

FUNDAÇÃO DE ENSINO “EURÍPIDES SOARES DA ROCHA”
CENTRO UNIVERSITÁRIO EURÍPIDES DE MARÍLIA – UNIVEM
MESTRADO EM TEORIA DO DIREITO E DO ESTADO

JOSÉ ANTONIO GOMES IGNACIO JUNIOR

**INFRAÇÕES POLÍTICO-ADMINISTRATIVAS DOS PREFEITOS:
COMPETÊNCIA LEGISLATIVA**

MARÍLIA
2013

JOSÉ ANTONIO GOMES IGNACIO JUNIOR

INFRAÇÕES POLÍTICO-ADMINISTRATIVAS DOS PREFEITOS:
COMPETÊNCIA LEGISLATIVA

Trabalho de Curso apresentado ao Curso de
Mestrado da Fundação de Ensino
“Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do
Centro Universitário Eurípides de Marília –
UNIVEM, como requisito parcial para
obtenção do grau de Mestre em Teoria do Direito e do Estado

Orientador:
Prof. Dr. LUIZ HENRIQUE BARBANTE FRANZÉ

MARÍLIA
2013

Ignácio Junior, José Antonio Gomes

Infrações Político-Administrativas dos Prefeitos: Competência legislativa/José Antonio Gomes Ignácio Junior; orientador: Luiz Henrique Barbante Franzé. Marília, SP: [s.n.], 2013.

93 f.

Trabalho de Curso de Mestrado em Teoria do Direito e do Estado, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, mantenedora do Centro Universitário Eurípides de Marília –UNIVEM, linha de pesquisa: crítica aos fundamentos da dogmática jurídica, Marília, 2013.

1. Competência legislativa 2. Município 3. Infrações político-administrativas.

CDD: 341.25

JOSÉ ANTONIO GOMES IGNACIO JUNIOR

INFRAÇÕES POLÍTICO-ADMINISTRATIVAS DOS PREFEITOS:
COMPETÊNCIA LEGISLATIVA

Banca Examinadora da dissertação apresentada ao Curso de Mestrado em Direito do UNIVEM/F.E.E.S.R., para obtenção do Título de Mestre em Direito.

Resultado:

ORIENTADOR: _____
Prof. Dr. Luiz Henrique Barbante Franzé

1º EXAMINADOR: _____
Prof. Dr. Jairo José Gênova

2º EXAMINADOR: _____
Prof. Dr. Renato Bernardi

Marília, ____ de _____ de 2013.

A meus queridos pais, José (*in memoriam*) e Therezinha, que além da vida, me deram exemplo de honradez.

AGRADECIMENTOS

Ao Professor Dr. Renato Bernardi, pela orientação e amizade;

Aos professores do UNIVEM, que tiveram a generosidade de dividir fraternalmente seus conhecimentos;

Às funcionárias da secretaria do mestrado, Taciana e Leninha, pelo carinho e atenção com que recebem a todos;

E aos meus colegas de labuta, Celso Jéferson Messias Paganelli e Alexandre Gazetta Simões, que sem o companheirismo e estímulo, certamente essa jornada não seria tão gratificante.

"O ignorante afirma, o sábio duvida, o sensato reflete."

(Aristóteles)

IGNACIO JUNIOR, José Antonio Gomes. **Infrações político-administrativas dos prefeitos. Competência legislativa.** 2012. 93 f. Trabalho do Curso de Mestrado em Direito– Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2013.

RESUMO

O presente trabalho tem como objetivo a análise do atual sistema constitucional das competências legislativas, pinçando aquelas ligadas às chamadas infrações político-administrativas dos Prefeitos, na busca do legitimado para editar normas sobre o tema. Considerando que os efeitos da subsunção atingem diretamente os direitos políticos passivos, resvalando em um direito fundamental, a matéria apresenta-se como de interesse federal, não afeto ao Município. A abordagem do sistema federativo adotado pelo Brasil, bem como da divisão de competências entre os entes que o compõe, leva diretamente à conclusão que o legitimado para legislar sobre tais direitos, quer como causa ou efeito, é a União. Para tal finalização, de modos a excluir a competência do Município, basta à observação da forma de integração do mesmo à Federação, que é vista através de variadas opiniões, sendo comum a conclusão que as limitações legislativas, lhe autorizam a somente disciplinar situações de interesse local, mostrando-se hialino, que o legislador constituinte, ao restringir as matérias de sua alçada, o agregou formal, mas não materialmente a esse sistema. Além das limitações impostas pelo sistema federal, a natureza jurídica das infrações político-administrativas, que difere da responsabilização civil ou penal do Prefeito, retira completamente a possibilidade do Município editar normas a respeito. A fim de não buscar uma posição única, de rigor a citação de opiniões doutrinárias e jurisprudenciais que entendem ser a prerrogativa de editar tais normas, exclusiva da União, e também daquelas que entendem ser do Município. Ambas as correntes são revestidas de bom suporte jurídico e respeitáveis fundamentações, porém a conclusão final deságua em uma delas, que se aflora a mais próxima da objetividade jurídica do ordenamento constitucional, ou seja, somente a União pode editar normas sobre direitos políticos e ilícitos criminais. Em arremate, reconhecendo que a competência legislativa é exclusiva da União, é analisada a recepção do Decreto Lei 201/67 pelo atual ordenamento constitucional, descortinando inúmeras correntes que permeiam o tema, mostrando-se claro, que há necessidade da edição de outra norma, mais atual e afinada com os direitos fundamentais positivados em nossa Constituição federal. A linha de pesquisa é a construção do saber jurídico.

Palavras-chave: Prefeito; Infrações; Político-administrativas; Competência; Federação; Município.

IGNACIO JUNIOR, José Antonio Gomes. **Infrações político-administrativas dos prefeitos. Competência legislativa.** 2012. 93 f. Trabalho do Curso de Mestrado em Direito– Centro Universitário Eurípides de Marília, Fundação de Ensino “Eurípides Soares da Rocha”, Marília, 2013.

ABSTRACT

This study aims to analyze the current system of constitutional legislative powers, pinching those linked to the political-administrative infractions called Mayors in pursuit of legitimate standards for editing on the topic. Whereas the effects of subsumption directly affect political rights liabilities, slipping on a fundamental right, the material is presented as the federal interest, not affect the municipality. The approach of the federal system adopted by Brazil, as well as the division of powers between the entities that compose it leads directly to the conclusion that legitimized to legislate such rights, either as cause or effect, is the Union. To this end, the ways to exclude the jurisdiction of the municipality, just to observe the way of its integration to the Federation, which is seen through varied opinions, and the common conclusion that the legislative limitations, you authorize disciplinary situations only of local interest, showing up hyaline, the constituent legislator, by restricting the subjects of its jurisdiction, the added formal, but not materially to that system. In addition to the limitations imposed by the federal system, the legal nature of the political-administrative infractions, which differs from civil or criminal liability of the Mayor, completely removes the possibility of enacting municipality about. In order to not seek a unique position of rigor citation of doctrinal and jurisprudential opinions they consider to be the prerogative to edit these rules, exclusive of the Union, and also be those who understand the city. Both chains are lined with good support legal reasoning and respectable, but the final conclusion flows into one, which touches on the nearest legal objectivity of the constitutional order, ie, only the Union may edit rules on political rights. In tailpiece, recognizing that legislative competence is exclusive of the Union, is analyzed receipt of Decree Law 201/67 by the current constitutional order, revealing numerous streams that permeate the theme, being clear, that there is need of editing another standard more current and in tune with the fundamental rights positivized in our federal constitution. The line of research is the construction of knowledge.

Keywords: Mayor; Violations; Political-administrative; Jurisdiction; Federation; City

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Ag. Inst.: Agravo de Instrumento

Ag. Reg.: Agravo Regimental

Ap.: Apelação

CF: Constituição Federal

DL: Decreto-Lei

LICC: Lei de Introdução ao Código Civil

LC: Lei Complementar

STF: Supremo Tribunal Federal

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
CAPITULO 1 - O PACTO FEDERAL BRASILEIRO	14
1.1 O modelo utilizado pela Constituição de 1988.....	14
1.2 Formas e sistema de governo no Brasil.....	18
1.3 O Município como ente federado.....	23
1.4 As competências constitucionais legislativas.....	26
1.5 Os direitos políticos na Constituição Federal.....	30
CAPITULO 2 – ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADES DOS PREFEITOS	44
2.1 As responsabilidades decorrentes do cargo.....	45
2.2 Responsabilidades penais.....	45
2.3 Responsabilidades por ato de improbidade administrativa.....	47
2.4 Responsabilidade civil - reparação de danos em razão do cargo – aspecto civilista.....	56
2.5 Responsabilidade Político-Administrativa.....	59
2.5.1 Lei Complementar 64/90, alterada pela Lei Complementar 135/2010 – Lei da ficha limpa.....	60
CAPITULO 3 - AS INFRAÇÕES POLÍTICO-ADMINISTRATIVAS DOS PREFEITOS	62
3.1 Natureza jurídica - crimes de responsabilidade.....	62
3.1.1 Efeitos jurídicos da caracterização das infrações político-administrativas.....	71
CAPITULO 4 – DA COMPETENCIA LEGISLATIVA SOBRE INFRAÇÕES POLÍTICO-ADMINISTRATIVAS	73
4.1 Da competência exclusiva da União.....	73
4.1.1 Da incompetência municipal para legislar sobre o tema – respeito ao pacto Federal.....	83
4.2 A possibilidade do Estado-Membro legislar por delegação.....	86
4.3 O Decreto Lei 201/67- Recepção e eficácia.....	87
CONSIDERAÇÕES FINAIS	98
REFERÊNCIAS	101

INTRODUÇÃO

A temática a ser desenvolvida diz respeito ao ponto das competências legislativas dos entes federados, que dispõe sobre a tipificação de ilícitos que possibilitam ao Legislativo, por juízo político, cassar o mandato do Prefeito por falta de probidade no trato da coisa pública. Essa deficiência amolda-se a figuras jurídicas denominadas *infrações político-administrativas*, ou conforme a heterodoxia do nosso direito, *crimes de responsabilidade*.

A promulgação da Constituição Federal em 1988 trouxe, entre tantos, um dilema que guarda estreita relação com o exercício do cargo eletivo conquistado através do sufrágio popular pelo chefe do poder executivo municipal – quem seria o legitimado para legislar sobre as infrações político-administrativas – O legislador constituinte não expôs de forma clara se o Município ou a União teria competência para legislar sobre tais figuras jurídicas. Essa é a problemática a ser abordada. Embora o Supremo Tribunal Federal tenha se manifestado algumas vezes em prol da legitimidade da União, boa parte da doutrina defende que, por se tratar de questão administrativa, estaria afeta ao Município. O objetivo é buscar, nos efeitos jurídicos da cassação do mandato, a legítima competência legislativa, sem prejuízo do enfrentamento da questão material.

A Constituição anterior declinava essa prerrogativa em favor da União, de onde foi recepcionado o Decreto Lei 201/67.

O atual Texto Magno trouxe dois dispositivos que geraram dúvidas a respeito de quem teria a competência para editar normas a respeito – os artigos 22, I e 30. O debate surgiu com o questionamento se as infrações político-administrativas estariam afetadas à órbita local, ou seriam abarcadas pela competência do artigo 22.

