que não há monopólio de um sistema de responsabilidade quanto à sanção de afastamento do titular de cargo eletivo, podendo isso ser alcançado pelo sistema de responsabilidade política, pelo sistema de responsabilidade jurídica (criminal, ou mesmo o modelo brasileiro de improbidade).

Muitos autores argumentam que o aproveitamento político da responsabilidade criminal na atualidade decorre da duplicidade dos sistemas de responsabilidade. Obviamente que isso contribui. A solução para os excessos, contudo, não é a preconizada por Olivier Beaud, no sentido de deixar o exame das ações governamentais exclusivamente no sistema de responsabilidade política. Basta eliminar os desvios na utilização dos expedientes. A democracia, especialmente no contexto em que a representação política não tem grande legitimidade, demanda sistemas de responsabilidade redundantes.

Entende-se também que, pelo princípio da redundância, não há espaço, num Estado de Direito Democrático, para que uma entidade tenha monopólio da atividade investigatória. Por isso, a investigação criminal poderá ser desenvolvida tanto pela autoridade policial quanto pelo Ministério Público, assim como também pelas comissões parlamentares de inquérito. A autoridade policial tem como uma das principais atribuições constitucionais a apuração criminal.²³³⁸ Quanto ao Ministério Público, a norma constitucional não se refere expressamente à atividade investigatória, menciona apenas a promoção da ação penal, contudo, a atribuição para o Ministério Público realizar procedimentos criminais investigatórios decorre dos próprios poderes de órgão acusador na esfera judicial, do fato de a Constituição não atribuir exclusividade à autoridade policial e do princípio constitucional da responsabilidade.²³³⁹ As comissões parlamentares de inquérito têm, por força de norma constitucional, não apenas poderes de investigação como também poderes de autoridades judiciais.²³⁴⁰

²³³⁸ CF/1988, artigo 144; CRP/1976, artigo 272.

²³³⁹ CF/1988, artigo 129, I; CRP/1976, artigo 219.

²³⁴⁰ CF/1988, artigo 58, § 3º; CRP/1976, artigo 178, nº 4.

CONCLUSÃO

De um universo de normas, altamente heterogêneo, seja em razão de normatividade divergente (em determinadas áreas encontra-se um emaranhado de normas, muitas vezes em sobreposição; em outras áreas, inexistente regulação, várias lacunas surgem), seja em face das diferenças de objetos e elementos que compõem os sistemas, foi possível extrair um conjunto de princípios que regem a conexão entre os diversos sistemas de responsabilidade: princípio da diversidade, princípio da independência na instauração, princípio do compartilhamento das provas, princípio da interdependência das decisões e princípio da redundância.

Esses princípios gerais conduzem as conexões entre os sistemas de responsabilidade do governante a um patamar de maior funcionalidade, bem como, e o que é mais importante, a um nível de maior adequação aos princípios do Estado de Direito Democrático (notadamente o princípio constitucional da responsabilidade, enquanto princípio estruturante), que estão sob os influxos dos paradigmas da *responsiveness* e da boa governação.

A noção de responsabilidade enquanto categoria político-jurídica nasce conectada com a ética, depois associa-se ao direito privado, até, mais adiante, adentrar na seara do direito público. O desenvolvimento da responsabilidade como conceito ético não foi uniforme. A ética tradicional, até meados do século XX, incluindo a ética antiga e a ética moderna, era antropocêntrica, por isso não se preocupava com a ação do homem sobre o ambiente, e era baseada na reciprocidade entre direitos e deveres. As primeiras manifestações de uma ética de responsabilidade, compreendida como uma ética prospectiva, voltada para o futuro, preocupada com as consequências das ações, surgem com a ética cristã, que influenciou a ética filosófica. Pela compreensão cristã da ética, a vida terrena tinha o propósito de obtenção de um resultado (salvação da alma), que se alcançava pelo exame constante de consciência. A filosofia moderna captou esta essência cristã, abrindo uma dialética entre consciência e conscientização, que constitui o conceito moderno da responsabilidade no âmbito da filosofia, caracterizada pela interiorização da referência da responsabilidade. Resulta daí a teoria da responsabilidade como autorresponsabilidade, uma responsabilidade perante a sua própria consciência, ou uma responsabilidade para consigo mesmo. Não há hierarquia

na autorresponsabilidade, a pessoa é responsável perante si. A autorresponsabilidade não se voltava para o futuro, por isso não se enquadrava na ética da responsabilidade. Não obstante, o próprio autor da teoria (Weischedel), em publicação posterior de seu livro, expressamente esclareceu que a autorresponsabilidade não exclui outros modelos.

Em termos ético-filosóficos, o princípio da responsabilidade teve forte contributo das correntes da ética da responsabilidade, seja sob o ângulo apenas político (Max Weber), seja sob o ângulo ecológico e político (Hans Jonas), que sucederam a ética escatológica (Hegel, Picht) e a ética utópica (Ernst Bloch), que também estudavam o problema do dever. Mas é com a ética da responsabilidade em Hans Jonas, que atacou diretamente as bases do princípio da esperança (Ernst Bloch), notadamente a premissa da inesgotabilidade do ambiente e da técnica humana, que o princípio da responsabilidade ganhou contornos notáveis, fundamentos sólidos, criando o cenário propício para uma reverberação nos demais campos científicos, em especial a ciência jurídica.

Demonstrou-se que a ética da responsabilidade de Hans Jonas vai muito além de uma vertente ecológica. É certo que a sua premissa é de que nenhuma ética anterior reputava a capacidade do homem de interferir na natureza e nas próprias condições do homem, por meio da técnica e do saber. Porém sua análise vai muito além deste campo científico. Configurou Hans Jonas também uma vertente política da responsabilidade, de onde foram captados dois deveres fundamentais no âmbito de um novo imperativo ético, pressupondo as características da responsabilidade (totalidade, continuidade e foco no futuro). O exercício do poder sem observância desses deveres é uma atuação irresponsável. O primeiro dever do governante é realizar projeções futuras, é estimar as consequências das decisões. Como a responsabilidade política não se satisfaz com a possibilidade das projeções (que até atende aos princípios morais), pois, se um efeito é apenas possível, é porque o outro efeito também é possível, o fundamento para exigir do governante que aute com precaução é a aceitação de que o governante assumiu ele próprio o risco, mas não um dever genérico de evitar os danos. O segundo dever do governante é procurar meios de representação das futuras gerações, estas que sofrerão grande parte dos efeitos das decisões tomadas hoje, e não possuíam naquela época uma realidade política. O imperativo geral da responsabilidade política de Hans Jonas é não obstruir a fonte indispensável da espontaneidade na coletividade, de onde surgirão os futuros governantes, de modo a se garantir que a arte de governar continue possível no

futuro.

A responsabilidade é próximo do conceito de liberdade, pressupõe uma margem de liberdade no agir. Muitos estudos da neurociência trazem constatações empíricas que têm gerado amplos questionamentos na teoria ético-jurídica. Uma das constatações é o uso da emoção em vez da razão para a tomada de decisão quando envolve pessoas próximas. Demonstrou-se, com base no princípio da dignidade da pessoa humana e nos valores democráticos, que o melhor caminho para enfrentar estas constatações é incrementar a teoria para evitar o comportamento que seria natural segundo as pesquisas (abordagem normativa) do que incorporar na teoria ético-jurídica as constatações empíricas (abordagem positiva). Daí porque, para contornar o problema da emoção nas relações pessoais, a estrutura moral tem que estar associada à capacidade humana de cooperar ou *reciprocicar* de maneira indireta (Adela Cortina), ou seja, predisposição a dar em contrapartida de uma expectativa de receber algo em troca de outra ou da mesma pessoa que recebeu. Alinha-se como uma luva à estrutura da ética da responsabilidade de Hans Jonas, com sua inexistência de reciprocidade entre direitos e deveres. Outra constatação dos estudos neurocientíficos é a de que o homem não é inteiramente livre em suas ações, abalando, assim, o dogma do determinismo. Várias correntes foram apresentadas acerca do reflexo destas descobertas na ciência jurídica. Concluiu-se que as constatações empíricas apenas indicam que há fatores indeterminísticos na decisão do homem, mas não são preponderantes. São padrões de excitação, que influenciam a ação humana, mas já são levados em conta e risco pelo homem na tomada de decisão. A liberdade não é um estado binário (liberdade e não-liberdade) mas sim um objetivo, pelo qual se compara entre mais ou menos liberdade. A responsabilidade jurídica, portanto, não é afetada por estas constatações científicas.

No campo jurídico, a responsabilidade apresenta-se como conceito heurístico e conceito jurídico propriamente dito. A responsabilidade como conceito heurístico do direito é uma categoria não dogmática, útil para análise da função da responsabilidade, comumente utilizada, antes de qualquer conceito dogmático, para enriquecer o pensamento jurídico e ajudar a encontrar soluções a problemas complexos. Duas modalidades ganharam destaque: responsabilidade como nome para regra e responsabilidade como nome para capacidade efetiva.

Responsabilidade é também um conceito jurídico (dogmático). Porém, não se confunde com dever jurídico. Ela incorporou várias dimensões éticas ao longo do

tempo, especialmente a ambivalência entre dever e liberdade, diferenciando-se do dever jurídico em alguns aspectos. Enquanto o dever subjaz a conduta em si, a responsabilidade tem referência externa. O dever impõe à pessoa a realização do objeto de maneira imediata e diretamente por meio de ações próprias, ao passo que a responsabilidade demanda realização do objeto em sua totalidade, não se limitando às ações ou abstenções próprias, requerendo colaboração de terceiros. No dever, cumprem-se basicamente as normas estabelecidas heteronomamente; na responsabilidade, estas são instrumentos para o cumprimento de tarefas, que são fixadas em áreas de competências tanto do particular quanto de entidade estatal. A responsabilidade compreende, assim, camadas de deverosidade.

E com vistas da estrutura normativa da responsabilidade, como conceito jurídico técnico e conceito jurídico autônomo, foi possível perceber que diferenciar responsabilidade de dever pela circunstância de a responsabilidade ser a consequência do não cumprimento de um dever não capta toda a essência do conceito. A comparação de preceitos em proposições diferentes, ora na proposição normativa primária, ora na proposição normativa secundária, não é coerente. A responsabilidade, como conceito jurídico estrito, se autonomiza do próprio dever, contido na proposição normativa primária. A responsabilidade não está apenas na norma secundária, dependente do não cumprimento da norma primária, ela também e essencialmente está na norma primária. A responsabilidade não se esgota na obediência ao preceito primário, mas essa obediência consubstancia assunção de responsabilidade. Aqui enquadram-se as modalidades não coercitivas (sem sanção de destituição) de responsabilidade política.

Como categoria jurídica constitucional, a responsabilidade surgiu como princípio jurídico não escrito de direito público (década de 1960), mas ainda vinculado a conceitos privados, depois obteve uma autonomia conceitual, emancipando-se do direito privado (década de 1970), e por fim alcançou a condição de princípio constitucional. A responsabilidade como categoria constitucional apareceu associada ao controle, responsabilidade como reverso de controle, não assumindo nenhuma condição qualificada em relação ao controle (Scheuner). Demonstrou-se, contudo, neste trabalho que o princípio da responsabilidade não é apenas um princípio constitucional mas um princípio estruturante do Estado de Direito Democrático, autônomo em relação a controle.

Após uma revisitação das doutrinas referentes aos princípios do Estado de Direito

Democrático (separação dos poderes, representação, funções estatais, controle), constatou-se de imediato que o princípio da responsabilidade era elemento comum dos princípios constitutivos do Estado de Direito Democrático e, por força do princípio da dignidade da pessoa humana e dos paradigmas da complementaridade e cooperação, forçosa uma releitura destes princípios na perspectiva de reforço da responsabilidade do indivíduo e do Estado. Ocorre que novos paradigmas se impõem na contemporaneidade, quais sejam, boa governação e *responsiveness*, os quais exigiram uma nova leitura dos princípios numa acepção de reforço da responsabilidade individual do governante. Assim, a separação dos poderes é tida como responsabilidade pelo exercício de competências; a representação é entendida como processo *responsiveness* e a democracia compreendida como imputação de responsabilidade dos governantes e governados.

Nessa toada, a responsabilidade abrange o dever de prestação de contas, não se esgota nele. A prestação de contas, da mesma forma que a responsabilidade, é realizada por algo ou alguém e tomada perante uma instância. A responsabilidade tem uma dimensão ética que transcende a relação jurídica clássica entre superior e subordinado. A responsabilidade, que antes se exauria no reconhecimento da culpa ou no cumprimento do dever, assumiu a dimensão mais alargada do futuro, que sempre teve a prestação de contas. A responsabilidade aplica-se a qualquer relação jurídica entre agentes públicos, ao passo que a prestação de contas pressupõe uma relação de confiança entre os dois polos, uma relação entre principal e agente. A prestação de contas é um objeto da responsabilidade. O princípio constitucional da responsabilidade apresenta três perspectivas temporais: pretérita, que objetiva primordialmente a indenização pelos prejuízos advindos do ato ou conduta praticados; presente, que tem a ver com o desfazimento do ato praticado, com efeitos imediatos, inibindo, assim, os efeitos nocivos do ato em outras pessoas e esferas; e voltada para o futuro (prospectiva), vocacionada para a produção de bons resultados (responsabilidade produtiva) e para prevenção de maus resultados (responsabilidade preventiva).

