

PARECER

A Consulta

O presente Parecer visa atender consulta formulada pela Coordenação Jurídica da Campanha da Presidente Dilma Roussef à Reeleição relativamente a questões criminais relacionadas aos pedidos de *impeachment* apresentados à Câmara dos Deputados e enunciada nos seguintes termos:

- 1 - **Que acusações fundamentaram os pedidos de *impeachment* arguidos em relação à Presidente da República e qual a natureza jurídica do instituto em questão?**
- 2 - **Que condutas da Presidente estão sendo apontadas como penalmente relevantes para a decisão sobre o pedido de *impeachment*?**
- 3 - **Existe base legal, doutrinária e jurisprudencial, para a criminalização?**

Respondemos¹

1 - **Acusações que estão fundamentando o *Impeachment* e sua natureza jurídica**

O *impeachment* – e sobretudo o de um(a) Presidente da República - é uma medida política gravíssima porque atinge não só quem a sofre mas afeta toda a

¹ Este texto faz uma apresentação seletiva e esquemática de questões que devem ser consideradas no processo de *impeachment* em uma defesa na perspectiva criminal. Reconstrói resumidamente os fatos que estão sendo atribuídos à Presidente da República e as razões jurídicas “mais facilmente identificáveis” para desqualificar a acusação: *ausência de dolo* e atuação em *estado de necessidade*.

composição e ação do Governo, seus Ministérios, Assessorias, Cargos de Confiança de diferentes escalões, Políticas Públicas estabelecidas, relações com os Governos dos Estados da Federação, com Governos Estrangeiros etc.

É, assim, uma medida necessariamente desorganizadora da estabilidade política e institucional, com evidentes reflexos para a economia, o emprego e a renda. Se “o que está em jogo” é a manutenção da ordem social e econômica e a segurança dos investimentos e negócios, como enfatizam os arautos do *impeachment*, a mudança de signo político dos Governos, pela via das eleições, com todos os seus inconvenientes e imprevisibilidades, é sem dúvida a que apresenta melhor custo/benefício ².

Na atualidade, os fatos a partir dos quais as propostas de *impeachment* vêm sendo construídas no país, referem-se, primordialmente, em sua enunciação, a diferentes concepções ou entendimentos sobre conceitos e institutos utilizados no campo da elaboração e da execução orçamentária.

É certo que os artífices do *impeachment*, em suas primeiras aproximações da questão, ensaiaram acusações de outra natureza. À época, as diferentes interpretações relativas ao problema orçamentário não justificavam, como ainda não justificam, o *impeachment*. Associaram, então, condutas da Presidente à improbidade na administração.

Invocaram, naquele momento, os itens 3 e 7 do art. 9º da Lei nº 1.079/50, afirmando que a Presidente não tornara objetiva a responsabilidade de seus

² Não é por outra razão que os principais representantes do empresariado nacional, incluindo os da área financeira, confederações da indústria e do comércio, as principais centrais sindicais afirmaram não querer o *impeachment*.

subordinados, quando manifesta em delitos funcionais e não procedera de modo compatível com a dignidade, a honra e o decoro do cargo.

As acusações de que praticara deliberadamente estas condutas não se tornaram críveis na oportunidade. Acusaram, então, a Presidente de realizá-las culposamente, ou seja, de não haver adotado os cuidados devidos na gestão do problema. A Presidente fora, então, negligente, imprudente, incompetente.

Exposta assim a acusação, ela não funcionou. Foi até desmentida pelos operadores jurídicos que se associaram, posteriormente, à construção do “experimento”.

Visualizou-se, por isso, a possibilidade de transformar em crimes de responsabilidade da Presidente o uso divergente de conceitos e interpretações sobre matéria orçamentária, concretizados em ações e decisões governamentais, a partir do momento em que o Tribunal de Contas da União-TCU rejeitou a prestação de contas do Governo. Os instrumentos em que as acusações contra o Governo apareceram inscritas foram inicialmente o Parecer/denúncia do Ministério Público, que atuou sobre a questão junto ao TCU, e o Relatório feito por auditores da instituição a seu respeito.

Quanto às normas jurídicas adotadas para enquadrar estas acusações, como se antecipou, são as que tratam dos crimes de responsabilidade do Presidente da República, no plano constitucional e infraconstitucional, neste caso a Lei nº 1.079/1950.