Logo após a promulgação da Constituição de 1988, iniciaram-se no campo doutrinário e jurisprudencial embates a respeito. Alguns entendem que o Decreto-Lei 201/67 não foi sequer recepcionado pela atual Constituição, como Toshio Mukai.

Considerando que o Decreto-Lei 201, de 1967, foi editado sob o pálio de outra Constituição, teria perdido seu fundamento constitucional de validade, o que retiraria sua eficácia. Esse é o entendimento de Wolgran Junqueira Ferreira.

Para ambos, a competência legislativa é do Município.

Outros, não menos ilustres, como José Nilo de Castro, entendem ser a norma compatível com a atual Constituição, pois faleceria competência ao Município para legislar

sobre tal matéria, entre outros motivos, por força do artigo 22 da CF, que reserva competência processual privativa à União.

Embora o Supremo Tribunal Federal tenha decidido em varias situações pela segunda tese, a controvérsia está longe de ser pacífica.

Em 22 de Março de 2000, a Ordem dos Advogados do Brasil, Subseção de São Paulo, pautada em previsões da Lei Orgânica da cidade de São Paulo e no Regimento Interno da Câmara Municipal, entrou com um pedido de cassação contra o então Prefeito Celso Pitta.

Nota-se que o tema ainda causa divergência entre os administrativistas, como na obra de Hely Lopes Meirelles, que defende a prerrogativa municipal para a edição de tais normas por se enquadrarem no segmento do Direito Administrativo.

O constitucionalista José Afonso da Silva também se alinha às fileiras dessa posição.

A par de tais divergências, considerando válido o Decreto-Lei 201/67 quanto às infrações político-administrativas, ainda reside dúvida sobre sua compatibilidade com a atual Constituição.

As discussões acima serão expostas de forma objetiva, eis que inúmeros Municípios do Brasil, para não dizer a sua grande maioria, ainda detêm a previsão em suas Leis Orgânicas da tipificação das infrações político-administrativas dos Prefeitos, bem como de todo o rito processual.

O objetivo é de alguma forma colaborar no debate, esperando ser útil nesse mar de valiosas e significativas opiniões.

Uma vez estabelecido o objeto da investigação, a sua razão de ser e as suas finalidades, a metodologia terá o modelo dogmático de investigação, pautado no raciocínio dedutivo sem desprezo ao indutivo, uma vez que o pluralismo metodológico é uma realidade na ciência do Direito.

CAPITULO 1 – O PACTO FEDERAL BRASILEIRO

O termo “pacto” pressupõe um acordo de vontades. Em terreno político, o verbo conserva a mesma acepção, eis que no momento da elaboração da Constituição, as forças políticas reunidas em assembleia pactuam uma forma de Estado.

O constituinte de 1988 fez tal pacto, materializado no artigo 1º da Constituição, que elegeu a forma federal para nosso Estado. A análise do pacto federal brasileiro é importante na busca do ente eleito para edição das normas sobre as infrações político-administrativas dos Prefeitos.

1.1 O modelo utilizado pela Constituição de 1988

A estruturação de um Estado pressupõe uma ordem jurídica, cujo ápice é a Constituição, assim definida por Luiz Henrique Barbante Franzé: “Conforme constatamos, a Constituição é o ato originário pelo qual o Estado determina não só a organização dos poderes supremos, mas também a dos princípios fundamentais delineadores das instituições.”¹

Esse Estado, assim proclamado por seu povo, tem sua definição nas palavras de Miguel Reale:

Assim surgiu o Estado Moderno, com um território que um povo declarou seu, com um povo que se proclamou independente perante outros povos, com um poder que, pela força e pelo direito, se organizou para a independência do território e do povo. Assim surgiu a soberania como feição do Poder, como expressão de uma nova unidade cultural, indicando a forma especial que o Poder assume quando um povo alcança em grau de integração correspondente ao Estado Nacional. E, então se disse que a soberania caracterizava o Estado Moderno como a *autarquia* havia caracterizado a *polis* e a *civitas*, e a autonomia havia sido o elemento distintivo das *comunas medievais*.²

Essa ordem jurídica obedece a um escalonamento hierárquico, todo derivado de uma norma fundamental, que define os caminhos das demais:

A ordem jurídica, especialmente a ordem jurídica cuja personificação é o Estado, é, portanto, não um sistema de normas coordenadas entre si, que se acham, por assim dizer, lado a lado, no mesmo nível, mas uma hierarquia de diferentes níveis de normas. A unidade dessas normas é constituída pelo fato de que a criação de uma norma – a inferior – é determinada por outra – a superior – cuja criação é determinada por outra norma ainda mais superior e de que esse *regressus* é finalizado por uma norma fundamental, a mais

¹ FRANZÉ, Luiz Henrique Barbante. **Agravo frente aos pronunciamentos de primeiro grau no processo civil**. 7ª Ed. Curitiba: Juruá, 2011, p. 374

² REALE, Miguel. **Teoria do direito e do estado**. 5ª edição. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 44

superior, que, sendo o fundamento supremo de validade da ordem jurídica inteira, constitui a sua unidade.³

Referida norma fundamental deve ser interpretada de maneira pró ativa, sem qualquer objeção a seus fins, como indica Pietro de Jesus Lora Alarcon:

O que se propõe, e que é perfeitamente compatível com a ideia de Hesse, é que se entenda que o Texto Normativo Constitucional, como programa de trabalho orientador da comunidade política, não tolera interpretações que restringem sua aplicação com fundamento em que se trata de formulações vãs. Assim, todas as normas constitucionais contam com eficácia reconhecida e aplicabilidade não diferida, com plena independência da estrutura normativa.⁴

A norma fundamental cristaliza a vontade do seu poder originário, em especial a forma que o Estado adotará, se será unitária ou fracionada. Em sendo não unitário, surge uma Federação, caracterizada pela separação regional dos poderes de forma autônoma, ou a Confederação, com soberania de seus membros, sendo esta: “[...] atualmente uma referência histórica, pois já encerrou sua trajetória no domínio da organização de Estados, após as experiências relevantes da Confederação Germânica, da Confederação Suíça e da Confederação Norte Americana. [...]”⁵

A estruturação de uma Federação é extremamente complexa, pois não obstante o escalonamento do ordenamento federal, cada Estado-Membro terá autonomia para editar seu próprio, que deverá ter plena harmonia com o primeiro.

Essa Federação “é caracterizada pela união de coletividades públicas dotadas de autonomia político-constitucional, autonomia federativa.”⁶

O Estado brasileiro é formado por uma Federação, nos moldes dos artigos 1º e 18 da Constituição Federal.⁷

Esse federalismo foi influenciado pelo pragmatismo norte-americano, assim propalado por Madison, Hamilton e Jay, nos ensaios *Federalist*, publicados entre 1.787 e 1.788, na defesa de um regime mais seguro do que o confederado.

Na obra, Hamilton assevera que:

³ KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do estado**. Tradução de Luiz Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 181

⁴ ALARCON, Pietro de Jesus Lora. **Funções do direito constitucional: Reflexões sobre a história e a interpretação do projeto normativo para a sociedade plural**. Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC n. 19 – jan./jun. 2012. p. 387. Disponível em: <http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-19/RBDC-19-375>. Acesso em 11 de Fevereiro de 2013.

⁵ HORTA, Raul Machado. **Direito constitucional**. 5ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010, p. 273

⁶ SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 35ª edição. São Paulo: Malheiros, 2012ª, p. 99

⁷ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988.

[...] a definição de república confederada parece ser simplesmente “união de sociedades”, ou associação de dois ou mais Estados num só. A extensão, as qualificações e os objetos da autoridade federal são meras questões de escolha. Desde que a organização independente dos membros não seja abolida; desde que ela exista, por necessidade estrutural, para fins locais; mesmo que estivesse inteiramente subordinada à autoridade geral da União, ainda seria, de fato e na teoria, uma associação de Estados ou confederação. A Constituição proposta, longe de implicar uma abolição dos governos estaduais, torna-os parte do Senado, e deixa em suas mãos certas porções exclusivas e muito importantes do poder soberano. Isto corresponde plenamente, em todos os sentidos sensatos dos termos, à ideia de um governo federal.⁸

O modelo estadunidense traz em sua essência a necessidade da manutenção fracionada do poder pelos membros, para uma melhor acomodação dos problemas regionais, e ao mesmo tempo indica a necessidade de que seja conferida considerável parcela desses poderes à União, que exercerá a soberania em nome de todos.

O Brasil fez opção mais centralizadora, fortalecendo a União, e distribuindo aos demais membros menor parcela de competência legislativa, talvez por derivar de um Estado Unitário, como descreve Janice Helena Ferreri Morbidelli:

O Estado federal brasileiro formou-se de um Estado Unitário que se desmembrou e não de uma confederação que se dissolveu, como nos Estados Unidos, paradigma de todos os sistemas federativos constitucionais. Talvez pelo fato de Rui Barbosa a ter se inspirado fielmente no modelo norte-americano, para introduzir na Constituição Republicana a forma federativa, é que tenha havido o desencontro da realidade com a lei, pois a diversidade de situação era profunda.⁹

Em termos de atuação, a diferença entre a União e os demais membros da Federação reside no fato daquela ter soberania e os demais, autonomia.

Novamente José Afonso da Silva esclarece:

No Estado Federal há que distinguir soberania e autonomia e seus respectivos titulares. Houve muita discussão sobre a natureza jurídica do Estado federal, mas, hoje, já está definido que o Estado federal, o todo, como pessoa reconhecida pelo Direito Internacional, é o único titular da soberania, considerada poder supremo consistente na capacidade de autodeterminação. Os Estados federados são titulares tão-só de autonomia, compreendida como governo próprio dentro do círculo de competências traçadas pela Constituição Federal.¹⁰

Ainda é matéria da Constituição, dosar a quantidade de autonomia.

⁸ MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. **Os artigos federalistas**. 1787-1788. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993, p. 132

⁹ MORBIDELLI, Janice Helena Ferreri. **Um novo pacto federativo para o Brasil**. São Paulo: Celso Bastos Editor, 1999. p. 182

¹⁰ Op. cit., p.100

Ao fortalecer a União, tem-se um federalismo por centralização. Se ao contrário, esse poder for carreado em maior intensidade aos Estados-Membros, teremos uma Federação por fragmentação, situação típica do modelo estadunidense.

Muito embora o Brasil tenha espelhado seu modelo de federação no estereótipo norte americano, existem diferenças cruciais entre ambos, em particular chamam à atenção a agregação de poder em favor da União e a inserção do Município como membro; este último com competências inexistentes nos regimes constitucionais brasileiros anteriores.

A União concentra o ordenamento jurídico do Estado, atingindo o território e a população do Estado Federal no seu contexto. No dizer de Vladimir Brega Filho:

No Brasil, a União Federal pode ser vista sob dois aspectos. No âmbito interno é pessoa jurídica de direito público integrante da federação brasileira e autônoma dos demais entes federativos. No âmbito internacional, a União representa a República Federativa do Brasil.¹¹

Como entidade federativa, mas não federada, eis que somente existe pela reunião dos entes federados, à União é a quem cabe o exercício da soberania do Estado brasileiro. É ela quem representa o país internacionalmente, e a quem é afeta a competência legislativa pertinente às matérias de interesse de toda a nação, ficando as de caráter regional para os demais membros da federação.

Os Estados-Membros detêm autonomia legislativa e funcional parcial. O ordenamento da União é unitário; dos Estados-Membros, fracionado, ficando restrita a capacidade de auto-organização e de autolegislação nas matérias indicadas pela Constituição Federal.