O princípio constitucional da responsabilidade incide sobre todos que compõe a sociedade. Na esfera pública, o princípio se materializa por meio de sistemas de responsabilidade, cujos parâmetros estão elencados na Constituição e nas leis de cada Estado. Os elementos constitutivos de um sistema de responsabilidade são os pressupostos (hipótese de incidência), os instrumentos processuais, as garantias, os

meios de provas, sanções e finalidade. A natureza dos elementos, em especial as sanções e a finalidade, implica a natureza do sistema. Se todos os elementos são jurídicos, a responsabilidade é jurídica. Se todos os elementos são políticos, a responsabilidade é política. Como todos os sistemas possuem elementos de uma ou outra natureza, adotou-se, para classificação dos sistemas de responsabilidade, o critério da natureza da função estatal em que está inserido. O sistema de responsabilidade inserido em função de natureza política (governo e legislação) tem natureza política; inserido em função de natureza jurídica (administração e jurisdição) tem natureza jurídica. A natureza da função indica a natureza do juízo de valor exercido: juízo de valor político (oportunidade, conforme os princípios e convenções políticas), na função política; juízo de valor jurídico (juridicidade, conforme o Direito), na função jurídica. Assim, a natureza das funções estatais corresponde ao juízo de valor exercido no mérito (juízo de mérito) no sistema de responsabilidade: natureza política, julga-se realizando juízo de valor político; natureza jurídica, decide-se por meio de juízo de valor jurídico. Por conta desse critério, a fundamentação da decisão política é diferenciada. A fundamentação da decisão política resulta dos votos, após debates prévios nas diversas instâncias do parlamento, não havendo necessidade de motivação específica de cada parlamentar quando do voto, que adere ou rejeita um parecer elaborado por membro relator ou comissão parlamentar, sendo que o próprio parecer pode ser sintético. A legitimidade popular dos parlamentares autoriza a fundamentação sucinta da decisão política. A fundamentação da decisão jurídica é mais ampla (deve abordar todas as questões relevantes) e específica (acolher ou rejeitar cada uma das questões de maneira individualizada), não apenas pela natureza da atividade jurisdicional, mas também porque é a fundamentação que permite o controle sobre esta função. Por esse critério, os sistemas de responsabilidade política do governante são os seguintes:

- 1) Responsabilidade política institucional em regime de base parlamentarista (moção de censura):
 - Órgão julgador: parlamento.
 - Juízo de valor: político.
 - Objeto: qualquer fato, não tipificado.
 - Critério de julgamento: oportunidade.
 - Sanção: destituição.
- 2) *Recall* no presidencialismo:
 - Órgão julgador: povo.
 - Juízo de valor: político.
 - Objeto: qualquer fato, não tipificado.
 - Critério de julgamento: oportunidade.
 - Sanção: destituição.
- 3) Responsabilidade eleitoral nas reeleições:

- Órgão julgador: povo.
 Juízo de valor: político.
 Objeto: qualquer fato, não tipificado.
 Critério de julgamento: oportunidade.
 Sanção: não recondução.
- 4) Mecanismo *soft* (sem destituição) de responsabilidade política:
 Órgão julgador: parlamento.
 Juízo de valor: político.
 Objeto: qualquer fato, não tipificado.
 Critério de julgamento: oportunidade.
 Sanção (imprópria): convocação, esclarecimentos.
- 5) *Impeachment* no sistema presidencialista:
 Órgão julgador: parlamento.
 Juízo de valor: político.
 Objeto: fato tipificado.
 Critério de julgamento: oportunidade tipificada.
 Sanção: destituição e inelegibilidade.
- 6) Responsabilidade política difusa (inclui as eleições, salvo as reeleições):
 Órgão julgador: povo (opinião popular).
 Juízo de valor: político.
 Objeto: qualquer fato, não tipificado.
 Critério de julgamento: oportunidade.
 Sanção: não coercitiva, pressão, objetiva efetivar a autorresponsabilidade.
- 7) Responsabilidade política institucional livre:
 Órgão julgador: mídia
 Juízo de valor: político.
 Objeto: qualquer fato, não tipificado.
 Critério de julgamento: oportunidade.
 Sanção: não coercitiva, pressão, objetivo efetivar a autorresponsabilidade.
- 8) Autorresponsabilidade política (espontânea ou provocada)
 Órgão julgador: próprio governante (esfera moral)
 Juízo de valor: político.
 Objeto: qualquer fato, não tipificado.
 Critério de julgamento: oportunidade.
 Sanção: renúncia.
- 9) Responsabilidade financeira pela execução geral do orçamento (responsabilidade orçamentária):
 Órgão julgador: parlamento, com parecer do Tribunal de Contas.
 Juízo de valor: político.
 Objeto: fato não tipificado.
 Critério de julgamento: oportunidade.
 Sanção: não há, pode motivar moção de censura ou *impeachment*.

Figura 7. Síntese dos sistemas de responsabilidade política

No regime presidencialista de governo, o *impeachment*, que pode levar à destituição do cargo, não tem natureza penal (como no *impeachment* no parlamentarismo, sistema jurídico-penal, com tipificação de crimes e julgamento pelo parlamento ou tribunal com composição mista). O *impeachment* no presidencialismo, assim como a responsabilidade política institucional no parlamentarismo, apresenta tanto caracteres políticos quanto jurídicos, é uma responsabilidade jurídico-político, sendo que o grau de juridicidade do *impeachment* é maior que da responsabilidade política institucional, mas não deixa de ser uma responsabilidade política, considerado o

critério do juízo de valor (político) utilizado para tomada de decisão. O *impeachment* no regime presidencialista está localizado entre a responsabilidade política do parlamentarismo e a responsabilidade jurídica: cuida-se de uma responsabilidade política *processualizada e tipificada* do governo perante o parlamento. Isso porque, ao contrário do que ocorre na responsabilidade política institucional no parlamentarismo, os fatos geradores do *impeachment* estão tipificados, não podem ser quaisquer fatos, mesmo que prejudicial ou errôneo para o destino da nação. O juízo de valor, contudo, é um juízo político: oportunidade e conveniência sobre o mérito do fato, tudo segundo os princípios e parâmetros políticos. O universo é reduzido, quando comparado com a responsabilidade política institucional formal do regime parlamentarista, pois apenas os fatos tipificados podem ensejar o *impeachment*. Assim, o critério de julgamento é *oportunidade tipificada*.

Também é responsabilidade política institucional a responsabilidade do governo (em regime de base parlamentarista, a exemplo de Portugal) e do Presidente da República (em regime presidencialista, a exemplo do Brasil) em razão da execução geral do orçamento. É apurada pelo parlamento, mediante juízo de valor político, por meio do voto de seus membros, mas com auxílio do Tribunal de Contas, que emite parecer técnico, este utilizando critério jurídico. Não há uma sanção específica, mas o julgamento desfavorável poderá resultar em moção de censura em regime de base parlamentarista ou em pedido de *impeachment* no presidencialismo. A responsabilidade financeira pela execução geral do orçamento não se confunde com a responsabilidade financeira (estrito senso).

A responsabilidade financeira (estrito senso) é responsabilidade jurídica aplicada diretamente pela entidade suprema de fiscalização de contas, que é um órgão técnico e independente, ora integrando o sistema judicial (Tribunal de Contas de Portugal, *Cour des Comptes* em França), ora como órgão auxiliar do poder legislativo (Tribunal de Contas no Brasil), caracterizando esse último um sistema administrativo de responsabilidade jurídica.

O modelo brasileiro de improbidade administrativa é um sistema de responsabilidade jurídica, porque o juízo de valor exercido não é político, o critério de julgamento não é o da oportunidade, segundo parâmetros políticos, mas sim juízo de valor jurídico, o critério de julgamento é a juridicidade. Decide-se na improbidade administrativa segundo a lei e o Direito. Apesar de ser sistema judicial de

responsabilidade jurídica, o modelo brasileiro de improbidade administrativa tem sanções de natureza mista, político-jurídica (destituição de cargo, inclusive eletivo), ou mesmo sanções com efeitos diretos na seara política (suspensão dos direitos políticos). Aproxima-se do direito penal, dada a elevada carga punitiva, mas se trata de direito de intervenção na concepção de Hassemer, que, como demonstrado, é inteiramente judicial, de natureza não penal. É uma alternativa viável para a criminalização da política e da gestão pública, muito embora a criação de ilícitos de improbidade administrativa não venha acompanhada por uma despenalização por ato do legislador tampouco pode ser assim interpretado por ato do decisor. Como demonstrado, a descriminalização no campo da aplicação do direito somente poderá ser efetivada se o sistema de improbidade administrativa tiver os mesmos meios de prova que são atribuídos ao sistema penal, o que não ocorre na maior parte dos ordenamentos jurídicos, como o brasileiro e o português, que reservam provas exclusivas para a seara penal.

Os princípios gerais das conexões entre sistemas de responsabilidade foram extraídos da análise de três tipos de interações: 1) entre sistema de responsabilidade política e sistema judicial de responsabilidade jurídica: como esses sistemas estão em planos diferentes de imperatividade, enquadram-se em funções estatais de natureza diversa, a interação desse tipo de conexão é dotada de menos vinculações que a de segunda ordem; 2) entre os diversos sistemas *judiciais* de responsabilidade jurídica: a conexão se dá em uma mesma função estatal (jurisdicional), o que implica um maior grau de vinculações que no primeiro tipo; 3) entre o sistema *judicial* de responsabilidade jurídica e sistema *administrativo* de responsabilidade jurídica: ocorre em funções distintas (jurisdição e administração), embora de mesma natureza (jurídica), sendo que os órgãos aplicadores são diversos (órgão judicial x órgão administrativo), de modo que a vinculação entre os dois sistemas é mais ampla que a dos dois primeiros tipos de conexão.

As conexões entre os sistemas de responsabilidade dos governantes, no âmbito do Estado de Direito Democrático, sob a égide da *responsiveness* e da boa governação, são orientadas pelo princípio da diversidade, princípio da independência na instauração, princípio do compartilhamento das provas, princípio da interdependência das decisões e princípio da redundância.

O *princípio da diversidade* impõe multiplicidade e pluralidade dos sistemas de

responsabilidade, que devem operar sem monopólio de um sistema quanto à apuração de fatos relevantes para a sociedade. A diversidade de sistemas de responsabilidade gera uma melhor assimilação pelos governantes e governados dos princípios e regras jurídicas. A diversidade é formal (existência de sistemas diversificados) e também material (cada um tem uma vocação própria). A vocação é desenhada pela gradação dos elementos constitutivos: *juízo de valor* (político e jurídico), pressupostos, garantias, instrumentos processuais, capacidade de colheita de provas e sanções. As sanções, elemento que mais se relaciona com a finalidade, devem ter a mesma natureza do mal causado (destituição, suspensão de direitos políticos e inelegibilidade para atos praticados por governantes eleitos, por exemplo) e devem ser alcançadas por diversos mecanismos. Não há necessariamente uma sanção exclusiva para um sistema de responsabilidade, mas é indispensável que haja uma sanção principal, que seja peculiar a cada sistema: a prisão, na responsabilidade penal; a perda do cargo, na improbidade administrativa; a indenização, na responsabilidade civil; a multa, no sistema de responsabilidade jurídico-administrativo. Quanto mais grave é a sanção, mais amplos são os pressupostos (hipótese de incidência, critérios de imputação, provas) e garantias (processuais) para aplicação da sanção. No que tange aos pressupostos, a responsabilidade civil se contenta com a culpa, ao passo que a responsabilidade criminal demanda dolo. A improbidade administrativa, que se situa entre o cível e o criminal, exige culpa ou dolo na modalidade de enriquecimento ilícito; culpa ou dolo na modalidade de dano ao erário; e dolo ou má-fé na modalidade de violação a princípios.

Na primeira ordem de conexão (entre sistema de responsabilidade política e sistema judicial de responsabilidade jurídica), o juízo de valor diverso já diferencia um sistema de outro e atende à diversidade, afasta a aplicação do princípio *ne bis in idem*, justificando a redundância da apuração do fato; a gradação dos demais elementos fica dispensável.

Na segunda ordem de conexão (entre sistemas judiciais de responsabilidade jurídica), como o juízo de valor é o mesmo, torna-se necessária uma *gradação* dos demais elementos constitutivos do sistema (pressupostos, garantias, instrumentos processuais, capacidade de colheita de provas e sanções). Particularmente quanto à conexão entre criminal e cível, o princípio da intervenção mínima, o caráter de última *ratio* do direito penal e o princípio da proporcionalidade (entre gravidade do fato e da sanção) exigem um requisito adicional para o crime, que poderá ser na hipótese

normativa do crime, na prova exigida para a sua caracterização ou na nocividade ao bem jurídico. Contudo, enquanto o sistema de responsabilidade jurídico-penal tiver meios de provas exclusivos, cuja colheita é proibida no demais sistemas, não há consequência jurídica para a igualdade de requisitos dos ilícitos.

Na terceira ordem de conexão (entre sistema *judicial* de responsabilidade jurídica e sistema *administrativo* de responsabilidade jurídica), o juízo de valor (ou natureza da função) é o mesmo, a diferenciação da *função estatal* em que está inserido o sistema (função administrativa e função jurisdicional) seria marca distintiva entre os sistemas de responsabilidade, mas, por conta da unidade do poder punitivo do Estado, defende-se uma gradação entre os elementos do sistema judicial de responsabilidade jurídica e os do sistema administrativo de responsabilidade jurídica. Assim, a só diferenciação pela função estatal não atende materialmente a diversidade.

O *princípio da independência* na instauração e processamento indica que os sistemas de responsabilidade são independentes no momento do impulso inicial e durante a apuração do fato. O princípio constitucional da responsabilidade, sob os influxos da *responsiveness* e da boa governação, impede que um sistema de responsabilidade bloqueie a investigação e desenvolvimento de outro, podendo até ser aceito que um sistema limite os efeitos da decisão, mas não pode obstaculizar um sistema de emitir seu juízo de valor sobre o objeto de sua particular vocação. O grau de independência é maior entre sistemas de responsabilidade inseridos em função de natureza diferente.