Como se sabe há poucos estudos sistemáticos sobre a Lei nº 1.079/1950 e algumas críticas impiedosas sobre a confusão e vagueza de seus conceitos. É nela, entretanto, e não no Código Penal, na Lei da Responsabilidade Fiscal-

LRF ou na Lei da Improbidade Administrativa que vamos encontrar tipificados os crimes de responsabilidade atribuíveis à Presidente da República.

Relativamente à norma constitucional que estabelece, genericamente, os fatos correspondentes como crimes, isto é, o artigo 85, seus incisos, e o parágrafo único da Constituição Federal, trata-se de norma de eficácia limitada, sendo integrada pela mencionada Lei nº 1.079/1950. Aliás, é o que dispõe o próprio parágrafo único do artigo 85 ao dizer *que estes crimes serão definidos em lei especial*.

A despeito de o *impeachment* ocorrer mediante um processo político-administrativo, que se desenvolve na Câmara dos Deputados e no Senado, ser punido com a perda do mandato e a suspensão dos direitos políticos por 8 anos – ou seja, nele não se recorre às sanções típicas do direito penal, que são a privação da liberdade, a multa e, modernamente, as penas restritivas de direitos – o legislador quis tipificar a matéria como crime. Deste modo, seu procedimento tem regras precisas, que devem ser cumpridas e, principalmente, os fatos são caracterizados como crimes a partir dos conceitos e das garantias criados no âmbito do Direito Penal e de sua doutrina ou dogmática.

Certamente os parlamentares que deliberarão sobre o processo de *impeachment* não necessitam utilizar em suas intervenções uma precisa argumentação jurídico-criminal. Entretanto, os conceitos gerais e específicos, balizadores da definição dos crimes atribuídos à Presidente não poderão ser ignorados no acolhimento de um processo de *impeachment*, e de seu desdobramento na Câmara e no Senado. A denúncia só deverá ser admitida se tiver justa causa, segundo ensinam nossa doutrina e jurisprudência³. E justa causa, no direito

³ *Impeachment* do presidente da República: apresentação da denúncia à Câmara dos Deputados: competência do presidente desta para o exame liminar da idoneidade da denúncia popular, 'que não se reduz à verificação

penal, como sabemos, é materialidade e autoria criminosas. Deste modo, materialidade criminosa exige a materialidade em um fato típico, antijurídico e culpável. É com esta fundamentação, que os pedidos devem ser apresentados e avaliados.

Estamos, assim, a dizer que, entre outras questões, os fatos atribuídos à Presidente devem ser considerados indagando-se se são típicos, antijurídicos e culpáveis. Os crimes de responsabilidade da Presidente da República têm uma natureza híbrida – política, administrativa e criminal – onde esta última dimensão, com as suas respectivas garantias, não pode ser desconhecida e negada.

2 - Condutas da Presidente que estão sendo Criminalizadas

A despeito de a cruzada pelo impedimento da Presidente da República adotar a estratégia do “*se colar, colou*” os fatos mais divulgados e associados a normas constitucionais e correspondentes tipos da legislação infraconstitucional, que pune os crimes de responsabilidade de agentes públicos, são as designadas pedaladas fiscais, e a criação de créditos suplementares, mediante decretos irregulares e incompatíveis com a meta do resultado primário adotado.

Por pedaladas fiscais tem-se entendido (a despeito da contestação governamental) práticas do Tesouro Nacional, por meio das quais o Governo atrasa, deliberadamente, repasses de recursos a bancos públicos, privados e autarquias – como a CEF, o BB, o BNDES, o INSS – e depois não as inscreve na prestação de contas como empréstimos tomados àquelas

das formalidades extrínsecas e da legitimidade de denunciante e denunciado, mas se pode estender (...) à rejeição imediata da acusação patentemente inepta ou despida de justa causa, sujeitando-se ao controle do Plenário da Casa, mediante recurso (...). MS 20.941-DF, Sepúlveda Pertence, DJ de 31-8-1992." (MS 23.885, rel. min. Carlos Velloso, julgamento em 28-8-2002, Plenário, DJ de 20-9-2002.) Vide: MS 30.672-AgR, rel. min. Ricardo Lewandowski, julgamento em 15-9-2011, Plenário, DJE de 18-10-2011.

instituições. Neste sentido, estas práticas não foram registradas no rol dos passivos da União na Dívida Líquida do Setor Público. Melhorava-se, assim, sem fundamento justificável, o resultado das contas públicas. Estas práticas do Governo apoiavam-se em seu entendimento de que não se encontrava realizando operações de crédito.