O Distrito Federal, derivado do Município neutro do Império, que era a sede da corte e capital do governo, não é Estado nem Município, tendo suas competências legislativas bem delineadas na Constituição Federal. Ora é mais do que Estado, eis que absorve as competências tributárias dos Estados e dos Municípios, porém, sob outros aspectos, perde competências, como na criação e organização de suas instituições fundamentais, que são tuteladas pela União, como o Poder Judiciário, o Ministério Público, Defensoria Pública e Polícia. Sua função primaz é ser a sede do governo federal, porém detém, mesmo que sob tutela, autonomia político-constitucional.

¹¹BREGA FILHO, Vladimir. **Federalização das Violações de Direitos Humanos**. Disponível em: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/manaus/direito_humano_td_vladimir_brega_filho.pdf. Acesso em: 21 de Outubro de 2012.

Já os Municípios receberam da atual Constituição tratamento diverso das anteriores. Foi colocado no âmbito de membro da Federação, com autonomia política, administrativa e financeira.

Muito embora não tenha recebido o mesmo tratamento dos Estados-Membros e do Distrito Federal, como a representação no Senado, não obstante as divergências sobre o tema, pela redação dos artigos 1º e 18 da Constituição Federal, mesmo de maneira disforme, trata-se de um membro da nossa Federação.

1.2 Formas de estado e de governo no Brasil

No tocante à forma, os estados federais podem ser por agregação ou por segregação. Na primeira hipótese, vários estados já existentes se unem para a formação, e no segundo um estado unitário, por razões diversas, se divide em Estados-Membros.

O Brasil, desde a República, tem tradicionalmente optado em suas constituições pela forma federal por segregação, tanto que em 1988, o legislador não a criou, mas declarou (art. 1º). Assim é o magistério de José Afonso da Silva:

O Brasil, como vimos, assumiu a forma de Estado federal, em 1889, com a proclamação da República, o que foi mantido nas constituições posteriores, embora federalismo da Constituição de 1967 e de sua Emenda 1/69 tenha sido apenas nominal. A Constituição de 1988 recebeu-a da evolução histórica do ordenamento jurídico. Ela não instituiu a federação. Manteve-a mediante a declaração, constante do art. 1º, que configura o Brasil como uma República Federalista. Vale afirmar que a forma do Estado brasileiro é a federal.¹²

Esse vínculo entre os membros de um estado federal pressupõe a indissociabilidade, bem como a renúncia a algumas competências, como assinala Juan Ferrando Badia:

O mínimo necessário para a caracterização da organização constitucional federalista exige, inicialmente, a decisão do legislador constituinte, por meio da edição de uma constituição, em criar o Estado Federal e suas partes indissociáveis, a Federação ou União, e os Estados-Membros, pois a criação de um governo geral supõe a renúncia e o abandono de certas porções de competências administrativas, legislativas e tributárias por parte dos governos locais.¹³

Em termos de atuação, a diferença entre a União e os outros membros da Federação, reside no fato daquela ter soberania e os demais, autonomia.

¹² SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo**. 16ª Ed. São Paulo: Malheiros, 1999. p. 103

¹³BADIA, Juan Ferrando. **El estado unitário; El federal y El estado regional**. Madri: Tecno, 1978. p. 77. (apud MORAES, Alexandre. 2000)

Novamente José Afonso da Silva esclarece:

No estado federal há que distinguir soberania e autonomia e seus respectivos titulares. Houve muita discussão sobre a natureza jurídica do Estado federal, mas, hoje, já está definido que o Estado federal, o todo, como pessoa reconhecida pelo Direito Internacional, é o único titular da soberania, considerada poder supremo consistente na capacidade de autodeterminação. Os Estados federados são titulares tão-só de autonomia, compreendida como governo próprio dentro do círculo de competências traçadas pela Constituição Federal.¹⁴

Quanto à forma de governo, o Brasil optou pela República.

Desde a Grécia antiga Aristóteles já proclamava a existência de três formas de governo: a monarquia, traduzida por um governo unitário e tirânico; a aristocracia, cujo poder era de poucos; e a República, ou governo de todos:

Chamamos monarquia o Estado em que o governo que visa a este interesse comum pertence a um só; aristocracia, aquele em que ele é confiado a mais de um, denominação tomada ou do fato de que as poucas pessoas a que o governo é confiado são escolhidas entre as mais honestas, ou de que elas só têm em vista o maior bem do Estado e de seus membros; república, aquele em que a multidão governa para a utilidade pública; este nome também é comum a todos os Estados.¹⁵

Em verdade trata-se da maneira como ocorre a instituição do poder na sociedade e como se dá a relação entre governantes e governados, ou seja, quem deve exercer o poder e como deverá fazê-lo.

A Constituição de 1988 não criou essa forma de governo, mas manteve uma tradição que surgiu na Constituição de 1891.

O atual Texto Magno não manteve imutável essa forma de governo, como o fez com a de Estado (art. 60). Não obstante, o princípio republicano é protegido de eventual investida dos Estados-Membros, com a possibilidade de intervenção (art. 34, VII, a).

Essa forma de governo não deve ser vista unicamente como contraponto à monarquia, mas em especial, deve ser o reflexo da democracia, como leciona José Afonso da Silva:

Isso significa que a forma republicana implica a necessidade de legitimidade popular do Presidente da República, Governadores de Estado e Prefeitos Municipais (arts. 28, 29, I e II, e 77), a existência de assembléias (sic) e câmaras populares nas três órbitas de governos da República Federativa (arts. 27, 29, I, 44, 45 e 46), eleições periódicas por tempo limitado que se traduz na temporariedade dos mandatos eletivos (arts. cits.) e,

¹⁴Op. cit p. 104.

¹⁵**A Política**. Disponível em: <http://www.cfh.ufsc.br/~wfil/politica.pdf>. Acesso em 21 de Outubro de 2012.

conseqüentemente (sic), não vitaliciedade dos cargos políticos, prestação de contas da administração pública (arts. 30, III, 31, 34, VII, d, 35, II, e 70 a 75).¹⁶

Assim, no magistério de Nelson Finotti Silva, “democracia significa acima de tudo participação com garantia à igualdade de oportunidades, bem como efetiva e adequada, como uma decorrência natural do princípio da igualdade substancial, é o pleno exercício da cidadania.”¹⁷

Paralelamente à forma, o Brasil adota como sistema de governo o Presidencialismo, que é a maneira como os Poderes se relacionam, em especial o Executivo e o Legislativo.

No dizer de José Afonso da Silva, trata-se de:

Sistema pautado pelas seguintes características: a) é típico das Repúblicas; b) o Presidente da República exerce o Poder Executivo em toda a sua inteireza; acumula funções de Chefe do Estado, Chefe do Governo e Chefe da Administração Pública; cumpre um mandato por tempo fixo; não depende da confiança do órgão do Poder Legislativo nem para a sua investidura, nem para o exercício do governo; c) o órgão do Poder Legislativo (Congresso, Assembléia (sic), Câmara) não é Parlamento; seus membros são eleitos por período fixo de mandato; não está sujeito à dissolução; d) as relações entre ambos os poderes são mais rígidas, prevalecendo o princípio da divisão de poderes independentes e autônomos, embora possam ser harmônicos; e) os Ministros de Estado são simples auxiliares do Presidente da República que os nomeia e exonera ao seu livre alvedrio (salvo injunções políticas); agem, cada qual como chefe de um grande departamento administrativo, o seu Ministério exercendo suas funções cada qual por si, isoladamente; O Ministério (conjunto dos Ministros) não tem organicidade, despachando cada Ministro com o Presidente da República sobre seus problemas, sem levar em conta as conexões com os outros; f) eventual plano de governo, mesmo quando aprovado por lei, depende exclusivamente da coordenação do Presidente da República, que o executará ou não, bem ou mal, sem dar satisfação jurídica a outro poder (a não ser prestações de contas financeiras e orçamentárias anuais, a posteriori); e se o executa mal, ou mesmo não o executa, continuará Presidente da República e os Ministros continuarão Ministros enquanto de sua confiança. Só se deve ter como sistema presidencialista aquele que tenha tais características e mais a investidura democrática das autoridades governamentais políticas. Presidente e Parlamentares. Se houver um Presidente da República que seja ditador ou com predominância autoritária sobre os demais Poderes, então tem-se sistema ditatorial e não presidencialismo.¹⁸

Em contraponto ao Presidencialismo, existe no mundo contemporâneo o sistema de governo pautado no Parlamentarismo, que na definição de Raul Machado Horta assim se apresenta:

¹⁶ Op. cit.p. 103/104

¹⁷SILVA, Nelson Finotti. **Um juiz mais ativo no processo civil**. Publicado na Revista do Curso de Direito do Centro Universitário Eurípides de Marília – agosto de 2003 – v. 5 páginas 193/201. Disponível em: http://www.manualdeprocessocivil.com.br/arquivos/artigo_nelson4.pdf. Acesso em: 21 de Outubro de 2012.

¹⁸ Op. cit. p. 505/506

Regime parlamentar é regime de Governo, isto é, uma forma de organização do Poder Executivo, fundada na separação flexível e na colaboração entre o Poder Executivo e o Poder Legislativo. Constituem características fundamentais do Governo Parlamentar: I – existência de um Chefe de Estado politicamente irresponsável; II responsabilidade política dos Ministros perante o Parlamento; III – órgão coletivo formado pelos Ministros – Conselho de Ministros ou Gabinete – sob a direção do Presidente do Conselho, Primeiro-Ministro ou Chanceler; IV – técnica de ação recíproca de um Poder sobre o outro, especialmente a questão de confiança, a moção de censura, a interpelação, a questão oral, a dissolução das Câmaras ou de uma delas pelo Chefe de Estado; V – dualidade de órgãos do Poder Executivo – o Chefe de Estado (Monarca ou Presidente da República) e o Chefe de Governo (Primeiro-Ministro, Presidente do Conselho de Ministros, Chanceler).¹⁹

Historicamente o Brasil teve regime parlamentarista em mais de uma oportunidade, chegando a ser instituído no Império e na República.

No Estado imperialista, o Parlamentarismo entra em vigor no reinado de Pedro Segundo, nos anos entre 1847 e 1889.

O Parlamentarismo neste período sofre grande influência do Imperador, eis que, pela Constituição da época, era concedido ao Soberano um quarto poder - o Poder Moderador - que lhe garantia inúmeras prerrogativas intervencionistas, como o direito de fechar a Câmara e convocar novas eleições, deixando uma discricionariedade perigosa ao monarca.

Traduzindo a importância do Poder Moderador, oportunas as palavras do Monsenhor Joaquim Pinto de Campos:

Na monarquia constitucional, só uma entidade se perpetua através de todas as mutações: é o chefe do Poder Executivo, é o depositário do Poder Moderador, é a inteligência que conserva todas as tradições, que nunca deixa de intervir competentemente em todos os assuntos que imprime a possível unidade e coerência aos negócios públicos. É ele o único motor sempre invariável, o único piloto constantemente ao leme.²⁰

Segundo conta a história, o Imperador era muito cobrado por essa prerrogativa, principalmente pelos governantes europeus:

O conde austríaco Alexandre Hubner, comentou com o Imperador, em visita que lhe fez em 1882:

Vossa Majestade é e se chama Imperador constitucional, e se restringe conscienciosamente aos limites da Constituição. No entanto, Vossa majestade reina e governa. – Não, não! Vossa Excelência se engana. Eu

¹⁹ Op. cit. p.635

²⁰ CAMPOS, Joaquim Pinto de. **Biografia do Senhor D. Pedro II, Imperador do Brasil**. Pereira da Silva. Porto. 1871. pag. 96. *Apud*: XAVIER, Leopoldo Bibiano. **Revivendo o Brasil-Império**. São Paulo: Artpress. 1991, p. 132

deixo andar a máquina. Ela está bem montada, e nela tenho confiança. Somente quando as rodas começam a ranger e ameaçam parar, ponho um pouco de graxa.²¹

Esse quarto poder tirava muito a liberdade do presidente do Conselho de Ministros, um membro do partido majoritário no Parlamento, que era indicado pelo Imperador.