Na primeira ordem de conexões (entre sistema de responsabilidade política e sistema judicial de responsabilidade jurídica), verifica-se uma independência *ampla* do político em relação ao jurídico e uma independência *menos ampla* do jurídico em relação ao político. *Menos ampla* porque há situações, previstas pelo constituinte originário, em que a instauração de processo depende de autorização do parlamento. Fica essa ordem submetida aos princípios da complementaridade e redundância, reforçada pela dialética de oposição entre primazia funcional (temporal) do sistema de responsabilidade política e superioridade normativa do sistema judicial de responsabilidade jurídica. A primazia funcional é apenas uma prioridade temporal, uma preferência de iniciativa, uma primazia de impulso, o que, obviamente, pressupõe uma normatividade *prima facie*. A *superioridade normativa* tem a ver com a definitividade das decisões produzidas nos sistemas de responsabilidade e com os efeitos dessas

decisões em outros sistemas de responsabilidade.

Na segunda ordem de conexão (entre sistemas judiciais de responsabilidade jurídica), o princípio da independência se apresenta em grau *moderado*, haja vista que, por estarem inseridos na mesma função estatal (jurisdição), e que, por isso, aplicam o mesmo juízo de valor, algumas vinculações são juridicamente disciplinadas. Uma delas diz respeito ao julgamento do pedido principal (aplicação da sanção principal) de um sistema em outro, prevalecendo muitas vezes o penal sobre os demais sistemas judiciais. Vários modelos foram estudados: modelo de absoluta independência (EUA); modelo de *adesão opcional*, que pressupõe a *superioridade* (na dimensão processual) do sistema de responsabilidade penal sobre o cível; modelo de *adesão obrigatória*, que pressupõe a *superioridade* (na dimensão processual) do sistema de responsabilidade penal sobre o cível de uma maneira mais acentuada que o modelo de *adesão opcional*, pois o primeiro não deixa margem para escolha do juízo, como ocorre com o segundo. Em Portugal, por conta das diversas exceções à adesão obrigatória, o modelo português se aproxima mais do polo da independência entre a ação civil e penal, na perspectiva da instauração, mesmo no que tange à independência na dimensão processual, não apenas material. No Brasil, após reforma processual penal de 2008, introduziu-se flexibilização ao modelo de independência, ao se permitir a formulação de pedido de indenização civil no bojo da ação penal. Ao contrário de Portugal, a formulação do pedido cível na esfera criminal não é obrigatória, e a indenização fixada pelo juiz criminal é considerada apenas um valor mínimo para reparação cível, de forma que estará ainda aberta a esfera de responsabilidade cível para a vítima pleitear uma complementação da indenização. Por outro lado, há também algumas situações em que o sistema penal dependerá para instauração de decisão de outra esfera. São as hipóteses que encerram condições objetivas de punibilidade e as que vinculam condições objetivas de procedibilidade.

Na terceira ordem de conexão (sistema *judicial* de responsabilidade jurídica x sistema *administrativo* de responsabilidade jurídica), no que se refere à instauração e processamento, verifica-se também a independência entre as instâncias (administrativa em relação ao judicial, e judicial em relação à administrativa). Por conta do princípio do acesso aos tribunais, a independência do sistema judicial frente ao administrativo resulta natural. O ajuizamento de ação judicial não depende de exaurimento da esfera administrativa. Na relação inversa, algumas exceções surgem. Se a tipificação do ilícito a ser apurado na esfera judicial tiver como pressuposto uma avaliação ou juízo de valor

da esfera administrativa, somente após a manifestação da Administração Pública, pode-se manejar o sistema judicial. Nesse prisma, somente se configura o crime de sonegação fiscal quando houver o desfecho da decisão fiscal sobre o tributo.

O princípio do compartilhamento de provas exige a disponibilização das provas colhidas em um sistema de responsabilidade a outros sistemas de responsabilidade. Todo o acervo probatório destina-se à elucidação dos fatos, que, não obstante serem valorados de maneira diferente em cada sistema de responsabilidade, formam uma única realidade. Os sistemas de responsabilidade devem partir das mesmas constatações empíricas para que as decisões não entrem em conflito quanto às premissas fáticas. E principalmente porque a eficiência do sistema de responsabilidade depende de sua capacidade de produção de provas, entre outros fatores. E se há sistemas de responsabilidade com meios de provas exclusivos, como a interceptação telefônica para o sistema penal, não se admite que, após colheita, possam ficar as provas limitadas ao processo. As restrições constitucionais originárias se justificam para o acesso, mas não para a utilização pelos demais sistemas de responsabilidade, após obtenção da prova no sistema que possui tal prerrogativa. O entendimento segundo o qual a prova produzida tem sua legitimidade vinculada ao processo em que foi produzida, por força do artigo 5º, XII, da CF/1988 (norma similar ao artigo 34 da CRP/1976), é minoritário na doutrina e superado na jurisprudência. O princípio constitucional da responsabilidade, a democracia *responsiveness*, o princípio da publicidade e o princípio da duração razoável do processo dão guarida ao princípio do compartilhamento de provas. O princípio impõe o imediato compartilhamento, sem necessidade de se aguardar o trânsito em julgado da sentença penal. Qualquer tipo de prova pode ser objeto de compartilhamento, especialmente as provas colhidas no abrigo de prerrogativa exclusiva de sistema judicial (busca e apreensão em domicílio e quebra de sigilo bancário), que é extensível à esfera política (comissões parlamentares de inquérito, comissão especial do *impeachment* instalada no Senado, após abertura do processo pelo Plenário do Senado), ou de um tipo de sistema judicial (interceptação telefônica, que somente o juízo criminal pode deferir). As condições para o compartilhamento das provas são as seguintes: a) pedido motivado do juízo requerente; b) pertinência temática da prova para com o sistema requerente; c) respeito ao contraditório, seja pela presença das mesmas partes, seja pela circunstância de ser inviável o exercício do contraditório (provas de natureza técnica, provas produzidas antes da ocorrência do fato examinado no novo processo); d) decisão

fundamentada do juízo requerido; e) transmissão do dever de sigilo ao juízo requerente, partes e advogados do processo, nas situações em que a prova ou o processo está com publicidade restrita. O compartilhamento imediato de provas, além de diminuir o risco de decisões conflitantes, pois os sistemas de responsabilidade partirão basicamente do mesmo conjunto probatório para fazer o juízo de valor pertinente sobre o fato, demandará menos vinculações das decisões de mérito no âmbito do princípio da interdependência.

O princípio da interdependência das decisões de mérito reflete a mistura de independência com vinculações entre as decisões dos sistemas de responsabilidade. O vetor que rege a conexão entre os sistemas de responsabilidade é diferente após a instauração de cada um: o grau de independência entre os sistemas é maior na instauração, incluindo a fase pré-processual da investigação (princípio da independência), que no diálogo de suas decisões (princípio da interdependência). O princípio constitucional da responsabilidade preconiza a não interferência dos sistemas na instauração e apuração, admitindo apenas vinculações recíprocas quanto às decisões de mérito, vinculações necessárias para se atingir valores de eficiência e unidade do sistema jurídico-político como um todo. O diálogo entre as decisões corresponde ao tratamento que se faz para as *questões prejudiciais*, cuja solução poderá interferir na solução da questão principal (*problema processual da prejudicialidade*: quem decide a questão prejudicial), bem como ao tratamento da *eficácia da decisão* de um sistema de responsabilidade na esfera em outro sistema (*problema material da prejudicialidade* – valor da decisão da questão prejudicial em outra esfera – e a eficácia da própria sentença condenatória). Foram abordados, no exame de questão prejudicial cível, os vários modelos existentes: a) devolução obrigatória; b) suficiência; c) suficiência discricionária (Portugal); d) sistema misto (Brasil).

Na primeira ordem de interação, como o juízo de valor no julgamento é diferente (juízo político x juízo jurídico), o grau de dependência agregado à autonomia dos sistemas é bem menor que nas demais ordem de conexões, gerando uma interdependência moderada. Como se está tratando do diálogo entre as decisões de mérito, o juízo de valor faz toda a diferença. O juízo político feito sobre um fato dificilmente é aproveitado pelo sistema de responsabilidade jurídica, pois aqui se avalia a juridicidade. Na perspectiva inversa, as decisões no sistema de responsabilidade jurídica não têm o condão de interferir sobre o mérito da decisão tomada no sistema de

responsabilidade política. Não obstante não invalide a decisão do sistema de responsabilidade política, as decisões do sistema judicial de responsabilidade jurídica têm eficácia na esfera política do governante: decisões que importam inelegibilidade, decisões que determinam perda ou suspensão de direitos políticos, decisões que implicam suspensão do exercício de mandato eletivo. Na perspectiva inversa, o sistema judicial de responsabilidade jurídica independe de decisão do sistema de responsabilidade política, quanto à matéria de mérito, havendo, como já se apontou, algumas vinculações na instauração, como é o caso das hipóteses constitucionais originárias de autorização (ou licença) prévia da casa legislativa para admissibilidade do processo criminal ou de suspensão do processo.

Na segunda ordem de conexões (entre sistemas *judiciais* de responsabilidade jurídica), como ocorre no âmbito de uma mesma função estatal (jurisdicional), o grau de dependência agregado à autonomia dos sistemas é bem maior que na primeira ordem, gerando assim uma interdependência ampla. Os efeitos de uma decisão de um sistema judicial em outro sistema judicial estão mais regulamentados pela legislação, pois é uma consequência da divisão de competência entre órgãos jurisdicionais. Na abordagem das questões prejudiciais, a maioria dos modelos examinados prevê que o juízo penal poderá resolver questões prejudiciais de outros juízos e determinam os efeitos das sentenças criminais sobre o cível e o tratamento de questão prejudicial criminal, revelando, assim, a princípio, uma *superioridade do juízo penal sobre o cível*. A exceção diz respeito a algumas situações em que o processo penal cede para o cível, nas questões de estado civil, por exemplo, matérias tipicamente cíveis. Verificou-se que os fundamentos da superioridade do juízo criminal (interesse geral, acusação pública e estatuto privilegiado das provas) já não ocorrem como antes. O interesse público por si só não justifica mais a superioridade do juízo penal em relação a toda matéria civil, pois o processo civil deixou há muito o paradigma do individualismo, tendo sido ele dotado de diversos instrumentos para o manejo de processo coletivo, cujos interesses vão além dos particulares, dizem respeito a uma coletividade de indivíduos ou mesmo a um universo não identificável de pessoa. E com mais força estará presente o interesse geral quando se tratar de apuração cível de responsabilidade de governante e demais agentes públicos, como ocorre no modelo brasileiro de improbidade administrativa. A estrutura pública de acusação também tem sido copiada para sistemas de responsabilidade jurídico-cível, como nas ações coletivas e no modelo de improbidade administrativa.

Note-se que as duas razões (interesse geral, acusação pública) que justificam não existir superioridade do juízo criminal sobre o juízo cível coletivo também fundamentam a superioridade do juízo cível coletivo sobre o juízo cível individual, pois neste último o interesse envolvido é individual e a acusação é particular. O último fundamento para a superioridade do juízo penal (estatuto da colheita de provas exclusivas) também é enfraquecido pelo princípio do compartilhamento de provas entre os sistemas de responsabilidade.

Assim, se todos os sistemas de responsabilidade do governante, dotados que são de acusação pública, estando presente o interesse geral na apuração do ilícito de um mandatário do povo, julgarão, após compartilhamento das provas, com base no mesmo arsenal probatório não há mais fundamento para a superioridade do juízo criminal quanto à decisão sobre os fatos e a autoria dos fatos (antes de qualquer qualificação jurídica feita pelo juízo criminal). Cada sistema de responsabilidade, após compartilhamento das provas, exercerá o seu livre convencimento acerca dos fatos e autoria, e, com base nisso, fará, sobre estes fatos, a qualificação jurídica pertinente a cada sistema. A superioridade somente permanece na hipótese de não haver o compartilhamento de provas colhidas no juízo criminal.

A rigor, a superioridade do juízo criminal sobre o cível não é pela capacidade potencial de apuração de provas exclusivas, mas sim pela capacidade efetiva das provas exclusivas colhidas. Se o sistema penal não utilizou nenhuma prova exclusiva, não há razão para que sua decisão sobre os fatos tenham superioridade sobre o juízo cível, especialmente o coletivo, como o modelo brasileiro de improbidade administrativa. Os fatos são os pressupostos primeiros, antes de qualquer qualificação jurídica, não tendo ele nenhuma natureza de um dos ramos do direito (penal, cível) e, por isso, nenhum ramo tem preferência para decidir sobre eles. Assim, não há a rigor uma superioridade do juízo criminal, há apenas uma primazia do sistema penal quanto à decisão sobre os fatos. Somente prevalecerá a decisão criminal sobre os fatos se tiver sido utilizado um meio de prova exclusivo do criminal e se não tiver sido compartilhado para os demais sistemas de responsabilidade. A decisão do sistema de responsabilidade quanto à matéria para o qual é vocacionado tem superioridade normativa: o criminal é quem decide se houve crime; o modelo de improbidade administrativa, o ilícito de improbidade administrativa; a esfera cível, as questões cíveis.

O sistema de responsabilidade por ato de improbidade administrativa é instaurado

por meio de ação civil pública, cuja legitimidade é conferida ao Ministério Público e ao ente público prejudicado. A interação entre o sistema judicial de responsabilidade criminal e o sistema judicial de responsabilidade por ato de improbidade administrativa é ditada pelos mesmos princípios da conexão entre esfera criminal e esfera cível, com algumas modulações, flexibilizando-se a superioridade do juízo criminal, tendo em vista que a estrutura de acusação também é pública na improbidade administrativa. O que falta para o modelo de improbidade administrativa é a prerrogativa de alguns meios de prova, que só estão disponíveis na seara penal. Enquanto o sistema de improbidade administrativa não tiver os mesmos meios de prova, não tem sustentação a tese da descriminalização dos fatos que são também tipificados como improbidade administrativa, a não ser que com ela venha a prerrogativa do sistema de responsabilidade por ato de improbidade para utilizar os meios de prova até então disponíveis apenas ao criminal. Da mesma forma, enquanto o sistema de improbidade não tiver os mesmos meios de prova, na prática o direito penal não é a última razão, pois certos ilícitos somente serão descobertos com os meios disponíveis ao sistema penal.