Em diferentes programas sociais sob execução – Bolsa Família, Minha Casa Minha Vida, Seguro Desemprego, Abono Salarial – ou frente a subsídios – como são as equalizações de taxa de juros no Programa de Sustentação do Investimento - PSI o Governo entendia que, ainda quando fazia repasses atrasados às instituições operadoras dos mencionados programas, não estava fazendo uma operação de crédito, ou um empréstimo proibido pelas normas orçamentárias, mas operações enquadráveis em outras normas e conceitos.

Três (3) exemplos em que se confrontam distintas interpretações

1º) O caso mais destacado como configurador da pedalada fiscal – aquele em que o Ministério Público que atuou junto ao Tribunal de Contas da União identificou crime de responsabilidade fiscal - refere-se a pagamentos feitos pela Caixa Econômica Federal.

Neste caso o Governo/AGU entende que existe um Contrato de Prestação de Serviços com a CEF, o qual assegura que a Caixa realize um conjunto de serviços para a União relacionados ao pagamento de benefícios sociais (seguro desemprego, abono salarial etc). Para fazê-lo adequadamente o contrato prevê uma “conta suprimimento”, que sendo positiva remunera o Governo, e sendo negativa remunera a Caixa. Constata-se que na hipótese há incidência de juros, mas seguindo o estabelecido pelo Código Civil, o Governo considera que a situação subsume-se a uma prestação de serviços, regulada por um contrato

correspondente. O TCU, diversamente, entende que há na hipótese uma operação de crédito, a qual associa variadas consequências.

2º) Outro caso que o Governo considera não haver uma operação de crédito é o da Equalização de Taxa de Juros, que ocorre, por exemplo, no Programa de Sustentação de Investimentos – PSI/BNDES. Na hipótese, a equalização é um subsídio do Governo ao tomador de um empréstimo. Enquanto o empréstimo se realiza o Governo “cobre” a diferença dos juros que o tomador paga e o verdadeiro custo da linha de crédito para o Banco. Segundo a legislação bancária adotada pelo Governo a metodologia de pagamento de equalizações de taxa de juros não constitui operação de crédito. O TCU entende, contudo, em oposição ao Governo, que aqui há uma operação de crédito.

3º) Também no Adiantamento do FGTS para Execução do Programa Minha Casa Minha Vida (MCMV) há divergência entre o Governo e o TCU. A propósito a Lei nº 11.977/2009 autoriza que os valores das subvenções da Faixa 2 do MCMV, devidos pela União, sejam cobertos por recursos do FGTS. O uso do FGTS é, contudo, apenas uma forma de operacionalizar o programa. O ressarcimento posterior que lhe é feito não muda a natureza da despesa de subvenção aos beneficiários do programa. Segundo o Governo não há operação de crédito e, portanto, inexistente irregularidade na execução orçamentária. O TCU entende, entretanto, que o adiantamento do FGTS é uma operação de crédito e assim deveria ser contabilizada no orçamento.

Relativamente a como estas operações vão aparecer na prestação de contas do Governo e, assim, influenciar na relação entre Dívida Líquida do Setor Público e Resultado Primário (BB, BNDES, FGTS), desde o ano 2000 o Governo vem informando nas mensagens de encaminhamento das Leis Orçamentárias Anuais que seu resultado será apurado com a metodologia

adotada pelo Banco Central, a partir de 1991. Isto porque até hoje o Senado Federal não editou a norma prevista pela Lei de Responsabilidade Fiscal, promulgada naquele mesmo ano 2000, determinando a metodologia a ser seguida.

As operações que foram questionadas pelo TCU nunca foram consideradas e inscritas na Dívida Líquida do Setor Público, nem no resultado primário, porque o Governo entendia que não constituíam operações de crédito. Em todos estes casos, insista-se, o Governo atuou levando em conta precedentes de admissão das mesmas práticas pelo TCU, conforme demonstrou na defesa feita pela AGU.