A segunda experiência parlamentarista no Brasil foi meteórica, não ultrapassando um ano.

Em 1961, com a renúncia de Jânio Quadros ao cargo de presidente da República, João Goulart, vice-presidente, assume o governo, contrariando alguns setores econômicos e políticos.

Diante dessa resistência, encorpada pelos militares, o regime parlamentarista híbrido foi imposto como condição para a ascensão do novo presidente. O presidencialismo, um ano mais tarde, foi reimplantado através do plebiscito conclamado por João Goulart.

A Constituição de 1988 previu um plebiscito que foi realizado em 1993 para a escolha da forma (República ou Monarquia) e sistema de governo (Presidencialismo ou Parlamentarismo). Realizado, confirmou-se a vontade popular na manutenção do sistema de governo existente.

Esse é o atual modelo do Brasil.

1.3 O Município como ente federado

Como aventado acima, o Brasil optou pela forma Federal de Estado, a qual agregou o Município. Renato Benardi sintetiza essa posição:

A Constituição Federal consagrou a tese de que o Município brasileiro é entidade federativa de terceiro grau, integrante e necessária à existência da federação, dotado de capacidade de auto-organização, mediante elaboração de lei orgânica própria. Da leitura dos arts. 29 e 30 da Constituição Federal, nota-se que o Município, além de governado por prefeito eleito livremente pelos munícipes, é dotado de Poder Legislativo próprio, competente para expedir textos legais, sempre observando as diretrizes constitucionalmente fixadas. Nenhuma lei que não seja advinda do seu Poder Legislativo Municipal tem força para regular assuntos de interesse local. Por outro lado, o Município não pode editar regras que afrontem o comando da norma geral,

²¹ GONÇALVES, Roberto Mendes. **O barão Hubner na Corte de São Cristóvão** – MEC. RJ. 1955. pag. 34. *Apud*: XAVIER, Leopoldo Bibiano. **Revivendo o Brasil-Império**. São Paulo: Artpress. 1991, p.

editada pela União ou pelo Estado, podendo apenas adaptá-las somente às suas necessidades locais.²²

Porém essa nova inserção não se mostrou confortável ao olhar de muitos.

O modelo federal pode ser simétrico ou assimétrico, na concepção de Raul Machado Horta.

O autor define federalismo simétrico da seguinte maneira:

Essas particularidades, extraídas da construção constitucional, em processo cumulativo de experiências sucessivas, ao longo da existência da forma federal, autorizam conceber como tipo concreto de federalismo simétrico aquele que decorrer da introdução na respectiva Constituição Federal das seguintes características: a composição plural do Estado, a repartição de competências entre o Governo Central e os Governos Locais, abrangendo legislação e tributação, a intervenção federal nos Estados-Membros, para preservar a integridade territorial, a ordem pública e os princípios constitucionais da Federação, o Poder Judiciário dual, repartido entre a União e os Estados, distribuído entre Tribunais e Juizes, assegurada a existência de um Supremo Tribunal, para exercer a função de guarda da Constituição, aplacar dissídios de competências e oferecer a interpretação conclusiva da Constituição Federal o poder constituinte originário, com sede na União, o poder constituinte derivado dos Estados-Membros, fonte da auto-organização e da autonomia desses ordenamentos parciais, a organização bicameral do Poder Legislativo Federal, obediente ao princípio da representação do povo na Câmara dos Deputados e a da representação dos Estados no Senado federal ou órgão equivalente.²³

O divórcio desses postulados, segundo o autor, caracteriza o federalismo assimétrico, sendo uma anomalia do simétrico, como ratifica o mesmo autor: “O federalismo assimétrico não deixa de ser forma anômala, se confrontado com o federalismo simétrico.”²⁴

A ruptura das linhas definidoras do federalismo simétrico gera figuras jurídicas anômalas, como o uso, em regra, de situações excepcionais, chamadas de deformações fáticas.

Ainda o fenômeno pode se manifestar através da geração de normas, em contraste com os fundamentos normativos do federalismo simétrico.

Analisando a atual Constituição Federal, o autor vê como assimetria a inserção do Município como ente federado.

Segundo sua concepção, uma Federação é composta por Estados, não por Municípios.

²² BERNARDI, Renato. **A (in)eficácia jurídica das leis municipais que vedam a instalação de presídios ou similares no território do Município**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 892, 12dez.2005. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/7698>. Acesso em: 21 de Outubro de 2012.

²³ Op. cit. p.460

²⁴ Op. cit. p. 463

Ainda cita outra anomalia, vinda do artigo 18 da Carta de 1988, ao impor *autonomia* à União, quando esta é detentora de *soberania*. A autonomia é própria dos Estados.

Não obstante, essas não são as únicas críticas à presença no Município na Federação brasileira.

Muitas vezes se levantaram afirmando ser o Município componente da Federação, mas não membro desta, como Jose Afonso da Silva:

Foi equívoco do constituinte incluir os Municípios como componentes da federação. Município é divisão política do Estado-Membro. E agora temos uma federação de Municípios e Estados, ou uma federação de Estados? Faltam outros elementos para a caracterização de federação de Municípios. A solução é: o Município é um componente da federação, mas não entidade federativa.²⁵

Outros se alinham a essa postura, como Jose Nilo de Castro:

Inegavelmente, a teoria geral do federalismo (quem entre nós mais se destacou na matéria foi o ilustre publicista José Alfredo de Oliveira Baracho, em sua obra monumental) não pressupõe o Município como entidade federada. Os únicos entes federados são o Estado Federal e os Estados-Membros ou federados. A federação, dessarte, não é de Municípios e sim de Estados, cuja característica se perfaz com o exercitamento de suas leis fundamentais, a saber, a da autonomia e a da participação. Não se vê, então, participação dos Municípios na formação da Federação. Os Municípios não têm representação no Senado Federal, como possuem os Estados federados, não podem propor emendas à Constituição Federal (art. 60, CR), como podem os Estados, nem possuem Poder Judiciário, Tribunais de Contas (salvo São Paulo e Rio) e suas leis ou atos normativos não se sujeitam ao controle concentrado no STF. [...] É o Município entidade condômina exercido de atribuições constitucionais. É dizer possui o Município dignidade constitucional [...] Não detém autonomia federativa.²⁶

Em conclusão assinala:

Efetivamente, ressalta-se que, ao configurar-se no plano da Federação brasileira, com todas as peculiaridades que o circunscrevem, o Município brasileiro posiciona-se em patamares ímpares aos demais Municípios de todas as outras Federações do mundo. Mas seu realce, no concerto da Federação, não lhe outorga em nosso ordenamento constitucional, a peça de ente federativo, como equivocadamente se sustenta alhures, apaixonadamente.

Autores não menos ilustres entendem que o Município realmente é um ente federado, não mero coadjuvante, como Alexandre de Moraes:

A Constituição Federal consagrou o município como entidade federativa indispensável ao nosso sistema federativo, integrando-o na organização

²⁵ Op. cit. p 101

²⁶ CASTRO, José Nilo de. **Direito municipal positivo**. 7ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2010a, p. 25/27

político-administrativa e garantindo-lhe plena autonomia, como se nota na análise dos arts. 1º, 18, 29, 30, e 34, VII, C, todos da Constituição Federal.²⁷

Wolgran Junqueira Ferreira se alinha a mesma corrente:

Passando a integrar de forma expressa a Federação brasileira, o município se viu guindado a uma situação nova, anteriormente não mencionada nas diversas Constituições que o Brasil teve. E é exatamente esta que é uma das razões que nos levam a afirmar que o Município alcançou a plenitude de sua autonomia, somente após a Constituição de 1988.²⁸

Sem prejuízo das divergências doutrinárias, o Município formalmente integra a Federação, e de fato é detentor de alguma autonomia, que seria típica dos Estados-Membros.

A par do acima exposto, sem demérito às opiniões adversas, considerando que o Município é detentor de autonomia, dedutível que nossa Federação é parecida, mas longe de ser idêntica às estrangeiras, tendo particularidades que guardam relação com nosso povo, entre elas a presença do Município como ente federado:

Logo, os que buscam um conceito definitivo, universal e inalterável de Federação supõem, erroneamente, que ela, aqui e alhures tem forma única, geométrica, recortada de acordo com um molde inflexível. Para estes, os Estados só são federados quando se ajustam como verdadeiras luvas, aos 'arquetipos eternos', cujas origens e contornos lutam por precisar. Mas, normalmente, são os Estados Unidos da América tomados pelos estudiosos como exemplo consumado de Federação [...]. É por isso (e não por outras razões) que a Federação Norte-Americana difere da Argentina; a Venezuelana da Austríaca; a Mexicana, da Brasileira; e assim por diante. Debalde delas alguém conseguirá extrair todos os traços comuns.²⁹

Não obstante a Constituição Federal ter suprimido do Município uma constituição, conferiu-lhe a Lei Orgânica, delimitando seu conteúdo através do artigo 29.

Além dessas prerrogativas, descritas pelo artigo 29, desde que não colidentes com as dos outros entes, pode o mesmo dispor sobre matérias que sejam de interesse local.

Considerando o Município como ente federado, há de reconhecer em seu favor algumas prerrogativas funcionais de seus agentes políticos, como a diferenciação do sistema punitivo e de responsabilidades, o que ocorre com os gestores dos demais entes federados.

A Constituição Federal no artigo 29, inciso X, ratificou tal entendimento, retirando do Juízo de primeiro grau a possibilidade de julgar os Prefeitos por ilícitos criminais, e não poderia ser de outra forma, por total prestígio à simetria e à separação de Poderes.

²⁷ MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 7ª edição. São Paulo: Atlas, 2000, p. 260/261

²⁸ FERREIRA, Wolgran Junqueira. **O município à luz da constituição federal de 1988**. 2ª edição. São Paulo: São Paulo, 1995. p. 59

²⁹ CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 23ª edição. São Paulo: Malheiros, 2007, p. 126/127

No campo infraconstitucional, o Decreto-Lei 201/67 dispõe sobre a responsabilização criminal e política desses agentes.

De rigor análise depurada sobre esse regime especial dos agentes políticos municipais, em simetria às previsões para o Presidente da República; a Constituição Federal deve ser interpretada sistemicamente.

1.4 As competências constitucionais legislativas

O Estado federal pressupõe uma divisão de competências, bem delineada pelo ordenamento, como indica Kelsen:

No Estado federal não apenas a competência legislativa é dividida entre a federação e os Estados componentes, mas também a competência judiciária e administrativa. Além dos tribunais federais, existem também os tribunais dos Estados componentes; além dos órgãos administrativos da federação, existem os dos Estados componentes.³⁰

Para o autor, o Estado Federal é composto da União e dos Estados, não cogitando o Município, sendo essa uma das particularidades da nossa Constituição.