Em síntese, apontou-se uma superioridade normativa na interação entre sistemas dentro da função judicial (*intrafuncional jurídica*): 1) superioridade normativa da decisão do sistema de responsabilidade vocacionado para a matéria objeto da decisão (quanto à qualificação jurídica dos fatos); 2) primazia normativa da decisão do sistema de responsabilidade com maiores garantias, pressupostos e provas (quanto aos fatos), mas apenas quando colhidas provas exclusivas e não ocorrido o compartilhamento.

Na terceira ordem de conexão (entre o sistema *judicial* de responsabilidade jurídica e sistema *administrativo* de responsabilidade jurídica), constata-se superioridade normativa do sistema judicial sobre o sistema administrativo, uma vez que impera o princípio da inafastabilidade do controle judicial (ou acesso aos tribunais), onde o poder judiciário tem a prerrogativa de revisar a decisão do sistema administrativo de responsabilidade. A superioridade normativa do sistema judicial de responsabilidade sobre o sistema administrativo é de maior intensidade e grau que a superioridade da jurisdição penal sobre a jurisdição civil, cuida-se de uma superioridade qualificada. Por conta da superioridade qualificada pela posição de controle judicial, aplica-se a concepção clássica da superioridade do juízo criminal sobre o juízo administrativo, em vez da concepção defendida no sentido de primazia do juízo criminal

a depender da efetiva colheita de prova exclusiva e de não ter sido compartilhado, esta aplicada na interação entre sistemas judiciais de responsabilidade. Não obstante essa superioridade da função jurisdicional sobre a administrativa, há primazia da decisão na esfera administrativa quando proferida por órgão imparcial, estruturado à semelhança de tribunais e especializado em questões técnicas.

Assim, concluiu-se pela superioridade normativa (*interfuncional jurídica*) na conexão de terceira ordem: superioridade normativa da decisão do sistema *judicial* de responsabilidade (quanto à qualificação jurídica dos fatos e aos próprios fatos), mas com primazia normativa da decisão de órgão administrativo técnico e independente.

Por fim, o *princípio da redundância*, que não se confunde com complementaridade, cooperação ou interdependência, opõe-se ao princípio *ne bis in idem*, demandando sobreposição de sistemas de responsabilidade; uma infração pode ser apurada em diferentes sistemas de responsabilidade. Somente com a possibilidade de apuração duplicada dos fatos, para que haja um suprimento recíproco das deficiências dos sistemas de responsabilidade, o princípio da responsabilidade faz valer a condição de última garantia do Estado de Direito Democrático.

Quanto mais sistemas de responsabilidade, mais se concretizam os valores democráticos, adequando-se aos novos paradigmas (boa governação e *responsiveness*). Há muito já se falou sobre sobreposição de funções (Bodin, Bäumlin, Picht), mas não era ainda uma redundância de sistemas de responsabilidade. Bergeron defendeu duplicação na articulação entre funções em planos diversos de imperatividade (função de criação x função de execução). E especificamente à responsabilidade, Scheuner, sem referir-se a Bergeron, segue a sua conclusão para a duplicidade de funções, defendendo a existência de pelo menos dois sistemas de responsabilidade em funcionamento, um inserido em função de natureza política e outro em função de natureza jurídica. Mas a redundância somente na apuração pela responsabilidade política e pela responsabilidade jurídica não é suficiente. Um sistema de responsabilidade ter que suprir a deficiência do outro sistema, devendo o sistema político-jurídico como um todo operar com as diversas modalidades de responsabilidade.

Redundância de sistemas não se confunde com igualdade de sistemas, sistemas que apresentem idênticos pressupostos, sanções e finalidades. A igualdade é o limite intransponível da redundância. Assim, o princípio da redundância exige que uma multiplicidade de sistemas de responsabilidade esteja apta a apurar a conduta do

governante. A área imune à responsabilidade jurídica deve ser mínima e sobre ela atuam pelo menos dois sistemas de responsabilidade política: além da responsabilidade eleitoral, há, no regime de base parlamentarista, a responsabilidade política institucional (governo perante parlamento), e, no presidencialismo, *recall* ou *impeachment*. Na área de não imunidade jurídica, incidem tanto as diversas modalidades de responsabilidade jurídica (com gradação dos elementos constitutivos) quanto as duas vertentes de responsabilidade política que se aplicam na área de imunidade jurídica.

Bibliografia

- ABU-EL-HAJ, J. (abr. de 2014). Robert Dahl: poder político, liberalização e contestação nas democracias. *Revista Brasileira de Ciências Políticas*(n. 13), 7-17.
- ACHTERBERG, N. (1975). *Das rahmengebundene Mandat: überlegungen zur Möglichkeit der Bindung des Abgeordneten an das Parteiprogramm*. Berlin, New York: Walter de Gruyter.
- ACHTERBERG, N. (1984). *Parlamentsrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- ACKERMAN, B. (2006). *Nós, o povo soberano*. (M. R. Mello, Trad.) Belo Horizonte: Del Rey.
- ACKERMAN, B. (2009). *A nova separação dos poderes*. (E. V. Santos, & I. M. Vasconcelos, Trans.) Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- ALBUQUERQUE, P. P. (2011). *Comentário do Código de Processo Penal* (4. ed.). Lisboa: UCE.
- ALENCAR, J. d. (1868). *Systema representativo*. Rio de Janeiro: Garnier.
- ALEXY, R. (2007). *Constitucionalismo discursivo*. (L. A. Heck, Trad.) Porto Alegre: Livraria do Advogado.
- ALMEIDA, H. M. (1880). Da responsabilidade política e individual dos Ministros e Secretários de Estado. In: H. M. ALMEIDA, *Estudo de algumas questões constitucionaes* (pp. 1-68). Rio de Janeiro: Typographia do Cruzeiro.
- AMARAL JÚNIOR, J. L. (out./dez. de 2005). O poder legislativo na democracia contemporânea. A função de controle político dos Parlamentos na democracia contemporânea. *Revista de Informação Legislativa*(n. 168), pp. 7-17.
- AMARAL JÚNIOR, J. L. (2012). Organização dos poderes em Montesquieu. In: *Estudos de homenagem ao prof. Doutor Jorge de Miranda. Direito Constitucional e Justiça Constitucional* (Vol. II, pp. 297-315). Coimbra: Coimbra Editora.
- AMARAL, D. F. (1985). *Direito administrativo* (Vol. IV). Lisboa: Coimbra Editora.

- AMARAL, D. F. (2006). *Curso de direito administrativo* (3. ed., Vol. I). Coimbra: Almedina.
- ANDRADE, M. d. (1998). Contributo para o conceito de contraordenação: a experiência alemã [1981]. In: *Direito penal económico e europeu* (Vol. I, pp. 75-107). Coimbra: Coimbra Editora.
- ANDREUCCI, R. A. (1981). *Estudos e pareceres de direito penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- APEL, K.-O. (2007). *Ética e responsabilidade: o problema da passagem para a moral pós-convencional*. Lisboa: Instituto Piaget.
- ARAGÓN, M. (2002). *Constitución, democracia y control*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- ARBELOA CASTILLO, E. (2012). La responsabilidad de los cargos públicos por su mala gestión. *Revista de Derecho UNED*(n. 11), pp. 79-91.
- ARENDT, H. (2011). *Sobre a revolução*. São Paulo: Companhia das Letras.
- ARISTÓTELES. (1985). *Política*. Brasília: Universidade de Brasília.
- ARISTÓTELES. (2003). *Constituição dos Atenienses*. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.
- ARISTÓTELES. (2011). *Política*. Kindle ebooks.
- ARON, R. (1986). *Democracia e totalitarismo*. Lisboa: Editorial Presença.
- ARON, R. (2002). *Paz e guerra entre as nações [1962]*. São Paulo: Editora Universidade de Brasília.
- ARON, R. (2008). *As etapas do pensamento sociológico* (7. ed.). São Paulo: Martins Fontes.
- AVRIL, P. (1977). Pouvoir et responsabilité. In: *Georges Burdeau: Mélanges offerts à Georges Burdeau* (pp. 9-23). Paris: Librairie générale de droit et de jurisprudence.
- AZEVEDO, N. (nov./dez. de 1959). Ilícito civil e ilícito penal. *Revista Forense*(n. 186), pp. 29-37.
- BAGGIO, A. M. (2009). Il ritorno dell'etica: una lettura ragionata della Crisi. In: A. M. BAGGIO (Ed.), *La crisi economica appello a una nuova responsabilità*. Roma: Città Nuova.
- BARBOSA, R. (1893). Teoria do impeachment. In: R. BARBOSA, *Obras completas* (Vol. XX. Tomo II., pp. 167-175).

- BARCELLOS, A. P. (2000). Separação de poderes, maioria democrática e legitimidade do controle de constitucionalidade. *Revista de Direito da Procuradoria Geral do Estado do Rio de Janeiro*(n. 53), pp. 78-106.
- BARJA DE QUEIROGA, J. L. (2004). *El principio non bis in idem*. Madrid: Dykinson.
- BARRETO, T. (1977). Algumas ideias sobre o chamado fundamento do direito de punir. In: T. BARRETO, *Estudos de filosofia* (pp. 346-371). Editorial Grijalbo.
- BARRETO, T. (1991). Responsabilidade dos ministros no governo parlamentar [1879]. In: T. BARRETO, *Estudos do Direito I* (pp. 153-160). Aracaju: Editora Record.
- BARROSO, L. R. (2007). A reconstrução democrática do direito público no Brasil. In: L. R. BARROSO, *A reconstrução democrática do direito público no Brasil*. Rio de Janeiro: Renovar.
- BARRY, B. (1979). Justice between generations. In: *Law, Morality and Society. Essays in honour of H. L. Hart*. Oxford.
- BARRY, B. (1996). *Justice as impartiality*. Oxford: Clarendon Press.
- BÄUMLIN, R. (1966). Die Kontrolle des Parlamentes über Regierung und Verwaltung. *Zeitschrift für Schweizerisches Recht (ZSR)*, II(F, 85), 215-319.
- BEAUD, O. (1999). *Le sang contaminé*. Paris: Presses Universitaires de France - PUF.
- BEAUD, O. (2000). La responsabilité politique face à la concurrence d'autres formes de responsabilité des gouvernants. *Pouvoirs*(n. 92), pp. 17-30.
- BEAUD, O., & BLANQUER, J.-M. (1999). Comment réintroduire une responsabilité des gouvernants sous V République. In: O. BEAUD, & J.-M. BLANQUER (Eds.), *La responsabilité des gouvernants* (pp. 7-14). Paris: Descartes & Cie.
- BECK, U. (1997). A reinvenção da política: rumo a uma teoria da modernização reflexiva. In: U. BECK, A. GIDDENS, & S. LASH, *Modernização reflexiva*. São Paulo: UNESP.
- BECKER, W. (1990). *La libertad que queremos*. Ciudad de México: Fondo de Cultura Economico.
- BERGERON, G. (1965). *Fonctionnement de l'État* (2. ed.). Paris: Librairie Armand Colin.
- BERGSON, H. (1948). *Les deux sources de la morale et de la religion [1932]* (58. ed.). Paris: Les Presses Universitaires de France.
- BIDÉGARAY, C. (2000). Le principe de responsabilité fondement de la démocratie. *Pouvoirs*(n. 92), 5-30.

- BIDÉGARAY, C., & EMERI, C. (1998). *La responsabilité politique*. Dalloz - Sirey.
- BIFULCO, R. (2008). *Diritto e generazioni: problemi giuridici della responsabilità intergenerazionale*. Milano: FrancoAngeli.
- BINENBOJM, G. (2015). Separação de poderes, legitimidade democrática e 'non bis in idem'. In: *Estudos de direito público* (pp. 653-670). Rio de Janeiro: Renovar.
- BIRKINSHAW, P. (1985). Decision-making and its control in the administrative process - an overview. In: P. McAuslan, & J. McEldowney, *Law, legitimacy and the constitution*. London: Sweet & Maxwell.
- BIRNBACHER, D. (1988). *La responsabilité envers les générations futures*. Paris: Presses Universitaires de France - PUF.
- BITENCOURT, C. R. (2004). *Tratado de Direito Penal* (4. ed., Vol. II.). São Paulo: Saraiva.
- BITTAR, W. B. (2004). *As condições objetivas de punibilidade e as causas pessoais de exclusão da pena*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- BLANQUER, J.-M. (2000). Un Phenix Juridique: la Responsabilité. In: P. SÉGUR, *Gouvernants: quelle responsabilité?* (pp. 281-292). Paris: L'Harmattan.
- BLOCH, E. (1977). *El principio esperanza [1959]* (Vol. I). Madrid: Aguilar.
- BLUNTSCHLI, J. C. (1892). *The theory of state*. Oxford: Clarendon Press.
- BOBBIO, N. (1980). *A teoria das formas de governo*. Brasília: Universidade de Brasília.
- BOBBIO, N. (1986). *O futuro da democracia: uma defesa das regras do jogo* (6. ed.). Rio de Janeiro: Paz e Terra.
- BODIN, J. (2011). *Os seis livros da República [1576]* (Vol. I). São Paulo: Ícone.
- BODIN, J. (2011). *Os seis livros da República [1576]* (Vol. II). São Paulo: Ícone.
- BODIN, J. (2011). *Os seis livros da República [1576]* (Vol. IV). São Paulo: Ícone.
- BOLINGBROKE, H. S. (1730). *The Craftsman* (Vol. VII). London: R. Francklin.
- BOLINGBROKE, H. S. (1809). A dissertation upon parties [1733]. In: *The works of the later right honourable Henry St. John, Lord Viscount Bolingbroke* (Vol. III, pp. 3-277). London.
- BOLINGBROKE, H. S. (1965). *The idea of a patriot king [1738]*. New York: Bobbs-Merrill.
- BONAVIDES, P. (1968). O regime representativo e a democracia. *Revista de Direito Público*(n. 3), pp. 99-104.