De todo modo, a partir das divergências expostas, e com referência às *pedaladas fiscais*, os artífices do *impeachment* passaram a entender que a Presidente praticou os crimes previstos nos artigos 10, itens 6, 7, 8, e 9 da Lei nº 1.079/1950, com o respaldo do art. 85, item VI, da Constituição Federal e do art. 4º, item VI, da mesma Lei nº 1.079/1950.⁴

⁴ **Constituição Federal**

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

.....
VI - a lei orçamentária;

Lei 1.079/1950

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

.....
VI - A lei orçamentária;

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

.....
6) ordenar ou autorizar a abertura de crédito em desacordo com os limites estabelecidos pelo Senado Federal, sem fundamento na lei orçamentária ou na de crédito adicional ou com inobservância de prescrição legal; (Incluído pela Lei nº 10.028, de 2000)

7) deixar de promover ou de ordenar na forma da lei, o cancelamento, a amortização ou a constituição de reserva para anular os efeitos de operação de crédito realizada com inobservância de limite, condição ou montante estabelecido em lei; (Incluído pela Lei nº 10.028, de 2000)

O segundo conjunto de condutas especialmente enfocadas pelos defensores do *impeachment* refere-se à abertura de créditos suplementares, entre novembro e dezembro de 2014, que teriam sido repetidos em 2015, mediante decretos irregulares, incompatíveis com a obtenção da meta de resultado primário então vigente, em desacordo com a Lei Orçamentária Anual - LOA de 2014, com a Constituição Federal e com a Lei de Responsabilidade Fiscal - LRF.

As condutas mencionadas referem-se a situações em que o Governo Federal identificou drástica redução do ritmo de crescimento da economia brasileira, que afetou as receitas orçamentárias. Precisou, por isso, garantir espaço fiscal adicional para despesas obrigatórias e investimentos prioritários.

Constatando que não poderia realizar a meta de superávit primário, consolidado na Lei de Diretrizes Orçamentárias - LDO, o Governo propôs a revisão da meta fiscal originalmente definida. Esta revisão foi viabilizada mediante Projeto de Lei - PLN, enviado ao Congresso Nacional, designadamente à Comissão Mista de Planos, Orçamentos Públicos e Fiscalização—CMO. Aprovados estes projetos em 2014 e 2015, e baseando-se em antecedentes no âmbito do TCU, ocorridos em 2002 e 2009, o Governo, sem fazer contingenciamento de despesas, autorizou a abertura de créditos suplementares.

8) deixar de promover ou de ordenar a liquidação integral de operação de crédito por antecipação de receita orçamentária, inclusive os respectivos juros e demais encargos, até o encerramento do exercício financeiro; (Incluído pela Lei nº 10.028, de 2000)

9) ordenar ou autorizar, em desacordo com a lei, a realização de operação de crédito com qualquer um dos demais entes da Federação, inclusive suas entidades da administração indireta, ainda que na forma de novação, refinanciamento ou postergação de dívida contraída anteriormente; (Incluído pela Lei nº 10.028, de 2000).

Em relação a 2014 o TCU questionou a ausência de contingenciamento de despesas discricionárias da União no montante de pelo menos vinte e oito milhões e meio de reais, no mês de novembro de 2014.

Sabendo que a meta do superávit primário precisaria ser reduzida em dezembro, pois houve grande queda da atividade econômica, o Governo considerou que o anúncio de mudanças bruscas na política fiscal teria um impacto negativo sobre as atividades econômicas. O TCU, contudo, entendeu que deveria ter havido contingenciamento no final de novembro, e que a decisão poderia ser revertida duas semanas depois.

Explicitando a situação em que o Governo se encontrava frente à necessidade do país a Mensagem ao Congresso do PLN 05, de 2015, afirma:

“De outro lado, há limitado espaço para medidas de limitação de empenho e de movimentação financeira, sem que se ocasione acentuado prejuízo à continuidade de inúmeras ações essenciais em curso, cujo sobrestamento, em uma análise de custo-benefício, implicaria maiores consequências para a sociedade”.