O legislador constituinte dispôs sobre as esferas de atuação de cada ente federado, de acordo com as conveniências sócio-políticas do Brasil. Tal vertente deriva do exercício da soberania nacional, como definida por Miguel Reale: “De acordo com essa doutrina geral, a soberania é o poder que tem a Nação de se organizar livremente, fazendo valer dentro de seu território a universalidade de suas decisões, segundo os fins éticos da convivência.”³¹

O exercício dessa autonomia pressupõe a edição de normas jurídicas, assim definidas pelo ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal, Eros Grau, como:

Conceituaremos a norma jurídica como o preceito abstrato, genérico e inovador – tendente a regular o comportamento social de sujeitos associados – que se integra no ordenamento jurídico.³²

A autonomia é materializada de diversas formas, entre elas a possibilidade de legislar, ou exercitar uma competência institucional, como nas palavras de Alexy: “ações que constituem o exercício de uma competência são ações institucionais.”³³

³⁰ KELSEN, Hans. **Teoria geral do direito e do Estado**. Tradução de Luiz Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 456

³¹ REALE, Miguel. **Teoria do direito e do estado**. 5ª ed. 4ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2010.p. 342

³² GRAU, Eros. **O direito posto e o direito pressuposto**. 8ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 235

³³ ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgilio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011. p. 239.

Essas ações institucionais, ora chamadas de competência legislativa, foram divididas pelo constituinte de modo a taxar aquelas em favor da União, do Distrito Federal e dos Municípios, ficando o resíduo destinado ao Estado (art. 25, § 1º da CF).

Por competência constitucional, oportuno o magistério de Fernanda Dias Menezes de Almeida:

Conhecidas as diferentes técnicas de repartição de competências testadas ao longo do tempo, não é difícil identificar no modelo adotado pela Constituição brasileira de 1988 a combinação de praticamente tudo o que já se experimentou na prática federativa. Estruturou-se, com efeito, um sistema complexo em que convivem competências privativas, repartidas horizontalmente, com competências concorrentes, repartidas verticalmente, abrindo-se espaço também para a participação das ordens parciais na esfera de competências próprias da ordem central, mediante delegação.³⁴

A doutrina ainda separa essa prerrogativa denominada de poderes, em implícitos e explícitos.

Hely Lopes Meirelles leciona:

Poderes explícitos são aqueles que estão literalmente expressos no texto constitucional, como os dos arts. 21 e 22, para a União, e os do art. 30, para os Municípios. Poderes implícitos são os que resultam como consequência (sic) lógica e necessária de um poder explícito, ou dos princípios adotados pela Constituição. Exemplo da primeira hipótese: do poder explícito de instituir um tributo resulta o poder implícito de arrecadá-lo. Exemplo da segunda hipótese: do princípio federativo resulta para a União o poder de dividir o território nacional em Estados autônomos. Como se vê, a teoria dos poderes implícitos está constitucionalmente consagrada no nosso regime, como norma interpretativa de observância obrigatória na partilha da competência entre União, os Estados-Membros e os Municípios.³⁵

A divisão das competências pelo Texto Magno é feita para prestigiar não uma descentralização de poder, mas sim o pleno exercício de uma prerrogativa política concedida e limitada pela Constituição Federal.

A descentralização somente ocorre com as pessoas administrativas e não com as pessoas políticas, ou seja: “pessoa administrativa é a pessoa de direito público criada como descentralização de pessoa política, com capacidade exclusivamente administrativa (capacidade para aplicar a lei, de ofício).”³⁶

Embora por esse conceito indicado por Carlos Ari Sunfeld, a descentralização somente ocorra com as pessoas administrativas, não há de se desconsiderar a previsão do

³⁴ ALMEIDA, Fernanda Dias Menezes de. **Competências na Constituição de 1988**. 1991, p. 79. Apud: SANTANA, Jair Eduardo. **Competências legislativas municipais**. 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey. 1998, p. 82

³⁵Op. cit. p. 133/134

³⁶SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 74

artigo 22, parágrafo único da Constituição Federal, que permite por lei complementar, a delegação das competências exclusivas da União a outros entes políticos, o que pode ser visto como uma forma de descentralização política de competência, pois essas pessoas (políticas), ainda nas palavras do mesmo autor, são unicamente as que detêm capacidade de legislar.

São as que detêm possibilidade de editar normas, como a União, os Estados, os Municípios e o Distrito Federal. São essas que exercem a competência Constitucional.

O Texto de 1988 fez uma classificação quádrupla dessas competências, definindo-as como: exclusivas, privativas, comuns, concorrentes e a suplementares.

A exclusiva é apenas de uma entidade com exclusão das demais, sem possibilidade de delegação. A privativa, não obstante ser própria de um ente é passível de delegação. Já a comum é aquela que existe em um campo de atuação comum a vários entes federados, sem que o exercício de uma venha a excluir a competência da outra, atuando todas juntamente e em igualdade. A concorrente se apresenta quando houver possibilidade de disposição sobre o mesmo assunto ou matéria por mais de uma entidade federativa, com primazia da União no que tange às regras gerais. Por fim, a suplementar trata do poder de formular normas que desdobrem o conteúdo de princípios ou normas gerais, ou que supram a ausência ou omissão destas.

O princípio geral utilizado em regra para efetivar essa divisão chama-se predominância do interesse, porém esse princípio não é absoluto, mas relativo em razão da dificuldade de saber quais as necessidades nacionais ou regionais. O que tem determinado sentido hoje pode não tê-lo mais amanhã.

O dinamismo com que a sociedade evolui, faz com que sempre pisemos num terreno arenoso quando falamos de predominâncias. Essa predominância é taxativa, por exemplo, para as competências tributárias, ficando a residual para a União (art. 154 da Constituição Federal), porém as concorrentes e as comuns descortinam uma vertente cheia de variáveis.

Facilmente é constatada a complexidade que circunda a demarcação dos terrenos de competência de cada ente federado.

O Texto Magno, de maneira geral, reparte as competências enumerando as da União (arts. 21 e 22), com poderes residuais aos Estados (art. 25, § 1º), bem como reserva aos Municípios aquelas que guardam relação com sua auto-organização e funcionamento (art. 30). O Distrito Federal tem a chamada competência dupla, ou seja, as reservadas aos Estados e Municípios (art. 32, § 1º). O Texto traz ainda a possibilidade de algumas delegações (art. 22,

parágrafo único) e áreas comuns com atuação simétrica entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios (art. 23). Também são apresentadas aquelas competências concorrentes entre os entes (arts. 24, §§ 2º e 3º, e art. 30, II).

Nesse universo, devem se acomodar todas as situações da vida social, através da edição de normas em sentido amplo, ora produzidas por um determinado ente federado, ora por outro; Essas normas devem trazer o conteúdo esperado pelo Texto Constitucional, como descreve Alexy:

...se entenda norma como o sentido (objetivo) de um ato pelo qual se ordena ou se permite e, especialmente, se autoriza uma conduta ou uma expectativa de comportamento contra faticamente estabilizada, como um imperativo ou um modelo de conduta que ou é respeitado ou, quando não, tem como consequência uma reação social, como uma expressão com uma forma determinada ou uma regra social.³⁷

Não é demais citar um fenômeno cada vez mais presente no universo jurídico, o ativismo judicial, que trata da supressão da deficiência de legitimidade de um poder do Estado por outro.

No dizer de Raquel Grellet Pereira Bernardi e Renato Bernardi, quando bem aplicado, tem sua valia:

Assim, o ativismo prudentemente realizado tem seu lado bom: o Poder Judiciário atende aos anseios da sociedade que não puderam ser satisfeitos pelo Poder Legislativo, seja porque se está diante de uma conduta não prevista pelo legislador, seja porque se trata de caso em que a aplicação de um princípio constitucional conduz a resultado diverso daquele que sempre regulou determinado fato.³⁸

A deficiência no exercício pleno das competências legislativas esperadas, faz com que o Poder Judiciário, assuma esse mister, porém como salientado pelos autores, a prudência deve nortear esse criacionismo eventual. Inobstante a necessidade dessa atuação judicial, há certa preocupação quando o Judiciário rompe um princípio fundamental de nossa Constituição Federal, a separação dos poderes.

Dentro das competências indicadas pela Constituição Federal, devem ser disciplinadas as infrações político-administrativas dos Prefeitos, e aí emerge a questão: a quem o Texto teria reservado essa prerrogativa?

³⁷ Op. cit. p. 52

³⁸ BERNARDI, Raquel Grellet Pereira; BERNARDI Renato. **Ativismo judicial – análise de um caso concreto. Estudos contemporâneos de hermenêutica constitucional.** Organização Dirceu Pereira Siqueira e Murilo Angeli Dias dos Santos. São Paulo: Boreau, 2012, p. 87

1.5 Os direitos políticos na Constituição Federal

Nosso País, em face de ser edificado como Estado Democrático de Direito, tem na sua estrutura a cidadania como pilar.

O poder emana do povo, que o exerce de forma direta ou por meio de seus representantes.

Friedrich Muller define com muita propriedade a essência jurídica do termo *povo*:

‘Povo’ evidencia-se como um conceito não naturalista, a ser encontrado por via da ciência empírica. Não é ele também simples, mas complexo e artificial, *i.e.* uma interferência a partir de uma concepção e não a partir de um fato. Ele chega mesmo a ser um termo prescritivo, muitas vezes necessitado, empregado e gasto normativamente, nesse tríplice sentido do termo alemão ‘gebraucht’. Quando o termo ‘povo’ aparece em texto de normas, sobretudo em documentos constitucionais, deve ser compreendido como parte integrante plenamente vigente da formulação da prescrição jurídica (do tipo legal), deve ser levado a sério como conceito jurídico a ser interpretado *lege artis*.³⁹

Para o autor, *povo* é um conceito jurídico, a ser considerado no momento da construção das normas, como pensa também Kelsen:

O ‘povo’ não é – ao contrário do que se concebe ingenuamente – um conjunto, um conglomerado, por assim dizer, de indivíduos, mas simplesmente um sistema de atos individuais, determinados pela ordem jurídica do Estado. Na realidade o indivíduo não pertence como um todo à coletividade, ou seja, com todas as suas funções e com todas as diferentes tendências de sua vida psíquica e física.⁴⁰

Por ter tal característica, entre outras possibilidades, pode-se concluir que o termo trata daqueles comuns, que detêm direitos que os permite participar da vida política do país, como arremata Kelsen:

De fato, nem todos os que fazem parte do povo como indivíduos submissos a normas de ordem estatal podem participar do processo de criação dessas normas (forma necessária do exercício do poder), nem todos podem representar o povo como sujeito do poder. Isso é tão evidente que os ideólogos da democracia não supõem, na maioria das vezes, o abismo que estão dissimulando quando identificam um “povo” com o “outro”.⁴¹

Em outras palavras, o povo, juridicamente, é elemento do Estado de Direito, deste participando somente o cidadão.

Assim, não se mostra equivocado afirmar que o poder advém dos cidadãos.