- BONAVIDES, P. (2011). *Ciência Política* (18. ed.). São Paulo: Malheiros.
- BOURRICAUD, F. (1961). *Esquisse d'une théorie de l'autorité*. Paris: Librairie Plon.
- BOVAIRD, T., & LÖFFLER, E. (2009). Understanding Public Management and Governance. In: T. BOVAIRD, & E. LÖFFLER, *Public Management and Governance* (2. ed., pp. 3-12). London-New York.
- BRANDÃO, A. J. (1951). Moralidade administrativa. *Revista de direito administrativo*(n. 26), 454-467.
- BROSSARD, P. (1992). *O impeachment: aspectos da responsabilidade política do Presidente da República* (2. ed.). São Paulo: Saraiva.
- BRUNO, A. (1959). *Direito penal* (Vol. I. Tomo I). Rio de Janeiro: Forense.
- BUENO, P. (1857). *Apontamentos sobre o processo criminal brasileiro* (2. ed.). Rio de Janeiro: Imprensa Nacional do Diário.
- BUENO, P. (1857). *Direito público brasileiro e analyse da constituição do Império* (Vol. I). Rio de Janeiro: Typografia e Imp. e Const. de J. Villeunuve e C.
- BURDEAU, G. (1945). Remarques sur la classification des fonctions étatiques. *Revue du droit public et de la science politique en France et a l'étranger*, LX, 202 e ss.
- BURKE, E. (2003). *Reflexiones sobre la Revolución en Francia*. Madrid: Alianza Editorial.
- BURKE, E. (2012). Discurso aos eleitores de Bristol [1774]. *Revista de Sociologia Política*, XX(n. 44).
- CAETANO, M. (2005). *Manual de direito administrativo [1997]* (10. ed., Vol. I). Coimbra: Almedina.
- CAETANO, M. (2012). *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional* (6. ed., Vol. I). Coimbra: Almedina.
- CAETANO, M. (2012). *Manual de Ciência Política e Direito Constitucional* (6. ed., Vol. I). Coimbra: Almedina.
- CALDEIRA, M. (2014). *Actos políticos, direitos fundamentais e constituição*. Lisboa: AAFDL.
- CAMPOS, L. R. (2015). *Direito orçamentário em busca da sustentabilidade: do planejamento à execução orçamentária*. Porto Alegre: Núria Fabris.
- CANE, P. (2002). *Responsibility in law and morality*. Oxford: Hart Publishing.
- CANOTILHO, J. J. (2001). *Constituição Dirigente e Vinculação do Legislador* (2. ed.). Coimbra: Coimbra Editora.

- CANOTILHO, J. J. (2003). *Direito constitucional e teoria da constituição* (7. ed.). Coimbra: Almedina.
- CANOTILHO, J. J. (jan.-fev. de 2006). Justiça constitucional e justiça penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*(n. 58), pp. 329-344.
- CANOTILHO, J. J. (2007). Julgar e decidir. *Julgar*(n. 1), pp. 13-18.
- CANOTILHO, J. J. (2008). "*Brançosos*" e interconstitucionalidade: itinerários dos discursos sobre a historicidade constitucional (2. ed.). Coimbra: Almedina.
- CANOTILHO, J. J. (jan.-jun. de 2008). Tribunal de Contas como Instância Dinamizadora do Princípio Republicano. *Revista do Tribunal de Contas*(n. 49), pp. 35-46.
- CANOTILHO, J. J. (2010). Entre os humores de Hipócrates e a governance da saúde. In: *Admirar os outros* (pp. 251-258). Coimbra: Coimbra Editora.
- CANOTILHO, J. J., & MOREIRA, V. (2007). *Constituição da República Portuguesa. (art. 1 a 107)* (4. ed., Vol. I). Coimbra: Coimbra Editora.
- CANOTILHO, J. J., & MOREIRA, V. (2010). *Constituição da República Portuguesa. (art. 108 a 296)* (4. ed., Vol. II). Coimbra: Coimbra Editora.
- CAPRA, F. (2006). *O ponto de mutação: a ciência, a sociedade e a cultura emergente [1982]*. São Paulo: Cultrix.
- CARRÉ DE MALBERG, R. (1920). *Contribution à la théorie générale de l'État* (Vol. I). Paris: Recueil Sirey.
- CARVALHO FILHO, J. d. (2011). *Manual de direito administrativo* (24. ed.). Rio de Janeiro: Lumen Júris.
- CASERMEIRO, P. R. (2010). *La distinción entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador: un análisis de política-jurídica*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- CASSESE, S. (1995). *Maggioranza e minoranza*. Cernusco sul Naviglio: Garzanti.
- CAVALLARI, D. (2005). La responsabilità politica del ministro per gli atti dei dirigenti: comparazione fra Italia e Gran Bretagna. In: *La responsabilità politica nell'era del maggioritario e nella crisi della statualità* (pp. 78-102). Torino: G. Giappichelli.
- CHURCHLAND, P. (1991). Our Brains, Ourselves: Reflections on Neuroethical Questions. In: *Bioscience - Society* (pp. 77-96). New York: Wiley & Sons.
- CID MOLINÉ, J. (maio-agosto de 1996). Garantias y sanciones (Argumentos contra la

- tesis de la identidad de garantías entre las sanciones punitivas). *Revista de Administración Pública*(n. 140), pp. 131-172.
- CONSTANT, B. (1815). *De la responsabilité des ministres*. Paris: H. Nicolle.
- CONSTANT, B. (1989). *Princípios políticos constitucionais. Princípios políticos aplicáveis a todos os governos representativos e particularmente à Constituição atual da França*. Rio de Janeiro: LiberJúris.
- COOLEY, T. M. (1891). *Principii generali di Diritto Costituzionale negli Stati Uniti*. In: *Biblioteca di Scienze Politiche* (Vol. VI. Parte Prima., pp. 264-520). Roma.
- COOLEY, T. M. (1898). *Princípios Generales de Derecho Constitucional en los Estados Unidos de América* (2. ed.). Buenos Aires: Jacobo Peuser.
- COPOLA, G. (2011). *A improbidade administrativa no direito brasileiro*. Belo Horizonte: Fórum.
- CORREIA, E. (1998). Direito penal e direito de mera ordenação social [1973]. In: *Direito penal económico e europeu* (Vol. I, pp. 1-18). Coimbra: Coimbra Editora.
- CORREIA, E. (1999). *Direito criminal*. Coimbra: Almedina.
- CORREIA, J. d., & PINTO, R. L. (2007). A responsabilidade política. In: *Estudos jurídicos em homenagem ao Prof. Doutor António Motta Veiga*. Coimbra: Almedina.
- CORREIA, J. d., & PINTO, R. L. (2010). *A responsabilidade política*. Lisboa: Universidade Lusíadas.
- CORTINA, A. (2011). *Neuroética y neuropolítica: sugerencias para la educación moral*. Madrid: Editorial Tecnos.
- COSTA, J. d. (1998). A importância da recorrência no pensamento jurídico. Um exemplo: a distinção entre o ilícito penal e o ilícito de mera ordenação social. In: *Direito penal económico e europeu* (Vol. I, pp. 109-143). Coimbra: Coimbra Editora.
- COSTA, J. d. (2010). *Noções fundamentais de direito penal* (2. ed.). Coimbra: Coimbra Editora.
- COSTA, P. J. (2012). *O Tribunal de Contas e a boa governança*. Tese de Doutoramento em Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra.
- COUTINHO, H. M. (jul.-set. de 1994). O direito de mera ordenação social no sistema jurídico-penal alemão. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*(n. 7), pp. 91-

- CRISAFULLI, V., & PALADIN, L. (1990). *Commentario breve alla Costituzione*. Padova: CEDAM.
- CUNHA JÚNIOR, D. (2010). A separação das funções estatais ante uma nova dogmática constitucional. In: A. R. TAVARES, G. S. LEITE, & I. W. SARLET (Eds.), *Estado constitucional e organização do poder* (pp. 265-313). São Paulo: Saraiva.
- DAHL, R. A. (1956). *A preface to democratic theory*. Chicago and London: The University of Chicago Press.
- DAHL, R. A. (1971). *Polyarchy. Participation and opposition*. New Haven: Yale University Press.
- DAHL, R. A. (1971). *Polyarchy. Participation and opposition*. New Haven: Yale University Press.
- DAHL, R. A. (2001). *How Democratic Is the American Constitution?* New Haven & London: Yale University Press.
- DAHL, R. A. (2001). *Sobre a democracia*. (B. Sidou, Trad.) Brasília: Editora Universidade de Brasília.
- DAHL, R. A., & LINDBLOM, C. E. (1971). *Política, Economia e Bem Estar Social: planejamento e sistemas político econômicos reduzidos a processos sociais básicos*. Rio de Janeiro: Livador.
- DALLARI, D. d. (2005). *Elementos de teoria geral do estado* (25. ed.). São Paulo: Saraiva.
- D'ÁVILA, F. R. (2006). Direito penal e direito sancionador. Sobre a identidade do direito penal em tempos de indiferença. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*(n. 60), 9-35.
- DAY, P., & KLEIN, R. (1987). *Accountabilities: Five Public Services*. London and New York: Tavistock.
- DECOMAIN, P. R. (2007). *Improbidade administrativa*. São Paulo: Dialética.
- DEMO, R. L. (mai.-ago. de 2005). O direito penal e outros ramos do direito. Interdependência, comunicação, encontros e desencontros. *Revista do Instituto de Pesquisas e Estudos (Divisão Jurídica)*(n. 43), pp. 77-104.
- DEMÓSTENES. (1969). *Acerca de la inmunidad – contra la Ley de Leptino [354 a.C.]*. Madrid: Aguilar.

- DENNIS, I. (Dec. de 2000). Rethinking double jeopardy: justice and finality in criminal process. *Criminal Law Review*, 933-951.
- DI PIETRO, M. S. (2014). *Direito administrativo* (27. ed.). São Paulo: Atlas.
- DIAS, F. (1994). *Direito Processual Penal* (Vol. I). Coimbra: Coimbra Editora.
- DIAS, J. d. (2006). Para uma dogmática do direito penal secundário social português: um contributo para a reforma do direito penal econômico. In: F. R. D'ÁVILA, & P. V. SOUZA, *Direito penal secundário: estudos sobre crimes econômicos, ambientais, informáticos e outras questões*. (pp. 13-69). Coimbra: Coimbra Editora.
- DIAS, J. d., & ANDRADE, M. d. (2000). Problemática geral das infracções contra a economia nacional. In: R. PODVAL, *Temas de direito penal econômico* (pp. 64-98). São Paulo: Revista dos Tribunais.
- DÍEZ-PICAZO, L. M. (1996). *La criminalidad de los gobernantes*. Barcelona: Crítica.
- DOLZER, R. (2004). Good governance: neues transnationales Leitbild der Staatlichkeit? *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht ZAÖRV, II*, pp. 535-546.
- D'ORTA, C. (1994). La riforma della dirigenza: dalla sovrapposizione alla distinzione fra politica e amministrazione? *Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico, 1*, pp. 151-208.
- DOTOYÉVSKI, F. (2014). *Os Irmãos Karamazov [1880]*. (A. A. Santos, Trad.) Centaur (Edição Kindle).
- DOWDLE, M. (2006). Public accountability: conceptual, historical and epistemic mappings. In: *Public Accountability: Designs, Dilemmas and Experiences* (p. 14). United Kingdom: Cambridge University Press.
- DUBNICK, M. (mar. de 2005). Accountability and the promise of performance: in search of mechanisms. *Public Performance and Management Review, III*(n. 28).
- DUGUIT, L. (1921). *Traité de droit constitutionnel - Tome I* (2. ed.). Paris: Ancienne Librairie Fontemoing.
- DUGUIT, L. (1923). *Traité de droit constitutionnel - Tome II* (2. ed.). Paris: Ancienne Librairie Fontemoing.
- DUNN, D. D. (1999). Mixing elected and nonelected officials in democracy policy making. In: S. C. STOKES, A. PRZEWORSKI, & B. MANIN, *Democracy, accountability and representation* (pp. 297-325). Cambridge: Cambridge

- University Press.
- DUNN, J. (1999). Situating democratic political accountability. In: S. C. STOKES, A. PRZEWORSKI, & B. MANIN, *Democracy, accountability and representation* (pp. 329-344). Cambridge: Cambridge University Press.
- DUSSART, V. (sept. de 2002). La réforme du règlement financier communautaire: un exemple de la modernisation du droit budgétaire. *Revue Financière de Finances Publiques*(79), pp. 141-163.
- DUVIVIER, E. (1931). *Defesa do ex-Presidente da República Dr. Washington Luiz Pereira de Souza no caso de Petrópolis*. Rio de Janeiro: Instituto da Ordem dos Advogados Brasileiros.
- DWORKIN, R. (2006). *Direito da liberdade: a leitura moral da Constituição norte-americana*. (M. B. Cipolla, Trad.) São Paulo: Martins Fontes.
- ELSTER, J. (1999). Accountability in Athenian Politics. In: S. C. STOKES, A. PRZEWORSKI, & B. MANIN, *Democracy, accountability and representation* (pp. 253-278). Cambridge: Cambridge University Press.
- EMBID IRUJO, A. (1991). La justiciabilidad de los actos de gobierno. In: *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Prof. Eduardo García de Enterría. Vol. 3*. Madrid: Civitas.
- ESMEIN, A. (1914). *Éléments de droit constitutionnel français et comparé* (6. ed., Vol. II). Paris: Librairie de la société du recueil sirey.
- ESMEIN, A. (1921). *Éléments de droit constitutionnel français et comparé* (7. ed., Vol. I). Paris: Librairie de la société du recueil sirey.
- ESTEVEZ PARDO, J. (1999). *Técnica, riesgo y derecho: tratamiento del riesgo tecnológico en el derecho ambiental*. Barcelona: Editorial Ariel.
- FARIA, B. d. (1960). *Código de Processo Penal* (2. ed., Vol. I). Rio de Janeiro: Record.
- FAZZIO JÚNIOR, W. (2014). *Improbidade administrativa* (2. ed.). São Paulo: Atlas.
- FERRAJOLI, L. (1995). *Derecho y razón: teoría del garantismo penal [1989]*. Madrid: Editorial Trotta.
- FERREIRA, M. C. (1996). Questões civis julgadas em processo penal [1935]. In: *Obra dispersa I* (pp. 39-49). Lisboa: Universidade Católica Editora.
- FEUERBACH, P. J. (1989). *Tratado de derecho penal: común vigente en Alemania*. Tratado de derecho penal común vigente en Alemania: Ed. Hamurabi.
- FISICHELLA, D. (1996). *La rappresentanza politica*. Roma-Bari: Laterza.