Sendo assim e tendo em vista os antecedentes a que nos referimos, o Governo, outra vez, e ainda antes do julgamento de suas contas pelo TCU, autorizou créditos suplementares.

Por estes fatos os defensores do *impeachment* consideraram que houve infringência da Lei nº 1.079/1950, art. 10, incisos 4 e 6 e art. 11, incisos 2 e 3, com o respaldo constitucional antes mencionado.⁵

⁵ “Art. 10. São crimes de Responsabilidade contra a lei orçamentária:

4) Infringir, patentemente, e de qualquer modo, dispositivo da lei orçamentária;

.....

6) Ordenar ou autorizar a abertura de crédito em desacordo com os limites estabelecidos pelo Senado Federal, sem fundamento na lei orçamentária ou na de crédito adicional ou com inobservância de prescrição legal”

Em decisão anunciada no dia 02 do mês de dezembro em curso, o Presidente da Câmara dos Deputados, Sr. Eduardo Cunha, avaliando a última denúncia apresentada pelos operadores do direito Hélio Ferreira Bicudo, Miguel Reale Júnior e Janáina Conceição Paschoal, contra a Presidente Dilma Roussef, entendeu que a mesma merecia admissão. Contudo, considerou que a denúncia só atendia os requisitos de admissibilidade em relação às acusações referentes à abertura de créditos suplementares, apresentados em desacordo com a Lei de Diretrizes Orçamentárias - LDO, sem autorização do Congresso e configurados por 6 Decretos, assinados pela Presidente da República no exercício financeiro de 2015. Estes fatos segundo a Decisão conformar-se-iam aos “*tipos penais previstos nos itens 4 e 6 do art. 10 da Lei nº 1079/50...*” (Decisão da Presidência fl.17).

Timidamente a Decisão afirma que também são relevantes as alegações da denúncia enfocada, relativamente às chamadas pedaladas fiscais, no ano de 2015. Segundo a Decisão merecem aprofundamento as decisões que levaram o Governo a adotar esta prática. Entretanto, não as relaciona com qualquer artigo da Lei nº 1.079/50, tornando a acusação inconsistente por ausência de enquadramento legal.

3 - Não existe base para a criminalização da Presidente: Ausência de Tipicidade Subjetiva e Estado de Necessidade

Os fatos atribuídos à Presidente, como afirmamos, para serem considerados criminosos precisam ser típicos, antijurídicos e culpáveis. E esta tipicidade, além de objetiva, isto é, estar descrita na respectiva norma penal há de ser,

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

1 -

2 - Abrir crédito sem fundamento em lei ou sem as formalidades legais;

3 - Contrair empréstimo, emitir moeda corrente ou apólices, ou efetuar operação de crédito sem autorização legal;”

também, subjetiva. Isto quer dizer que a conduta típica, além de prevista no texto da lei, deve estar orientada pelo dolo, ou ser praticada com culpa em sentido estrito, modalidades da tipicidade subjetiva. Além disso, para a realização do ilícito penal, a conduta punível não pode estar vinculada a qualquer causa de exclusão de antijuridicidade - estado de necessidade, por exemplo - ou também da culpabilidade.

Ao realizarmos uma aproximação inicial do problema, duas questões avultam, desde logo, como as mais evidentes, isto é, aquelas que, de plano, podem ser reconhecidas no âmbito do direito penal, como aptas a descaracterizar o caráter criminoso das condutas da Presidente: a ausência de tipicidade subjetiva e a da antijuridicidade dos fatos, por causa que a exclui.

Os que acompanham a discussão sobre o mundo do crime sabem que a gramática utilizada pelos operadores da lei penal chama-se *dogmática penal*. E no campo da dogmática, insista-se, um fato só é reconhecido como crime quando é *típico, antijurídico e culpável*.

Considerando o caráter introdutório deste texto não vamos discutir em seus limites o significado de todos os conceitos da dogmática envolvidos na definição de um crime. Aqui destacaremos, apenas, os conceitos mais expressivos para a compreensão de que não houve prática de fato criminoso. Enfocaremos, assim, em primeiro lugar, o campo da tipicidade subjetiva.