³⁹ MULLER, Friedrich. **Quem é o povo. A questão fundamental da democracia**. 6ª ed. Tradução de Peter Naumann. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 73

⁴⁰ KELSEN, Hans. **A democracia**. Tradução de Ivone Castilho Benedetti; Jefferson Luiz Camargo; Marcelo Brandão Cipolla e Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 36

⁴¹ Op. cit p. 37

Daí a relevância dos direitos que garantem ao comum ser chamado de cidadão, a ponto de serem agregados ao Título II da Constituição Federal, ou, como Direitos Fundamentais, porém os que habitam o país mas não detém referido status, também são sujeitos de inúmeras garantias, devendo a cidadania abarcar essas prerrogativas, como leciona Eduardo Cambi:

Por outro lado, o conceito de cidadania não se resume ao exercício do direito ao voto, não podendo o grau de desenvolvimento democrático de um país ser medido pelo número de pessoas que votam, mas com relação ao efetivo respeito aos direitos fundamentais de todas as pessoas, mesmo aquelas que não exercem o direito de voto.⁴²

Renato Benardi faz oportuna ligação entre os direitos fundamentais e a dignidade da pessoa humana, liame, indissolúvel entre os princípios e os direitos fundamentais:

Os direitos fundamentais podem ser conceituados como a categoria jurídica instituída com a finalidade de proteger a dignidade humana em todas as suas dimensões. Por isso, tal qual o ser humano, tem natureza polifacética, buscando resguardar o homem na sua liberdade (direitos individuais), nas suas necessidades (direitos sociais, econômicos e culturais) e na sua preservação (direitos relacionados à fraternidade e à solidariedade). Formam, como afirmado, uma categoria jurídica. Isso significa que todos os direitos que recebem o adjetivo de fundamental possuem características comuns entre si, tornando-se, assim, uma classe de direitos.⁴³

Diante da epígrafe *direitos políticos*, a Constituição desenha contornos pertinentes à aquisição, ao exercício, às restrições, à suspensão e à perda do direito de eleger e ser eleito. Em suma, refere-se ao alistamento eleitoral, ao voto, às condições de elegibilidade, às inelegibilidades, à possibilidade de impugnação do mandato eletivo, e das possibilidades de suspensão dos direitos políticos.

Esses direitos ainda trazem consigo algumas obrigações, como o alistamento eleitoral aos dezoito anos e o voto.

A Constituição Federal de 1988, abarcando o modelo agregador das competências legislativas, conferiu à União, no artigo 22, possibilidades exclusivas do exercício legislativo.

Não obstante as competências exclusivas, ainda o Texto Magno verticalizou outras prerrogativas, além de prever competências comuns e concorrentes, rompendo com o paradigma estadunidense, que polariza esse exercício. A ampliação dos poderes dos Estados e

⁴² CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2011, p. 193/194

⁴³BERNARDI, Renato. **A impossibilidade de instituição ou majoração de tributo por meio de Medida Provisória (um conflito de normas constitucionais: § 2o do artigo 62 X inciso I do art. 150)**. Disponível em: <http://jusvi.com/artigos/18903/1>. Acesso em: 04 de Novembro de 2012.

a criação dos poderes do Município quebraram a dualidade tradicional de nossas constituições anteriores.

Esse novo pensar do legislador constituinte de 1988 visa mitigar o tradicional federalismo hegemônico, o que não enfraquece a União.

Por certo o objetivo foi chegar a um federalismo de equilíbrio, onde a União, o Distrito Federal, os Estados-Membros e os Municípios se completem na missão imposta pela Constituição.

Entre essas competências privativas da União, a Constituição Federal abre à possibilidade para edição de normas sobre Direito Penal, Processual e Eleitoral (art. 22, I). Também sobre Cidadania (art. 22, XIII).

Essas quatro possibilidades de competências são ligadas a um determinado direito fundamental: os direitos políticos. Portanto, quanto a esses direitos, a competência é privativa da União.

Não é pelo simples fato de uma norma estar geograficamente no Texto Constitucional, que se caracteriza como fundamental.

Seu conteúdo deve ter essa característica intrinsecamente, como leciona Alexy:

Até aqui falou-se de normas em geral. A partir de agora deve ser questionado o que são normas *de direitos fundamentais*. Essa questão pode ser formulada de forma abstrata ou concreta. Ela é formulada de forma abstrata quando se indaga por meio de quais critérios uma norma, independentemente de pertencer a um determinado ordenamento jurídico ou a uma Constituição, pode ser identificada como sendo uma norma de direito fundamental. A pergunta assume uma forma concreta quando se questiona que normas de um determinado ordenamento jurídico ou de uma determinada Constituição são normas de direitos fundamentais, e quais não. Neste trabalho o objeto é uma teoria dos *direitos fundamentais da Constituição alemã*. A pergunta a ser feita, portanto, é a segunda e, além disso, em uma versão que se refere a uma determinada Constituição, a Constituição alemã. Uma resposta simples poderia ser: normas de direitos fundamentais são aquelas normas que são expressas por disposições de direitos fundamentais; e disposições de direitos fundamentais são os enunciados presentes no texto da Constituição alemã, e somente esses enunciados. Essa resposta apresenta dois problemas. O *primeiro* consiste na pressuposição da existência de um critério que permita dividir os enunciados da Constituição alemã entre aqueles que expressam normas de direitos fundamentais e aqueles que não as expressam, já que nem todos os enunciados da Constituição alemã expressam direitos fundamentais. O *segundo* problema consiste em saber se, de fato, aos direitos fundamentais da

Constituição alemã pertencem somente aquelas normas expressas diretamente por enunciados da própria Constituição alemã.⁴⁴

O jurista aprofunda a discussão em sua clássica obra, levando o leitor a concluir que uma norma, desde que seja de direito fundamental, deve estar alicerçada em princípios, que podem assim ser definidos:

Princípios são, por conseguinte, mandamentos de otimização, que são caracterizados por poderem ser satisfeitos em graus variados e pelo fato de que a medida devida de sua satisfação não depende somente das possibilidades fáticas, mas também das possibilidades jurídicas.⁴⁵

No caso dos direitos políticos, o princípio fundamental motivador é o democrático.⁴⁶

Por princípio fundamental, peculiar a definição de Luiz Roberto Barroso:

Os princípios fundamentais expressam as principais decisões políticas no âmbito do Estado, aquelas que vão determinar sua estrutura essencial. Veiculam, assim, a forma, o regime e o sistema de governo, bem como a forma de Estado. De tais opções resultará a configuração básica da organização do poder político. Também se incluem nessa categoria os objetivos indicados pela Constituição como fundamentais à República e os princípios que a regem em suas relações interacionais.⁴⁷

Já os direitos fundamentais têm sua definição nas palavras de Jorge Miranda:

Por direitos fundamentais entendemos os direitos ou as posições jurídicas subjetivas das pessoas enquanto tais, individual ou institucionalmente consideradas, assentes na Constituição, seja na Constituição formal, seja na Constituição material – donde, *direitos fundamentais em sentido formal e direitos fundamentais em sentido material*. Essa dupla noção – pois os dois sentidos podem ou devem não coincidir – pretende-se susceptível de permitir o estudo de diversos sistemas jurídicos, sem escamotear a atinência das concepções de direitos fundamentais com as idéias (sic) de Direito, os regimes políticos e as ideologias. Além disso, recobre múltiplas categorias de direitos quanto à titularidade, quanto ao objecto ou ao conteúdo e quanto à função e abranger verdadeiros e próprios direitos subjectivos, expectativas, pretensões e, porventura mesmo, interesses legítimos.⁴⁸

Essas normas carregam intrinsecamente inúmeros valores, como assinala José Afonso da Silva:

⁴⁴ Op. cit. p. 66

⁴⁵ Op. cit. p. 90

⁴⁶ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Art. 1º.

⁴⁷ BARROSO, Luiz Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 376

⁴⁸ MIRANDA, Jorge. **Direitos fundamentais. Introdução geral**. Lisboa: 1999, p 11/12

A natureza desses direitos, em certo sentido, já ficou insinuada antes, quando procuramos mostrar que a expressão “direitos fundamentais do homem” refere-se a situações jurídicas, objetivas e subjetivas, definidas no direito positivo em prol da dignidade, igualdade e liberdade da pessoa humana.⁴⁹

Ainda o mesmo autor, salienta que, no Brasil, esses direitos estão implícitos no artigo 1º da Constituição Federal, que fala em Estado Democrático de Direito:

A Constituição, ao dotá-los na abrangência com que o fez, traduziu um desdobramento necessário da concepção de ‘Estado’, acolhida no art. 1º - Estado Democrático de Direito.⁵⁰

Salta aos olhos a ligação entre as normas de direitos fundamentais e democracia.

Esses direitos, pautados entre outros, pelo princípio democrático, cristalizam-se em normas que têm como fim, efetivar seus objetivos, aplicáveis ao caso concreto pela melhor argumentação (ponderação).

Como leciona Lafayette Pozzoli:

Não se reduzindo a mecanismos lógicos, o direito pode ser visto como um discurso persuasivo, um discurso de conversão, dotado de uma força evocadora, que leva o destinatário da norma jurídica a ver verdade naquilo que até então não conseguia identificar. Nesse sentido, a adesão do destinatário do discurso normativo nunca é simples submissão, mas decisão, comprometimento e participação. O direito aparece, pois, como uma lógica de argumentação, uma lógica de juízos de valor, onde o comportamento preferível, desejável, toma contornos relevantes. Portanto, o direito, hoje, deve ser visto, também, como um direito que tem uma função promocional, que se interessa por comportamentos tidos como desejáveis e, por isso, não se circunscreve a proibir, obrigar ou permitir, mas almeja estimular comportamentos, através de medidas diretas ou indiretas.⁵¹

Outros ratificam que os princípios fundamentais, cristalizados nas normas fundamentais, têm a justiça como um fim ideal, residente em sentido abstrato no direito positivado (princípios), e empiricamente no direito aplicado (decisão judicial), como descreve o Ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal Ayres Britto:

Corresponde a falar: o Direito é, na sua estruturalidade, tanto a abstrata justiça das leis (inclusive e, sobretudo, a justiça das Constituições) quanto a empírica justiça das decisões judiciais. E também na sua funcionalidade o Direito é binário, porque tanto se manifesta sob a forma de norma geral (Direito-lei) quanto sob a forma de norma individual (Direito-sentença).⁵²

⁴⁹ SILVA, José Afonso. **Comentário contextual à constituição**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 57

⁵⁰ Op. cit. p. 57

⁵¹ POZZOLI, Lafayette. **Direito como função promocional**. Disponível em: <http://www.lafayette.pro.br/>. Acessado em: 21 de Outubro de 2012.

⁵² Op. cit. p. 55/58

A democracia exige uma garantia de que os direitos políticos tenham *status* elevado no ordenamento, pois só assim ela se preserva.

A forma democrática pode ser vista como uma incorporação dos princípios humanistas, cujo governo deve ser voltado para o povo, porém nem sempre essa conclusão é real, como adverte Kelsen:

Já na Grécia antiga, os adversários da democracia, como Platão e Aristóteles, chamaram a atenção para o fato de que um governo do povo, enquanto governo exercido por homens inexperientes nas práticas governamentais e sem o necessário conhecimento dos fatos e problemas da vida política, pode estar totalmente distanciado dos interesses do povo e, assim, revelar-se totalmente distanciado dos interesses do povo e, assim, revelar-se um governo contra o povo.⁵³

Ela pressupõe outorga de poder pelo povo a seus representantes, com a finalidade de exercê-lo não de forma absoluta, pois encontra limites *nos direitos fundamentais*, em especial os que preservam a própria democracia, os direitos políticos.