- FONTESTAD PORTALÉS, L. (jul./set. de 2006). La jurisdicción contencioso-administrativa en España. *Revista CEJ*, 10(n. 34), 62-72.
- FRAGOSO, F. (1960). Antijuridicidade. *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*(7).
- FRISCH, W. (2012). Sobre el futuro del derecho penal de la culpabilidad. In: *Derecho penal de la culpabilidad y neurociencias* (pp. 19-70). Navarra: Civitas.
- FROMONT, M., & SIEDENTOPF, H. (1992). Groupes de pression et administration en Allemagne. *Annuaire Européen D'Administration Publique*, XV, pp. 99-115.
- GALLETTI, F. (2000). *Le juge pénal: nouveau juge de la responsabilité des agents publics et des élus?* L'Harmattan.
- GARAPON, A., & SALAS, D. (1996). *Le République pénalisée*. Paris: Hachette.
- GARCÍA ALBERO, R. (1995). *Non bis in idem: material y concurso de leyes penales*. Barcelona: Cedecs Editorial.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (jul./ago./set. de 1976). El problema jurídico de las sanciones administrativas. *Revista Española de Derecho Administrativo*(n. 10), pp. 409-416.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (1979). *La lucha contra las inmunidades del poder en el derecho administrativo*. Madrid: Civitas.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. (2000). La definitiva erradicación de los actos de Gobierno en nuestro derecho. *Revista Española de Derecho Administrativo*(106), pp. 231-236.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., & FERNÁNDEZ, T.-R. (1986). *Curso de derecho administrativo* (4. ed., Vol. II). Madrid: Civitas.
- GAZZANIGA, M. (2006). *El cerebro ético*. (Paidós, Ed., & M. P. Moreno, Trad.) Barcelona.
- GOLDSCHMIDT, J. (2010). ¿Qué es el "Derecho Penal Administrativo"? [1914]. In: J. GOLDSCHMIDT, *Derecho, derecho penal y proceso* (J. L.-C. QUIROGA ALONSO, Trad., pp. 401-409). Madrid: Marcial Pons.
- GOLDSCHMIDT, J. (2010). Concepto y cometido del derecho penal administrativo. In: J. GOLDSCHMIDT, *Derecho, derecho penal y proceso*. Madrid: Marcial Pons.
- GOLDSCHMIDT, J. (2010). *Derecho, derecho penal y proceso*. Madrid: Marcial Pons.
- GOLDSCHMIDT, J. (2010). El derecho penal administrativo en relación con la moderna teoría del derecho e del Estado. In: J. GOLDSCHMIDT, *Derecho,*

- derecho penal y proceso* (pp. 297-319). Madrid: Marcial Pons.
- GÓMEZ TOMILLO, M., & SANZ RUBIALES, Í. (2010). *Derecho administrativo sancionador: parte general* (2. ed.). Navarra: Aranzadi.
- GONÇALVES, P. C. (abril/junho de 2013). Ensaio sobre a boa governação da Administração Pública a partir do mote da new public governance. *Revista de Direito Público da Economia - RDPE*(n. 42), pp. 141-169.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J. (1991). El control jurisdiccional de los actos del jefe del estado. In: *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Prof. Eduardo García de Enterría* (Vol. III). Madrid: Civitas.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J. (1996). *La ética en la administración pública*. Madrid: Editorial Civitas.
- GOYARD-FABRE, S. (2002). *Os princípios filosóficos do direito político moderno*. São Paulo: Martins Fontes.
- GUIZOT, F. (2008). *A história das origens do governo representativo na Europa*. Rio de Janeiro: Topbooks.
- GUSMÃO, M. A. (1922). *Coisa julgada no cível, no crime e no direito internacional*. São Paulo: Livraria Acadêmica.
- HABERMAS, J. (2010). *Facticidad y validez: sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso* (6. ed.). Madrid: Editorial Trotta.
- HAMILTON, A., MADISON, J., & JAY, J. (2001). *The federalist*. Indianapolis: Liberty Fund.
- HAMILTON, A., MADISON, J., & JAY, J. (2003). *O federalista*. Belo Horizonte: Líder.
- HASSEMER, W. (1993). *Três temas de direito penal*. Porto Alegre: Escola Superior do Ministério Público.
- HASSEMER, W. (fev.-mar. de 2003). Características e crise do moderno direito penal [1992]. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, 18, pp. 144-157.
- HASSEMER, W. (2006). *Direito penal libertário*. (R. Greve, Trad.) Belo Horizonte: DelRey.
- HASSEMER, W. (2013). Neurociências e culpabilidade em direito penal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 100, 211-225.
- HASSEMER, W., & MUÑOZ CONDE, F. (1995). *La responsabilidad por el producto en derecho penal*. Valencia: Tirant lo Blanch.

- HAURIOU, M. (1914). *Précis de Droit Administratif et Droit Public* (6. ed.). Paris: Recueil Sirey.
- HAURIOU, M. (1919). *Précis de Droit Administratif et Droit Public* (9. ed.). Paris: Recueil Sirey.
- HAURIOU, M. (1923). *Précis de Droit Administratif et Droit Public* (11. ed.). Paris: Recueil Sirey.
- HAURIOU, M. (1930). *Précis Élémentaire de Droit Constitutionnel*. Paris: Recueil Sirey.
- HAYEK, F. A. (1983). *Os fundamentos da liberdade*. (A. M. Capovilla, Trad.) São Paulo: Visão.
- HERÓDOTO. (2014). *History. Book III: Tália*. Ancienthistory.
- HINE, D. (2005). Codes of conduct for public officials in Europe: common label, divergent purposes. *International Public Management Journal*, 8(2), pp. 153-174.
- HOBBS, T. (2004). *Leviatã ou matéria, forma e poder de um estado eclesiástico e civil [1651]*. (A. Marins, Trad.) São Paulo: Martin Claret.
- HOLGADO GONZÁLEZ, M. (2008). *El Programa de Gobierno y sus Sistemas de Control*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- HOOD, C. (1991). A Public Management for All Seasons? *Public Administration*, 69(1), pp. 3-19.
- HUNGRIA, N. (1945). *Novas questões jurídico-penais*. Rio de Janeiro: Ed. Nacional de Direito.
- HUNGRIA, N. (1958). *Comentários ao Código Penal* (3. ed., Vol. I. Tomo I). Rio de Janeiro: Forense.
- IMBODEN, M. (1959). *Montesquieu und die Lehre der Gewaltentrennung*. Berlin: Walter de Gruyter.
- IRUJO, A. E. (1991). La justiciabilidad de los actos de gobierno. In: *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Prof. Eduardo García de Enterría*. Vol. 3. Madrid: Civitas.
- JACQUES, P. (1974). *Curso de direito constitucional* (7. ed.). Rio de Janeiro: Forense.
- JELLINEK, G. (1911). *L'État moderne et son droit* (Vol. II). Paris: Pantèon-Assas.
- JONAS, H. (1997). *Técnica, medicina y ética*. Barcelona: Paidós.
- JONAS, H. (2006). *O princípio responsabilidade [1979]*. (M. L. Montez, Trad.) Rio de

- Janeiro: Contraponto.
- JONES, C. O. (2007). *The American Presidency: A Very Short Introduction*. New York: Oxford University Press.
- JOUVENEL, B. d. (1962). *On Power [1945]*. Boston: Beacon Press.
- KANT, I. (2008). *A paz perpétua: um projecto filosófico [1795]*. Covilhã: LusoSofia.
- KANT, I. (2013). *Doutrina do Direito* (4. ed.). São Paulo: Ícone.
- KAUFFMAN, D. (11 de mar. de 2003). *Rethinking Governance: Empirical lessons Challenge Orthodoxy*. Acesso em 15 de nov. de 2015, disponível em <http://siteresources.worldbank.org/INTWBIGOVANTCOR/Resources/rethink_gov_stanford.pdf>
- KEARNS, K. P. (1996). *Managing for Accountability*. San Francisco: Jossey-Bass.
- KELSEN, H. (1999). *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes.
- KELSEN, H. (2000). Essência e valor da democracia. In: H. KELSEN, *A democracia* (2. ed., pp. 23-108). São Paulo: Martins Fontes.
- KELSEN, H. (2000). Fundamentos da democracia. In: H. KELSEN, *A democracia* (2. ed., pp. 23-108). São Paulo: Martins Fontes.
- KELSEN, H. (2000). *Teoria geral do direito e do Estado*. São Paulo: Martins Fontes.
- KENNEY, C. (2003). Horizontal accountability: concepts and conflicts. In: S. MAINWARING, & C. WELNA, *Democratic accountability in Latin America* (pp. 55-78). New York: Oxford University Press.
- KLEMENT, J. H. (2006). *Verantwortung*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- LAQUIÈZE, A. (2009). La responsabilité en régime parlementaire. In: X. BIOY (Ed.), *Constitution et responsabilité* (pp. 45-54). Paris: Montchrestien, Lextenso éditions.
- LEIBHOLZ, G. (1958). *Strukturprobleme der modernen Demokratie*. Karlsruhe: C. F. Müller.
- LELIEUR-FISCHER, J. (2005). *La règle ne bis in idem: du principe de l'autorité de la chose jugée sur principe d'unicité d'action répressive*. Ph.D. dissertation, Université Panthéon-Sorbonne (Paris I), Paris.
- LÉON VILLALBA, F. J. (1998). *Acumulación de sanciones penales y administrativas: sentido y alcance del principio ne bis in idem*. Barcelona: Bosch.
- LEWIS, D. (1993). The Citizens Charter and Next Steps: a new way of governing? *Political Quarterly*, 64(n. 3), 316-326.

- LIBET, B. (1999). Do We Have Free Will? *Journal of Consciousness Studies*(n. 8-9), pp. 47-57.
- LIBET, B., FREEMAN, A., & SUTHERLAND, K. (1999). Editor's introduction: the volitional brain. In: B. LIBET, A. FREEMAN, & K. SUTHERLAND, *The Volitional Brain: Towards a Neuroscience of Free Will*. Thorverton: Imprint Academic.
- LIMA, A. P. (1939). O problema da interdependência das acções civis e criminal. *Revista dos Tribunais*, 1364, pp. 306-309.
- LOCKE, J. (2002). *Segundo tratado sobre o governo [1690]*. São Paulo: Martin Claret.
- LOEWENSTEIN, K. (1959). *Verfassungslehre*. Tübingen: Mohr.
- LOEWENSTEIN, K. (1976). *Teoría de la constitución*. Barcelona: Editorial Ariel.
- LOMBA, P. (2008). *Teoria da responsabilidade política*. Coimbra: Coimbra Editora.
- LORENCINI, B. C. (2013). *A responsabilidade do poder político no Estado Constitucional sob paradigma da Democratic Responsiveness*. Tese de Doutorado em Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.
- LOUREIRO, J. C. (2003). *Constituição e biomedicina. Vol. I*. Tese de Doutorado em Direito, Universidade de Coimbra, Coimbra.
- MACHADO, J., & COSTA, P. N. (2012). O Tribunal de Contas como guardião da Constituição? A relevância constitucional do controlo financeiro externo em tempos de crise. In: *Estudo de homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Miranda. Vol. II. Direito Constitucional e Justiça Constitucional* (pp. 149-163). Coimbra: Coimbra Editora.
- MAGALHÃES, L. d. (jul./set. de 2006). Algumas reflexões sobre o regime de responsabilidade financeira na Lei 98/97, de 26/8. *Scientia Iuridica*, 307, LV, 433-442.
- MAIA, C. R. (jul.-set. de 2005). O princípio do 'ne bis in idem' e a Constituição de 1988. *Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União*(n. 16), pp. 11-75.
- MAINWARING, S. (2003). Introduction: democratic accountability in Latin America. In: S. MAINWARING, & C. WELNA (Eds.), *Democratic accountability in Latin America* (pp. 3-33). New York: Oxford University Press.
- MARQUES, F. (1964). *Tratado de direito penal* (2. ed., Vol. I). São Paulo: Saraiva.
- MARSHALL, G. (1978). Police Accountability Revisited. In: *Policy and Politics*:

- Essays in Honour of Norman Chester* (pp. 51-65). London: Macmillan.
- MARSHALL, G. (1984). *Constitutional conventions*. Oxford: Clarendon Press.
- MARTINS JÚNIOR, W. P. (2006). *Probidade administrativa* (3. ed.). São Paulo: Saraiva.
- MARTINS, F. B. (2007). *Do direito à democracia: neoconstitucionalismo, princípio democrático e a crise no sistema representativo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- MARTINS, G. W. (jul./ago. de 2011). A responsabilidade financeira: evoluções recentes. *Justiça Administrativa*(n. 88), 52-56.
- MATHIEU, B. (2007). Propos introductifs. In: *Constitution et responsabilité: Des responsabilités constitutionnelles aux hases constitutionnelles des droits de la responsabilité* (pp. 3-7). Paris: Montchrestien Lextenso éditions.
- MATTES, H., & MATTES, H. (1979). *Problemas de derecho penal administrativo: historia y derecho comparado*. Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas.
- MAYER, O. (1903). *Le droit administratif allemand - Tome I*. Paris: V. Giard & E. Brière.
- MAYER, O. (1904). *Le droit administratif allemand - Tome II*. Paris: V. Giard & E. Brière.
- MENDES, G. F., & BRANCO, P. G. (2015). *Curso de direito constitucional* (10. ed.). São Paulo: Saraiva.
- MERKL, A. (2014). *Teoría general de derecho administrativo [1935]*. Madrid: Ediciones Coyoacán.
- MERLONI, F. (enero-agosto de 1998). La distinción entre «política» y «administración». *Documentación Administrativa*(n. 250-251), 35-71.
- MEYN, K.-U. (1982). *Kontrolle als Verfassungsprinzip*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft.
- MILLARD, É. (2000). La signification juridique de la responsabilité politique. In: P. SÉGUR (Ed.), *Gouvernants: quelle responsabilité?* (pp. 81-100). Paris: L'Harmattan.
- MILLER, W. E., & STOKES, D. E. (mar. de 1963). Constituency Influence in Congress. *The American Political Science Review*, 57(n. 1), 45-56.
- MIRANDA, J. (1990). *Funções, Órgãos e Actos do Estado*. Lisboa.
- MIRANDA, J. (1997). *Manual de direito constitucional* (Vol. V). Coimbra: Coimbra Editora.

- MIRANDA, J. (2001). Imunidades constitucionais e crimes de responsabilidade. *Direito e Justiça*(XV), 33-34.
- MIRANDA, J. (2002). *Teoria do Estado e da Constituição*. Coimbra: Coimbra Editora.
- MODONA, G. N. (1994). Il difficile confini tra responsabilità politica individuale e responsabilità penale. *Questione Giustizia*(n. 1).
- MONTESQUIEU. (1996). *O espírito das leis* (2. ed.). (C. Murachco, Trad.) São Paulo: Martins Fontes.
- MONZANI, S. (Gennaio de 2014). Il principio di separazione tra funzione di indirizzo politico e funzione di gestione. *Rivista Mensile di Doutrina e Giurisprudenza*, 1(n. 1), 119-136.
- MORAIS, C. B. (2002). *Justiça Constitucional. Vol. 1*. Coimbra: Coimbra Editora.
- MORENO, E., CRISP, B., & SHUGART, M. (2003). The accountability deficit in Latin America. In: S. MAINWARING, & C. WELNA (Eds.), *Democratic accountability in Latin America* (pp. 79-). New York: Oxford University Press.
- MORENO, P. T.-B. (2007). Ciudadanos y administración. El derecho al bueno gobierno. Reflexiones desde una perspectiva administrativa. *Interesse Público*(n. 44), 229-239.
- MORSE, S. J. (2008). Determinism and the death of folk psychology: two challenges to responsibility from neuroscience. *MINN. J.L.SCI & TECH*, 1(n. 9), 1-36.
- MÜLLER, C. (1992). Verantwortungsethik. In: *Geschichte der Neueren Ethik. Band 2*. Tübingen: A. Francke Verlag.
- MUÑOZ LORENTE, J. (2001). *La nueva configuración del principio non bis in idem: las sanciones administrativas como limite a la intervención de la jurisdicción penal*. Madrid: Ecoiuris.
- NEVES, A. C. (1968). *Sumários de processo penal*. Coimbra: João Abrantes (policopiado).
- NEVES, A. C. (2009). Os efeitos da decisão penal condenatória e absolutória no âmbito das acções cíveis. *Revista do Ministério Público*(n. 118), 97-122.
- NIETO GARCIA, A. (2005). *Derecho administrativo sancionador* (4. ed.). Madrid: Editorial Tecnos.
- NIGRO, M. (1984). Lineamenti generali. In: G. AMATO, & A. BARBERA (Eds.), *Manuale di diritto pubblico. Vol III: L'azione dei pubblici poteri* (5. ed.). Bologna: il Mulino.

- NOBRE JÚNIOR, E. N. (2. sem. de 2013). Improbidade administrativa e segurança jurídica. *Revista da Ajufe*(n. 93), 208-221.
- NOBRE JÚNIOR, E. P. (2000). Sanções administrativas e princípios do direito penal. *Revista de Direito Administrativo*, 219, 127-151.
- NOCILLA, D. (1985). Brevi note in tema di rappresentanza e responsabilità politica. In: *Scritti su la giustizia costituzionale in onore di Vezio Crisafulli* (pp. 563-586). Padova: Cedam.
- NOGUEIRA, L. (1947). *O impeachment: especialmente no Direito Brasileiro*. Fortaleza: Paulina.
- NOLAN, L. (1997). *Normas de conduta para a vida pública [1995]*. Brasília: Fundação ENAP.
- NUCCI, G. d. (2016). *Código de processo penal comentado* (15. ed.). Rio de Janeiro.
- O'DONNELL, G. (1999). Horizontal Accountability in New Democracies. In: A. SCHEDLER, L. DIAMOND, & M. F. PLATTNER (Eds.), *The self-restraining state: power and accountability in new democracies* (pp. 29-51). London: lynne Rienner Publishers.
- O'DONNELL, G. (2003). Horizontal accountability. In: S. MAINWARING, & C. WELNA (Eds.), *Democratic accountability in Latin America* (pp. 34-54). New York: Oxford University Press.
- OLIVEIRA, R. F. (1985). *Infrações e sanções administrativas*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- OMMATI, F. (jul./set. de 1977). Dos freios e contrapesos entre os poderes do Estado. *Revista de Informação Legislativa*(n. 55), 55-82.
- OPPERMANN, T. (1975). Das parlamentarische Regierungssystem des Grundgesetzes. In: VVdStRL (Ed.), *Das parlamentarische Regierungssystem des Grundgesetzes. Organisierte Einwirkungen Auf Die Verwaltung* (pp. 7-68). Berlin, New York: Walter de Gruyter.
- OSÓRIO, F. M. (2010). *Teoria da improbidade administrativa: má gestão pública - corrupção - ineficiência* (2. ed. rev., atual. e ampl. ed.). São Paulo: Revista dos Tribunais.
- OSÓRIO, F. M. (2015). *Direito administrativo sancionador* (5. ed.). São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.
- OST, F. (1995). *A natureza à margem da lei: a ecologia à prova do direito*. Lisboa:

- Instituto Piaget.
- OTERO, P. (2003). *Legalidade e Administração Pública*. Coimbra: Almedina.
- OTERO, P. (2011). Ética constitucional: contributo para uma limitação do poder político. In: *Estudos em memória do Prof. J. L. Saldanha Sanches. Vol. 1*. Coimbra: Coimbra Editora.
- OTERO, P. (2014). *Direito Constitucional Português. Vol. II. Organização do Poder Político*. Coimbra: Coimbra Editora.
- PASTOR, R. A. (1999). The third dimension of accountability: the international community in National Elections. In: A. SCHEDLER, L. DIAMOND, & M. F. PLATTNER (Eds.), *The self-restraining state: power and accountability in new democracies* (pp. 123-142). London: lynne Rienner Publishers.
- PIÇARRA, N. (1989). *A separação dos poderes como doutrina e princípio constitucional*. Coimbra: Coimbra editora.
- PICHT, G. (1969). *Wahrheit, Vernunft, Verantwortung: Philosophische Studien*. Stuttgart: Ernst Klett Verlag.
- PINTO, F. B. (1960). *Enriquecimento ilícito no exercício de cargos públicos*. Rio de Janeiro: Forense.
- PINTO, F. C. (2010). *Curso de processo penal* (Vol. I). Lisboa: AAFDL.
- PINTO, I. H. (2013). *A harmonização dos sistemas de sanções penais na Europa*. Coimbra: Coimbra Editora.
- PITKIN, H. (1967). *The concept of representation*. Berkeley: University of California Press.
- PLATTNER, M. F. (1999). Traditions of Accountability. In: A. SCHEDLER, L. DIAMOND, & M. F. PLATTNER (Eds.), *The self-restraining state: power and accountability in new democracies* (pp. 63-67). London: lynne Rienner Publishers.
- POLÍBIO. (1981). História da conquista romana do mundo helênico. *Revista de Informação Legislativa*(n. 71), 116-126.
- POMEROY, J. N. (1888). *An introduction to the constitutional law of the United States* (10. ed.). Boston, New York: Houghton, Mifflin and Company.
- POPPER, K. (1995). *La Responsabilidad de Vivir*. Barcelona: Paidós.
- POPPER, K., & ECCLES, J. C. (1977). *The Self and Its Brain: an argument for interactionism*. Berlin: Springer-Verlag.

- POWELL JR., G. B. (2004). The chain of responsiveness. In: L. DIAMOND, & L. MORLINO (Eds.), *Assessing the Quality of Democracy* (pp. 62-76). Baltimore: The Johns Hopkins University Press.
- PRADO, L. R. (1999). *Curso de Direito Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais.
- PRALUS, M. (jul./set. de 1996). Étude en droit pénal international et en droit communautaire d'un aspect du principe non bis in idem: non bis. *Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*(n. 3), 551-574.
- PRICE, R. (2013). *A discourse on the love of our country [1789]* (e-book. 2. ed.). London: T. Cadell and Liberty Fund.
- QUEIRÓ, A. R. (1948). *Teoria dos actos de governo*. Coimbra: Coimbra Editora.
- QUEIRÓ, A. R. (1969). Actos de governo e contencioso de anulação. *Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra*, XLV(n. 45), 1-28.
- QUEIRÓ, A. R. (1977). A função administrativa. *Revista de Direito e Estudos Sociais*(n. 1, 2 e 3), 1-48.
- QUEIRÓ, A. R. (1995). Poderes do Estado. In: *Enciclopédia Luso-Brasileira de Cultura*, vol. XV (pp. 355-356). Lisboa: Editorial Verbo.
- QUEIROZ, C. (1990). *Os actos políticos no estado de direito*. Coimbra: Almedina.
- QUERALT JIMÉNEZ, J. J. (1992). *El principio non bis in idem*. Madrid: Tecnos.
- QUINZACARA, E. C. (diciembre de 2012). El derecho administrativo sancionador y su relación con el derecho penal. *Revista de Derecho (Valdivia)*, XXV(n. 2), 131-157.
- RANGEL, P. C. (2001). A separação dos poderes segundo Montesquieu. In: *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Rogério Soares* (pp. 347-365). Coimbra: Coimbra.
- REALE JÚNIOR, M. (out.-dez. de 1999). Despenalização do direito penal econômico: uma terceira via entre o crime e a infração administrativa? *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, 7(n. 28).
- REALE JÚNIOR, M. (2007). Ilícito administrativo e o 'jus puniendi' geral. In: L. R. PRADO (Ed.), *Direito penal contemporâneo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.
- REGO, A. C. (1981). Equilíbrio e contradição: a constituição mista na obra de Políbio. *Revista de Informação Legislativa*(n. 71), 95-126.
- RESCIGNO, G. U. (1967). *La responsabilità politica*. Milano: Giuffrè.
- RESCIGNO, G. U. (1994). *Corso di diritto pubblico* (4. ed.). Bologna: Zanichelli.