Mencionando a tipicidade subjetiva queremos nos referir a dois conceitos sem os quais ações ou resultados aparentemente criminosos não são puníveis: o dolo e a culpa *stricto sensu*. Relativamente à culpa não a analisaremos, tendo em vista que os crimes de responsabilidade, imputados à Presidente, não são puníveis a título de culpa. Crimes culposos precisam fazer referência expressa a esta modalidade, o que não acontece com os tipos invocados.

Quanto ao dolo, há diferentes teorias para conceituá-lo. Não é o caso de discuti-las neste texto. De todo modo o que é fundamental captar sobre o conceito é que o dolo exige consciência e vontade de realizar os elementos do tipo. Para ser atribuído a alguém é necessário uma análise concreta do tipo que se imputa e um reconhecimento (uma avaliação de quem analisa ou julga) de que o sujeito acusado estava entendendo e querendo que ocorressem seus elementos constitutivos. Em relação, por exemplo, ao tipo abaixo transcrito, e antes citado

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

.....

6) ordenar ou autorizar a abertura de crédito em desacordo com os limites estabelecidos pelo Senado Federal, sem fundamento na lei orçamentária ou na de crédito adicional ou com inobservância de prescrição legal; (Incluído pela Lei nº 10.028, de 2000)

seria necessário comprovar que a Presidente entendia estar autorizando uma operação de crédito contrária ao que estabelece o tipo citado e querendo autorizar uma operação proibida. Se a Presidente entendia que atuava nos limites do que podia fazer, pois o TCU vinha acolhendo a operação sem criminalizá-la, porque o TCU admitira fatos correspondentes em anos anteriores, não se pode atribuir à Presidente a prática de ação dolosa. Note-se que a Presidente deveria ter consciência e vontade de fazer a operação proibida ao tempo em que a ordenou ou autorizou, e não depois de esta haver ocorrido, ou após a decisão do TCU, quando ficou claro o novo entendimento adotado por seus Ministros acerca da questão.

Quanto à relevância que os julgadores atribuem à questão do dolo ela é incontestável. É certo que não temos precedentes significativos sobre a matéria em casos de crime de responsabilidade de Presidente da República, dada a escassa ocorrência destes eventos em nossa História. Examinando, contudo, a questão do dolo em crimes de responsabilidade de Prefeitos no

país podemos ter uma ideia de como nossos Tribunais Superiores e, especialmente, o Supremo Tribunal Federal avalia a questão. Vejam-se a respeito os seguintes julgados:

“AÇÃO PENAL. DEPUTADO FEDERAL QUE RESPONDE A SUPOSTO CRIME COMETIDO NA ÉPOCA EM QUE ERA PREFEITO. PROCESSO PENAL QUE TEVE SEU TRÂMITE PERANTE O TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL E PELO JUÍZO DA 1ª VARA CRIMINAL DA COMARCA DE SANTA CRUZ DO SUL. PREFEITO ELEITO DEPUTADO FEDERAL. VALIDAÇÃO PELO RELATOR DA AÇÃO PENAL DOS ATOS PRATICADOS PERANTE OS JUÍZOS INCOMPETENTES. PRECEDENTES DA CORTE. IMPUTAÇÃO DE CRIMES PREVISTOS NOS INCISOS I E II DO ARTIGO 1º DO DECRETO-LEI 201/67. CRIMES DE PECULATO DE USO. ACUSAÇÃO DE USO INDEVIDO DE LINHA TELEFÔNICA INSTALADA NA RESIDÊNCIA DO PAI DO RÉU. AUSÊNCIA DA DEMONSTRAÇÃO DO DOLO DE AGIR DO RÉU. ABSOLVIÇÃO. APLICAÇÃO DO ARTIGO 386, VII DO CPP. 1- Os delitos previstos nos incisos I e II do DL 201/67 reclamam como elemento subjetivo do tipo, o dolo, cuja ausência implica a conjuração da pretensão punitiva (Precedentes). 2 - *In casu*, instalação de linhas telefônicas em comunidades rurais no Rio Grande do Sul em residências particulares para uso público era medida adotada pela Prefeitura para amenizar o problema de comunicação na região, desde 1986. 3 - Dinâmica