Rousseau, em sua célebre obra sobre o contrato social, já assinalava que a democracia deve ser vigiada para não se tornar ferramenta da tirania:

[...] que o ato que institui o governo não é um contrato, mas uma lei, que os depositários do poder executivo não são senhores do povo, mas seus funcionários, que ele pode designá-los e destituí-los quando quiser, que não se trata para eles de contratar, mas de obedecer, e que ao se encarregarem das funções que o Estado lhes impõe, não encarregarem das funções que o Estado lhes impõe, não fazem mais que cumprir seu dever de cidadãos, sem ter de modo algum o direito de discutir as condições disso.⁵⁴

Como leciona Manoel Gonçalves Ferreira Filho: “Na visão ocidental de democracia, governo pelo povo e limitação de poder estão indissolavelmente combinados.”⁵⁵

Na gestão desses poderes outorgados, espera-se que o mandatário atue sob o pálio dos princípios humanistas, devidamente inseridos textualmente na Constituição Federal, em particular, aqueles inerentes aos direitos políticos, que preservam a possibilidade do povo, participar dos negócios do Estado. A limitação dos direitos políticos atinge a democracia e, por consequência, um direito e um princípio fundamental.

Nessa esteira, democracia e princípios humanistas estão entrelaçados, como descreve Ayres Britto:

⁵³ KELSEN, Hans. **A democracia**. Tradução de Ivone Castilho Benedetti; Jefferson Luiz Camargo; Marcelo Brandão Cipolla e Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. 141

⁵⁴ ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social**. Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p. 156

⁵⁵ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estado de direito e constituição**. São Paulo: Saraiva, 1988. p. 16

Sendo assim, dá-se verdadeira fusão entre vida coletiva civilizada (culturalmente vanguardista, foi dito) e democracia. Isto no sentido de se entender por vida em comum civilizada aquela que transcorre, circularmente, nos arejados espaços da contemporânea democracia. Com o que o humanismo e a democracia passam a formar uma unidade incindível. Inapartável.⁵⁶

Considerando que os princípios carregam em si os anseios de um povo, pode-se entender que os direitos políticos, no *status* que foram inseridos pela atual Constituição, prestigiam um sistema democrático, sendo este, não a pura vontade das maiorias, mas aquele ensejador de determinado padrão de civilidade, ou como ensina Walter Claudius Rothenburg, uma carga político-ideológica:

Antes ainda, impõe-se fazer dos princípios constitucionais, deliberadamente, ferramentais das tensões e intenções da população a que o ordenamento jurídico se reporta. A carga político-ideológica, com suas fantasias, seus medos, seus anseios, seus preconceitos e seus desejos, deve refletir a realidade vivida, sentida e sonhada pelos participantes da aventura social.⁵⁷

Acompanhando o raciocínio do Ex-Ministro do Supremo Tribunal Federal,⁵⁸ a democracia contemporânea é tríade, tendo os seguintes traços fisionômicos: procedimentalista, ou seja, a constituição do poder político ocorre através do voto popular e o sistema representativo de exercício do poder; substancialista, a se operacionalizar através da desconcentração de poder, bem como por meio de ações distributivas, estas ligadas ao campo econômico-social; e por fim, a face fraternal, especialmente cristalizada através das ações afirmativas.

Esse modelo de democracia se apresenta como um dos fins do Estado, que entre outras expectativas, traduz a busca de uma sociedade humanista.

Veja-se que não se trata da democracia clássica, assim entendida a simples e objetiva vontade das maiorias. Esse modelo mostra-se ineficaz na concretude de certas expectativas, como descreve Gustavo Zagrebelsky:

Para a democracia crítica, nada é mais insensato que a divinização do povo expressa pela máxima *Vox populi, vox dei*, uma verdadeira forma de idolatria política. Essa grosseria teologia democrática condiz com as concepções triunfais e acrílicas do poder do povo, as quais, como já vimos, são apenas adulações interesseiras.⁵⁹

⁵⁶ Op. cit. p. 33

⁵⁷ ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios constitucionais**. Segunda tiragem. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris editor. 2003. p. 78.

⁵⁸ Op. cit. p. 33/34

⁵⁹ ZAGREBELSKY, Gustavo. **A crucificação e a democracia**. Tradução de Monica de Sanctis Viana. São Paulo: Saraiva, 2011.p. 135.

Voltando às palavras do ilustre Ministro Ayres Britto, atualmente um sistema democrático que não tem como fim a vontade das maiorias, mas a busca da concretização de uma sociedade humanista:

É o quanto basta para a dedução de que o humanismo, enquanto vida coletiva de alto padrão civilizatório, é aquele que transcorre nos mais dilatados cômodos da contemporânea democracia de três vértices: a procedimentalista, a substancialista e a fraternal. Os dois termos (humanismo e democracia) a se interpenetrar por osmose, e não mais por simples justaposição. Donde a metáfora da transsubstanciação.⁶⁰

No dizer de Arend Lijphart, a democracia pode ser majoritária, pura, chamada de *Westminster*, em homenagem a sede do governo inglês, ou consensual.

A primeira assume a seguinte forma:

O de Westminster (nome do palácio sede do Parlamento Inglês) configura-se por ser o modelo puro de democracia, ou seja, o que reforça a deliberação da maioria, sendo portanto um modelo de democracia majoritária: 1) Concentração do Poder Executivo em gabinetes unipartidários e de maioria mínima; 2) Gabinete dominante em relação à legislatura; 3) Sistema bipartidário; 4) Sistema de eleições majoritário e desproporcional; 5) Pluralismo de grupos de interesse; 6) Governo unitário e centralizado; 7) Concentração do Poder Legislativo em uma legislatura unicameral; 8) Flexibilidade constitucional; 9) Ausência de revisão judicial e 10) Banco Central controlado pelo Poder Executivo.⁶¹

A segunda, consensual, diverge da seguinte maneira:

Já o modelo consensual se configura pelas seguintes variantes para os arranjos democráticos: 1) partilha do Poder Executivo por meio de gabinetes de ampla coalizão; 2) Equilíbrio de poder entre o Executivo e o Legislativo; 3) Sistema multipartidário; 4) Representação proporcional; 5) Corporativismo dos grupos de interesse; 6) Governo federal e descentralizado; 7) Forte bicameralismo; 8) Rigidez constitucional; 9) Revisão judicial e 10) Independência do Banco Central. (LIJPHART, 2003, p. 50-65)⁶²

Em arremate, Edinilson Donisete Machado, conclui que o sistema brasileiro é o consensual:

Da comparação de ambos pode-se afirmar que o modelo adotado no sistema brasileiro é o consensual, com ênfase no norte-americano, que promove a revisão judicial, com exceção ainda da independência do banco Central, o

⁶⁰ Op. cit. p. 35

⁶¹ LIJPHART, Arend. **Modelos de Democracia: desempenho e padrões de governo em 35 países**. Tradução de Roberto Franco. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003, p. 25-38. Apud: MACHADO, Edinilson Donisete. **Ativismo judicial. Limites institucionais democráticos e constitucionais**. São Paulo: Letras Jurídicas. 2012, p. 62

⁶² Op. cit p. 50-65

que nos levará a um modelo que promove o controle jurisdicional para a realização das promessas contidas na lei fundamental.⁶³

Não há como falar em democracia sem pensar em princípios humanistas e em especial nos direitos fundamentais.

Os direitos políticos resumem um conjunto de regras que viabilizam a concretude da soberania popular.

Tais direitos guardam estreita relação com a dignidade da pessoa humana, pois através deles, o cidadão exercita plenamente sua autonomia na participação e escolha dos governos.

Para José Afonso da Silva,

O regime representativo desenvolveu técnicas destinadas a efetivar a designação dos representantes do povo nos órgãos governamentais. A princípio, essas técnicas aplicavam-se empiricamente nas épocas em que o povo deveria proceder à escolha dos seus representantes. Aos poucos, porém, certos modos de proceder foram transformando-se em regras, que o direito positivo sancionara como normas de agir. Assim, o direito democrático de participação do povo no governo, por seus representantes, acabara exigindo a formação de um conjunto de normas legais permanentes, que recebera a denominação de *direitos políticos*.⁶⁴

Alexandre de Moraes também dá sua contribuição sobre o conceito nos seguintes termos:

É o conjunto de regras que disciplina as formas de atuação da soberania popular, conforme preleciona o caput do art. 14 da Constituição Federal. São direitos públicos subjetivos que investem o indivíduo no *status activae civitatis*, permitindo-lhe o exercício concreto da liberdade de participação nos negócios do Estado, de maneira a conferir os atributos da cidadania.⁶⁵

Os direitos políticos vêm disciplinados pelo Texto Magno em seus artigos 14, 15 e 16.

São essencialmente integrados por vários predicados, que permitem ao cidadão interagir na formação e efetivação do poder, seja direta ou indiretamente, sempre lastreado na soberania popular.

A cidadania é elemento estruturante do Estado Federal, inexistindo este sem o respeito a tais qualidades, como afirma Kelsen:

⁶³ MACHADO, Edinilson Donizete. **Ativismo judicial. Limites institucionais democráticos e constitucionais**. São Paulo: Letras Jurídicas. 2012, p. 62

⁶⁴ Op. cit. p. 211.

⁶⁵ MORAES, Alexandre de. **Direito Constitucional**. Ed. Atlas. 7ª Edição. 2000. p. 220.

Elemento característico de um Estado federal é a cidadania federal, mesmo que cada Estado componente também tenha a sua cidadania de Estado. Se este é o caso, então cada indivíduo é cidadão de um determinado Estado, além de cidadão da federação; e devem ser estabelecidas cláusulas que regulamentam as relações entre as duas instituições.⁶⁶

O comum somente é adjetivado de cidadão, se exercer esses direitos, de participar da vida política do Estado, através da democracia direta, nas seguintes hipóteses: 1) possibilidade de votar e ser votado; 2) do plebiscito; 3) do referendo; 4) da iniciativa popular de leis; 5) da ação popular; 6) da fiscalização popular da gestão pública; 7) do direito de petição; 8) da filiação a agremiações partidárias.

Há possibilidade de dividir os direitos políticos em duas espécies: os direitos políticos ativos – direito de votar; e os direitos políticos passivos – direito de ser votado.

Na esteira do pensar de Alexandre de Moraes, “a capacidade eleitoral ativa consiste em forma de participação da pessoa na democracia representativa, por meio da escolha de seus mandatários.”⁶⁷

Ainda assinala: “Já a elegibilidade é a capacidade eleitoral passiva consistente na possibilidade de o cidadão pleitear determinados mandatos políticos, mediante eleição popular, desde que preenchidos certos requisitos.”⁶⁸

Ainda a mesma doutrina exalta os chamados *direitos políticos negativos*, ou seja:

aqueles que correspondem às previsões constitucionais que restringem o acesso do cidadão à participação nos órgãos governamentais, por meio de impedimentos às candidaturas. Dividem-se em regras sobre inelegibilidade e normas sobre perda e suspensão dos direitos políticos.⁶⁹

Os direitos políticos negativos são interpretados por José Afonso da Silva, como:

aquelas determinações constitucionais que, de uma forma ou de outra, importem em privar o cidadão do direito de participação no processo político e nos órgãos governamentais. São negativos precisamente porque consistem no conjunto de regras que *negam*, ao cidadão, o direito de eleger, ou de ser eleito, ou de exercer atividade político-partidária ou de exercer função pública⁷⁰.