- RHODES, R. A. (1997). *Understanding governance: policy networks, governance, reflexivity and accountability*. Buckingham; Philadelphia: Open University Press.
- RIBEIRO, B. S. (2015). *Análise crítica do direito penal secundário*. São Paulo: Liber Ars.
- RIEDEL, M. (1979). Freiheit und Verantwortung. In: H. M. BAURNGARTNER (Ed.), *Prinzip Freiheit* (pp. 201-228). Freiburg-München.
- RIPERT, G. (2000). *A regra moral nas obrigações civis [1925]*. Campinas: Bookseller.
- ROBESPIERRE, M. d. (1972). *La razón del pueblo*. Buenos Aires: La Bastilla.
- ROBINSON, D. Z. (1971). Government contracting for academic research: accountability in the American experience. In: B. SMITH, & D. HAGUE (Eds.), *The dilemma of accountability in modern government: independence versus control* (pp. 103-117). London: Macmillan.
- ROBLES, G. (2005). *Os direitos fundamentais e a ética na sociedade atual [1995]*. Barueri: Manole.
- ROCHA, C. L. (1994). *Princípios constitucionais da administração pública*. Belo Horizonte: Del Rey.
- ROMZEK, B. D. (mai.-jun. de 1987). Accountability in the public sector: lessons from the Challenger tragedy. *Public Administration Review*, 47(n. 3), 227-238.
- ROSEN, B. (1982). *Holding Government Bureaucracies Accountable* (3. ed.). Westport: Praeger.
- ROSS, E. A. (1901). *Social control: a survey of the foundations of order*. New York: Macmillan.
- ROUSSEAU, J.-J. (1999). *O contrato social ou princípio do direito político* (3. ed.). (A. d. Danesi, Trad.) São Paulo: Martins Fontes.
- ROXIN, C. (1997). *Derecho penal: parte general: fundamentos, la estructura de la teoría del delito* (Vol. I). (D.-M. Luzón Peña, M. D. García Conlledo, & J. Vicente Remesal, Trads.) Madrid: Civitas.
- RUBIA, F. J. (2013). Neurociencia y libertad. In: E. D. CRESPO, & M. M. CALATAYUD (Eds.), *Neurociencias y derecho penal: nuevas perspectivas en el ámbito de la culpabilidad y tratamiento jurídico-penal de la peligrosidad*. Madrid: Edisofer S.L.
- RUDSTEIN, S. D. (2005). A Brief History of the Fifth Amendment Guarantee Against

- Double Jeopardy. *William & Mary Bill of Rights Journal*, 14(n. 1), 193-242.
- RUEDA, F. (2009). La responsabilité budgétaire après da LOLF. In: *Constitution et responsabilité: Des responsabilités constitutionnelles aux hases constitutionnelles des droits de la responsabilité* (pp. 115-128). Paris: Montchrestien Lextenso éditions.
- SABOYA, K. (2014). *Ne bis in idem: história, teoria e perspectiva*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.
- SAFIRE, W. (2002). Neuroethics: mapping the field. *The Dana Press*.
- SALADIN, P. (1984). *Verantwortung als Staatsprinzip*. Bern: Paul Haupt.
- SALINAS, H. (2014). *Os limites objetivos do 'ne bis in idem' e a estrutura acusatória no processo penal português*. Lisboa: Universidade Católica Editora.
- SANTOS, B. d. (1945). Ilícito penal administrativo e ilícito criminal. *Revista da Ordem dos Advogados*(n. 1 e 2), 39-59.
- SANTOS, B. d. (2008). *Pela mão de Alice. O Social e o Político na Pós-modernidade* (12. ed.). São Paulo: Cortez editora.
- SCHEDLER, A. (1999). Conceptualizing accountability. In: A. SCHEDLER, L. DIAMOND, & M. F. PLATTNER (Eds.), *The self-restraining state: power and accountability in new democracies* (pp. 13-28). London: lynne Rienner Publishers.
- SCHEUNER, U. (1952). Der Bereich der Regierung. In: *Rechtsprobleme in Staat und Kirche: festschrift für Rudolf Smend zum 70*. Gottingen: Otto Schwartz.
- SCHEUNER, U. (1968). Das repräsentative Prinzip in der modernen Demokratie. In: H. RAUSCH (Ed.), *Politische Repräsentation im modernen Staat der bürgerlichen Demokratie* (pp. 386-418). Darmstadt: WBG.
- SCHEUNER, U. (1970). Verantwortung und Kontrolle in der demokratischen Verfassungsordnung. In: T. R. RITTERSPACH (Ed.), *Festschrift für Gebhard Müller* (pp. 379-402). Tübingen: Mohr Verlag.
- SCHMIDT-ASSMANN, E. (1976). Verwaltungsverantwortung und Verwaltungsgerichtsbarkeit. *VVDStRL*(34), 221-274.
- SCHMITT, C. (1996). Situação intelectual do sistema parlamentar atual. In: C. SCHMITT, *A crise da democracia parlamentar*. São Paulo: Scritta.
- SCHMITT, C. (1996). *Teoría de la constitución*. Madrid: Alianza.
- SCHMITT, C. (2007). *Legalidade e legitimidade*. Belo Horizonte: Del Rey.

- SCHMITT, C. (2007). *O guardião da Constituição*. Belo Horizonte: Del Rey.
- SCHMITTER, P. C. (1999). The Limits of Horizontal Accountability. In: A. SCHEDLER, L. DIAMOND, & M. F. PLATTNER (Eds.), *The self-restraining state: power and accountability in new democracies* (pp. 59-62). London: Lynne Rienner Publishers.
- SCHUMPETER, J. A. (2010). *Capitalism, socialism and democracy*. London and New York: Routledge.
- SCHÜNEMANN, B. (mar.-abr. de 2005). O direito penal é a 'ultima ratio' da proteção de bens jurídicos. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*(n. 53), 9-37.
- SCOTT, C. (2006). Responsabilização no estado regulador. In: P. T. MATTOS (Ed.), *Regulação econômica e democracia: o debate europeu*. São Paulo: Singular.
- SCOTT, C. (2006). Spontaneous Accountability. In: M. DOWDLE (Ed.), *Public Accountability: designs, dilemmas and experiences* (pp. 174-191). Cambridge: Cambridge University Press.
- SÉGUR, P. (1999). Qu'est-ce que la responsabilité politique? *Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger*(n. 6), 1599-1623.
- SERRA-CRISTÓBAL, R. (Jan.-mar. de 2002). Las responsabilidades de un jefe de estado. *Revista de Estudios Políticos*(n. 115), 155-181.
- SHERRINGTON, S. C. (1940). *Man on His Nature*. Harmondsworth: Penguin Books.
- SIEYÈS, E. J. (1990). *Escritos y discursos de la revolución*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- SIEYÈS, E. J. (2002). *Qu'est-ce que le Tiers état?* Paris: Éditions du Boucher.
- SILVA SÁNCHEZ, J. M. (2013). *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais* (3. ed.). (L. O. Rocha, Trad.) São Paulo: Revista dos Tribunais.
- SILVA, G. M. (2009). *Curso de Processo Penal* (4. ed., Vol. III). Lisboa: Verbo.
- SILVA, H. d. (1989). *Lições de Direito Penal*. Lisboa: Edição em ciclostilo.
- SILVA, J. A. (2005). *Curso de direito constitucional positivo* (25. ed.). São Paulo: Malheiros.
- SINGER, W. (2004). Selbsterfahrung und neurobiologische Fremdbeschreibung. *Deutsche Zeitschrift für Philosophie*, LII(8), 235-256.
- SKLAR, R. (1999). Democracy and Constitutionalism. In: A. SCHEDLER, L. DIAMOND, & M. F. PLATTNER (Eds.), *The self-restraining state: power and*

- accountability in new democracies*. London: lynne Rienner Publishers.
- SOARES, R. G. (1955). *Interesse público, legalidade e mérito*. Coimbra: Of. Atlântida.
- SOBOLEWSKY, M. (1968). Politische Repräsentation im modernen Staat der bürgerlichen Demokratie. In: H. RAUSCH (Ed.), *Zur Theorie und Geschichte der Repräsentation und Repräsentativverfassung*. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft.
- SOUSA, M. R. (1988). *O valor jurídico do acto inconstitucional*. Lisboa: Gráfica Portuguesa.
- STEWART, J. D. (1984). The role of information in public accountability. In: *Issues in public sector accounting* (pp. 13-34). Oxford: Philip Allan.
- STIGLITZ, J. (1998). *More Instruments and Broader Goals: Moving Toward the Post-Washington Consensus*. Acesso em 19 de novembro de 2015, disponível em Global Policy Forum: <<https://www.globalpolicy.org/component/content/article/209/43245.html>>
- STOKES, S. C. (set. de 1998). Constituency influence and representation. *Electoral Studies*, 17(n. 3), 351-367.
- STOKES, S. C., PRZEWORSKI, A., & MANIN, B. (1999). Elections and representation. In: S. C. STOKES, A. PRZEWORSKI, & B. MANIN (Eds.), *Democracy, accountability and representation* (pp. 29-54). Cambridge: Cambridge University Press.
- STOKES, S. C., PRZEWORSKI, A., & MANIN, B. (1999). Introduction. In: S. C. STOKES, A. PRZEWORSKI, & B. MANIN (Eds.), *Democracy, accountability and representation* (pp. 1-26). Cambridge: Cambridge University Press.
- STOKES, S. C., PRZEWORSKI, A., & MANIN, B. (1999). What do policy switches tell us about Democracy. In: S. C. STOKES, A. PRZEWORSKI, & B. MANIN (Eds.), *Democracy, accountability and representation* (pp. 98-130). Cambridge: Cambridge University Press.
- STORY, J. (1905). *Commentaries on the Constitution of the United States. Vol. I*. Boston: Little, Brown and Company.
- SUHR, D. (1981). Repräsentation in Staatslehre und Sozialpsychologie. *Der Staat*, 20, 517-538.
- SUNDFELD, C. A. (1993). *Direito administrativo ordenador*. São Paulo: Malheiros.
- TAVARES, J. (2000). *Teoria do injusto Penal*. Belo Horizonte: Del Rey.

- THOMPSON, D. F. (1999). *La ética política y el ejercicio de cargos públicos*. Barcelona: Gedisa.
- TOCQUEVILLE, A. d. (2001). *Da democracia na América*. Cascais: Principia.
- TORÍO LOPEZ, A. (1991). Injusto penal e injusto administrativo. In: *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Prof. Eduardo García de Enterría. Vol. 3*. Madrid: Civitas.
- TOURINHO FILHO, F. d. (1977). *O processo penal. Vol. I*. São Paulo: Editora Jalovi.
- UNIÃO EUROPEIA. (2003). *Governança e Desenvolvimento: Comunicação da Comissão ao Conselho, ao Parlamento Europeu e ao Comité Económico e Social Europeu*. Acesso em 20 de jan. de 2015, disponível em Comissão Europeia: <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2003/PT/1-2003-615-PT-F1-1.Pdf>
- UNITED NATIONS. (jul. de 2009). *What is Good Governance?* Acesso em 1 de jan. de 2014, disponível em Economic and Social Commission for Asia and the Pacific: < www.unescap.org/pdd/prs/ProjectActivities/Ongoing/gg/governance.asp >
- UPPENDAHL, H. (1981). Responsive Demokratie. In: H. UPPENDAHL, & D. THRÄNHARDT, *Alternativen lokaler Demokratie* (pp. 85-111). Königstein: Anton Hain.
- URBANO, M. B. (2003). Responsabilidade política e responsabilidade jurídica: baralhar para governar. *Boletim da Ordem dos Advogados*(27), 38-43.
- URBANO, M. B. (2009). *Representação política e Parlamento: contributo para uma teoria político-constitucional dos principais mecanismos de protecção do mandato parlamentar*. Coimbra: Almedina.
- URBANO, M. B. (2012). Apontamentos esparsos sobre a responsabilidade dos governantes. In: F. de Direito da Universidade de Lisboa (Ed.), *Estudos de homenagem ao Prof. Doutor Jorge Miranda. Vol. II. Direito Constitucional e Justiça Constitucional* (pp. 597-618). Lisboa: Coimbra Editora.
- VANDELLI, L. (2009). Etica pubblica e buona amministrazione: quale ruolo per i controlli. In: C. TUBERTINI (Ed.), *Etica pubblica e buona amministrazione: quale ruolo per i controlli* (pp. 11-26). Milano: FrancoAngeli.
- VASCONCELOS, P. B. (1996). *Teoria geral do controlo jurídico do Poder Público*. Lisboa: Edições Cosmos.
- VERHEY, L. (2009). Introduction. In: *Political accountability and european*

- integration*. Groningen: Europa Law Publishing.
- VILELA, A. M. (2013). *O direito de mera ordenação social: entre a ideia de "recorrência" e a de "erosão" do direito penal clássico*. Coimbra: Editora Coimbra.
- VIRALLY, M. (1952). L'introuvable "acte de gouvernement". *Reveu du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'étranger*(58), 317-358.
- VOGEL, K. (1966). Zur Verantwortlichkeit leitender Organwalter - über einen ungeschriebenen Rechtsgedanken des öffentlichen Rechts. In: *Hamburger Festschrift für Friedrich Schack: zu seinem 80*. Berlin: Metzner.
- WALDRON, J. (2003). *A dignidade da legislação*. (L. C. Borges, Trad.) São Paulo: Martins Fontes.
- WEBER, M. (1922). *Wirtschaft und Gesellschaft*. Tübingen: Paul Siebeck.
- WEBER, M. (1967). A política como vocação [1921]. In: H. H. GERTH (Ed.), *Max Weber: Ensaio de sociologia* (pp. 55-89). Rio de Janeiro: Livros Técnicos e Científicos.
- WEISCHEDEL, W. (1972). *Das Wesen der Verantwortung [1933]* (3. ed.). Frankfurt: Vittorio Klostermann.
- WILLIAMS, S. (1794). *The natural and civil history of Vermont*. Walpole, New Hampshire: Isaiah Thomas and David Carlisle.
- WOLF, E. (1930). Die Stellung der Verwaltungsdelikte im Strafrechtssystem. In: A. HEGLER (Ed.), *Festgabe für Reinhard Frank, Band II* (p. 516 e ss). Tübingen.
- WOODHOUSE, D. (1994). *Ministers and Parliament: Accountability in Theory and Practice*. Oxford: Clarendon Press.
- WOODHOUSE, D. (1997). *In Pursuit of Good Administration: Ministers, Civil Servants and Judges*. Oxford: Clarendon Press Oxford.
- WOODHOUSE, D. (1999). Individual ministerial responsibility and a 'dash of principle'. In: D. B. BUTLER (Ed.), *The law, politics, and the constitution: essays in honour of Geoffrey Marshall*. Oxford: Oxford University Press.
- WOODHOUSE, D. (2002). The Reconstruction of Constitutional Accountability. *Public Law, 1 (Spring)*, 73-90.
- ZAFFARONI, E. R., BATISTA, N., ALAGIA, A., & SLOKAR, A. (2015). *Direito penal brasileiro* (2. tir. 4. ed.). Rio de Janeiro: Revan.

ZANOBINI, G. (1924). *Le sanzioni amministrative*. Turim: Fratelli Bocca.

ZIMBARDO, P. (2015). *O efeito Lúcifer: como pessoas boas se tornam más* (3. ed.).

Rio de Janeiro: Record.