narrada nos autos que demonstra a possibilidade de cobrança dos valores gastos individualmente de cada usuário do telefone público instalado nas residências particulares. Ausência do pagamento do telefone da residência do pai do Prefeito que, por si só, não demonstra o dolo de uso pessoal de bem público. 4 - Sob o ângulo prático, forçoso destacar que: a) O telefone instalado no Armazém do pai do Prefeito - servia também de sua residência - desde 1986 e que teve alteração de linha em 1997. b) O denunciante narra que ao telefonar para o referido número para comprovar o uso particular de bem público foi atendido com a identificação do Armazém de propriedade do pai do denunciado. 5 - O dolo de agir, *in casu*, consiste na intenção consciente de usar o bem público para proveito particular. Ausência de provas do elemento subjetivo porquanto o telefone que havia sido instalado em 1986 teve a sua linha trocada em 1997, sendo certo que as ligações indevidas não podem ser imputadas diretamente ao réu ou algum familiar seu e com a sua ciência. 6 - A competência *rationae personae* não invalida o processo nas hipóteses em que o juízo competente, ao assumir os autos, ainda inconclusos, ratifica todos os atos praticados (cf. HC 101-814-PE e INQ 2245/MG) 7 - Aplicação do disposto no artigo 386, VII do CPP ante a ausência de provas quanto ao dolo de agir do réu. Dúvida que deve sempre favorecer o réu. Improcedência da ação penal” (STF, AP 416, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 08/03/2012, Acórdão Eletrônico DJe-118-15/06/2012; Data de Publicação: 18/06/2012) – grifos nossos.

“PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO DO MP - PREFEITO - CRIME DE RESPONSABILIDADE - AUSÊNCIA DE DOLO - ARQUIVAMENTO PROPOSTO PELA PROCURADORIA GERAL DE JUSTIÇA - Ocorrência: O crime de responsabilidade exige o dolo do agente. Ausente referido elemento subjetivo, a conduta torna-se atípica. Pedido de arquivamento homologado” (TJ-SP - Procedimento Investigatório do MP 990103214013 SP, Data de Publicação: 16/09/2010) - grifos nossos.

Quanto à segunda questão, ou seja, a licitude da conduta, em razão da ocorrência de causa que exclui a antijuridicidade, recorde-se que toda ilicitude no campo penal corresponde à ausência de justificação legal para a prática de uma ação típica.

Em outras palavras: como a ilicitude é a relação de contrariedade entre um fato e o ordenamento jurídico, concebido como um todo, ela não existe quando ocorre uma causa de justificação para a ação. O artigo 23 de nosso Código Penal prevê quatro excludentes de ilicitude: a legítima defesa, o estado de necessidade, o estrito cumprimento do dever legal e o exercício regular de um direito.

No presente caso a excludente que se destaca no sentido de tornar lícitas condutas apontadas como crimes de responsabilidade da Presidente da República é o estado de necessidade. Esta excludente, prevista no artigo 24 do código mencionado, possui os seguintes requisitos: a existência de um perigo atual e inevitável, justificando a ação necessária; que o perigo não haja sido provocado pelo agente e que ele não tenha o dever legal de enfrentá-lo; que

não seja exigível o sacrifício do bem ameaçado; que a situação evidencie a ameaça de direito próprio ou alheio.

Nas condutas relativas à abertura de créditos suplementares, mediante decretos irregulares, incompatíveis com a obtenção da meta de resultado primário então vigente a pertinência de invocar-se este tipo de excludente é clara. Aliás, ela é expressamente declarada no texto de mensagem anteriormente citada. Isto ocorre ao afirmar-se:

“De outro lado, há limitado espaço para medidas de limitação de empenho e de movimentação financeira, sem que se ocasione acentuado prejuízo à continuidade de inúmeras ações essenciais em curso, cujo sobrestamento, em uma análise de custo-benefício, implicaria maiores consequências para a sociedade” (Mensagem ao Congresso do PLN 05, de 2015, grifos nossos).

Neste caso, como em outros semelhantes, existe a enunciação de um perigo atual e inevitável, isto é, a descontinuação de ações essenciais em curso, sendo o perigo provocado pela crise econômica que atingiu o país, e por seu impacto nos investimentos e na arrecadação. Na oportunidade, não se revelava exigível o sobrestamento das ações mencionadas, as quais se fossem suspensas implicariam em nefastas consequências para a sociedade ou, especificamente, para terceiros.

Também neste caso não temos precedentes jurisprudenciais que invoquem o estado de necessidade em crimes de responsabilidade de Presidente da República. Visando uma aproximação da questão é possível ver o uso do conceito em outros crimes, como o citado abaixo, ou em crimes de apropriação de contribuição previdenciária. Note-se, entretanto, que nestes últimos crimes, em sua maioria, os julgadores têm preferido invocar em vez

do estado de necessidade a situação de necessidade, que exclui a culpabilidade por inexigibilidade de outra conduta do agente, nas circunstâncias dadas.

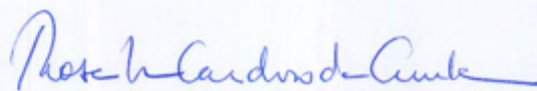
“PROCESSO CRIME. COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA. PREFEITO MUNICIPAL. ASSUNÇÃO DE OBRIGAÇÃO NO ÚLTIMO ANO DE MANDATO (ART. 359-C DO CP). PRETENSO ACOLHIMENTO DE TESE PRELIMINAR LEVANTADA APENAS NA SUSTENTAÇÃO ORAL EM PLENÁRIO. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE. MATÉRIA NÃO ARTICULADA ANTERIORMENTE. PRECEDENTES DESTA CORTE. NÃO CONHECIMENTO. MÉRITO. MATERIALIDADE E AUTORIA DELÍTIVAS EVIDENCIADAS. DECRETAÇÃO DE SITUAÇÃO DE EMERGÊNCIA POR CATÁSTROFES OCORRIDAS POR FORÇA DA NATUREZA. NECESSIDADE IMEDIATA DE CONCESSÃO DE SUBSÍDIOS À POPULAÇÃO. ESTADO DE NECESSIDADE E ESTRITO CUMPRIMENTO DO DEVER LEGAL DEVIDAMENTE DEMONSTRADOS. EXCLUDENTE DE ANTIJURIDICIDADE IMPERATIVA. ABSOLVIÇÃO. EXEGESE DO ART. 386, VI, DO CPP C/C ARTS. 23, I E III E 24, CAPUT, AMBOS DO CP. DENÚNCIA JULGADA IMPROCEDENTE. Inviável a condenação do acusado no delito previsto no art. 359-C do CP quando em benefício da coletividade, afetada por uma catástrofe da natureza, causa prejuízos as finanças públicas, pois ainda que haja tipicidade na conduta do agente, vê-se que agiu em busca do interesse público, comportamento

imprescindível para aquele que exerce o cargo de chefe da administração pública municipal. Exclusão de responsabilidade: Alerta Misabel Abreu Machado Derzi, tratando da norma limitadora da contratação de obrigação nos últimos quadrimestres do mandato (art. 42, LRF), que o dispositivo, não obstante, não atinge as novas despesas contraídas no primeiro quadrimestre do último ano do mandato, ainda que de duração continuada superior ao exercício financeiro. Também não deverá alcançar outras despesas contraídas no final do exercício para socorrer calamidade pública ou extraordinárias para atender a urgências necessárias (Comentários à lei de responsabilidade fiscal, p. 310). É preciso acrescentar, ainda, ser possível aplicar ao contexto dos crimes previstos neste capítulo as regras gerais de exclusão da ilicitude ou da culpabilidade. **Assim, pode ocorrer hipótese de estado de necessidade ou mesmo de inexigibilidade de conduta diversa, a justificar gasto realizado ao arrepio da Lei de Responsabilidade Fiscal.** A situação, embora típica, não será considerada penalmente ilícita ou culpável, conforme o caso (NUCCI, Guilherme de Souza, Código Penal Comentado, 9 ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 1192)” (TJ-SC - PC: 62351 SC 2009.006235-1, Relator: Marli Mosimann Vargas, Data de Julgamento: 20/10/2009, Primeira Câmara Criminal, Data de Publicação: Processo Crime n. , de Catanduvas) – grifos nossos.



Pelas razões expostas, concluímos que a base legal do pedido de *impeachment* da Presidente, analisado à luz de nossa doutrina e jurisprudência penais, não tem consistência.

Rio de Janeiro, 03 de dezembro de 2015.



Rosa Maria Cardoso da Cunha

OAB/RJ 643