A inelegibilidade pode ser definida como o obstáculo constitucional ou legal (lei complementar) ao exercício pleno da cidadania passiva, imposto a determinadas pessoas, diante de sua condição ou de certas circunstâncias.

⁶⁶ Op. cit p. 458

⁶⁷ Op. cit. p. 222.

⁶⁸ Op. cit. p. 225.

⁶⁹ Op. cit. p. 227.

⁷⁰ Op. cit. p. 382

Esses direitos políticos negativos têm previsão na Constituição Federal em seu artigo 14, ou na Lei Complementar nº 64/90, que regulamenta o parágrafo 9º do citado artigo constitucional.

Há em nosso sistema jurídico moderno a presunção do exercício pleno dos direitos políticos, considerado por alguns, como princípio universal, presente desde a Constituição da Virgínia de 1776, e na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

Uma pessoa somente é considerada cidadã se for detentora dos seus direitos políticos. Não é cidadão o nacional despojado de seus direitos políticos, como leciona Kelsen:

Os chamados direitos políticos encontram-se entre os direitos que a ordem jurídica costuma reservar a cidadãos. Eles são comumente definidos como os direitos que dão ao seu possuidor um poder de influência na formação da vontade do Estado. O principal direito político é o direito de votar, isto é, o direito de participar na eleição dos membros do corpo legislativo e de outros funcionários do Estado, tais como o chefe de Estado e os juízes.⁷¹

Esses direitos políticos, por determinação constitucional, reservam-se à competência legislativa da União, inexistindo disposição contrária, muito menos na órbita municipal.

Pela Constituição Federal de 1988, o Município foi abarcado como membro da Federação, tendo suas competências legislativas delineadas pelo Texto de forma muito clara nos artigos 29 e 30, onde não é encontrada possibilidade de legislação sobre cidadania.

É verídico afirmar que as competências municipais foram enumeradas pelo legislador constituinte, avançando um pouco além dos interesses locais, como a suplementação da legislação de outros entes.

Porém permanecem as que implicitamente continuam decorrendo da regra básica dedutível do termo *interesse local*.

Considerando que esse *interesse local* é o alicerce das competências municipais, ainda pretendeu o legislador constituinte outorgar a chamada competência comum, nos moldes do artigo 23.

Esse artigo refere-se à competência comum entre a União, os Estados, Distrito Federal e Municípios. Relembrando o acima exposto, não há de se confundir com a competência concorrente, pois esta não retira a primazia ao legislador federal (art. 24, § 4º).

É certo que o artigo 23 da Constituição Federal não indica efetivamente uma competência, mas impõe certo ônus, consistente na efetivação de alguns serviços e atividades.

⁷¹ Op. cit. p. 337

Trata-se de atribuição de tarefas específicas nos diversos pontos da economia, do social e do administrativo.

Em resumo, a competência municipal foi descrita na Constituição Federal, partindo do conceito de interesse local.

Pautado em tais critérios, o Município exercerá suas atividades, não só em razão de sua competência de auto-organização e preservação dos interesses locais, mas também na complementação daqueles serviços sociais e econômicos, de grande envergadura, que o legislador lhe outorgou o ônus de maneira comum com os demais entes da federação.

Porém, em nenhuma hipótese, o legislador sequer cogitou do Município, de alguma forma, legislar sobre direitos políticos. E isso se justifica pela envergadura de tais direitos, que devem ser afetos àquele ente da Federação, de maior importância para a forma de governo adotada, a União.

Além de outorgar exclusividade à União para legislar sobre o tema, a Constituição ainda mencionou algumas hipóteses de suspensão e perda dos direitos políticos, o que reforça a importância da matéria a ser disciplinada, pois trata de manter ou retirar a qualidade de cidadão do agente municipal.

O comum, na qualidade de cidadão, pode ser privado, temporária ou definitivamente de seus direitos políticos.

Porém o artigo 15 da Constituição Federal veda a cassação dos direitos políticos, prevendo hipóteses de perda ou suspensão, em razão de: I - cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado; II - incapacidade civil absoluta; III - condenação criminal transitada em julgado, enquanto durarem seus efeitos; IV - recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, nos termos do art. 5º, inciso VIII; V - improbidade administrativa, nos termos do art. 37, § 4º.

Havendo subsunção a alguma dessas hipóteses, o Juízo Eleitoral deverá alterar seu registro de dados, para que aquele cidadão, que ficou suspenso ou perdeu seus direitos políticos, seja excluído do sistema de votação.

A privação dos direitos políticos, por qualquer de suas formas, perda ou suspensão, implica em imediata perda do mandato eletivo, sendo de rigor a extinção do exercício.⁷²

⁷² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processo Penal. Embargos de declaração em embargos de declaração em agravo regimental em agravo de instrumento ou de petição nº 177.313/MG – 1ª Turma. Rel. Min. Celso de

Tal regra quanto aos parlamentares federais vem estampada no artigo 55, § 3º, não sendo equivocado aplicar o princípio da simetria para os deputados distritais, estaduais e os vereadores. Trata-se de ato declaratório vinculado da Mesa da Casa Legislativa correspondente, não passando pelo crivo do Plenário.

Quanto à suspensão por sentença criminal, há de aguardar o trânsito em julgado, por prestígio ao comando do artigo 5º, inciso LVII da Constituição Federal. Não obstante, quando se tratar de parlamentar Federal, a regra é a do artigo 55, § 2º da Constituição Federal, que exige em voto secreto, a maioria absoluta dos membros da Casa, para a declaração da extinção do mandato. É o que poderá ocorrer na Ação Penal 470/2007 – Mensalão - perante o Supremo Tribunal Federal, eis que vários réus, já condenados, estão parlamentares.

Aquele que teve seus direitos políticos suspensos, cessada a causa, poderá pedir a reabilitação perante a Justiça Eleitoral.

Enquanto a suspensão tem caráter transitório, a perda é a privação definitiva dos mesmos, e aflora nas hipóteses de cancelamento da naturalização por sentença transitada em julgado ou recusa de cumprir obrigação a todos imposta ou prestação alternativa, por previsão do artigo 5º, inciso VIII da Constituição Federal.

O cancelamento da naturalização previsto no artigo 12 da Constituição Federal faz com que, juridicamente, o brasileiro retorne à condição de estrangeiro, perdendo seus direitos políticos que são próprios da cidadania.

Já a escusa de consciência, prevista no artigo 5º, inciso VIII da Constituição Federal, garante que nenhum brasileiro será privado de seus direitos por motivo de crença religiosa, convicção filosófica ou política, para se eximir-se de obrigação legal a todos imposta e recusar-se a cumprir prestação alternativa, fixada em lei.

Ainda o Texto Constitucional prevê a perda da condição de brasileiro ao que adquirir outra nacionalidade, salvo nas hipóteses de: reconhecimento de nacionalidade originária pela lei estrangeira ou de imposição de naturalização, pela norma estrangeira, ao brasileiro residente em Estado estrangeiro como condição para permanência em seu território ou para o exercício de direitos civis (art. 12, § 4º).

Pelo exposto, é clara a importância dos direitos políticos na Constituição Federal, tendo o legislador constituinte, dedicado inúmeros artigos às hipóteses de aquisição, suspensão e perda. Essa relevância deve ser realçada na indicação do ente federado incumbido de legislar sobre o assunto.

CAPITULO 2 – ESPÉCIES DE RESPONSABILIDADES DOS PREFEITOS

A atuação do ente federado pressupõe que através dos agentes, órgãos, como “centros de competência instituídos para o desempenho de funções estatais,”⁷³ concretizem as expectativas constitucionais.

Esse exercício ocorre por meio de *agentes públicos*, que se dividem em políticos e administrativos, como leciona José Afonso da Silva:⁷⁴

O elemento subjetivo do órgão público – titular – denomina-se genericamente *agente público*, que dada a diferença de natureza das competências e atribuições a ele cometidas, se distingue em: *agentes políticos*, titulares de cargos que compõem a estrutura fundamental do governo, e *agentes administrativos*, titulares de cargo, emprego ou função pública, compreendendo todos aqueles que mantêm com o Poder Público relação de trabalho, não eventual, sob vínculo de dependência, caracterizando-se, assim, pela *profissionalidade* e relação de *subordinação hierárquica*.

Celso Antonio Bandeira de Mello traz, com peculiar clareza, a definição de agente político:

Agentes políticos são os titulares de cargos estruturais à organização política do País, ou seja, ocupantes que integram o arcabouço constitucional do Estado, o esquema fundamental do Poder. Daí que se constituem nos formadores da vontade superior do Estado. São agentes políticos apenas o Presidente da República, os Governadores, Prefeitos e respectivos vices, os auxiliares imediatos dos Chefes do Executivo, isto é, Ministros e Secretários das diversas Pastas, bem como os Senadores, Deputados federais e estaduais e Vereadores. O vínculo que tais agentes entretêm com o Estado não é de natureza profissional, mas de natureza política. Exercem um múnus público [...] A Relação jurídica que os vincula ao Estado é de natureza institucional, estatutária. Seus direitos e deveres não advêm de contrato travado com o Poder Público, mas descendem diretamente da Constituição e das leis. Donde, são por elas modificáveis, sem que caiba precedente oposição às alterações supervenientes, sub color de que vigoravam condições diversas ao tempo das respectivas investiduras.”⁷⁵

O Município, na qualidade de ente federado, teve autonomia política consagrada no artigo 29, inciso I da Constituição Federal, que prevê a eleição direta para os cargos de Prefeito e Vice-Prefeito. Findaram-se as nomeações discricionárias, com total *déficit* democrático, previstas da Constituição anterior.

⁷³ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito Administrativo Brasileiro**. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 62

⁷⁴ Op. cit. p. 680

⁷⁵ MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 29ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2012, p. 230),

Pela primeira vez na história republicana do Brasil, o Prefeito passou a ter foro privilegiado por prerrogativa de função, respondendo perante o Tribunal de Justiça pelos crimes comuns,⁷⁶ crimes funcionais,⁷⁷ e os de abuso de autoridade.⁷⁸

Além do foro privilegiado, o Prefeito ainda tem direito à prisão especial até o trânsito em julgado de processo penal⁷⁹ e à prerrogativa de escolher local, dia e hora para ser ouvido como testemunha.⁸⁰

Ao mesmo tempo, existem as responsabilidades.

2.1 Responsabilidades decorrentes do cargo

As responsabilidades do Prefeito podem ser analisadas sob um tríplice viés, como leciona Hely Lopes Meirelles:

*As responsabilidades do prefeito, como chefe do Executivo Municipal e agente político, serão estudadas sob o tríplice aspecto penal, político-administrativo e civil, visto que, no desempenho de suas funções, poderá incidir em qualquer desses ilícitos, dando ensejo à respectiva sanção, aplicada em processos distintos e independentes.*⁸¹

De plano imperioso salientar a distinção entre as responsabilidades do Prefeito, que é agente político, dos demais servidores (administrativos). A exegese do cargo político coloca o Alcaide em nível distinto de responsabilidade.

Também não há de confundir as ilicitudes decorrentes da titularidade do cargo, com as pessoais, que não são afastadas em razão do exercício da função pública.

2.2 Responsabilidades penais

Tais responsabilidades advêm do cometimento de ilícitos criminais funcionais.

São ilícitos funcionais justamente por se enquadrarem nos crimes próprios, somente praticados por aqueles que exercem a função, quer exclusiva de Prefeito, ou a de funcionário público, por força do artigo 327 do Código Penal.

⁷⁶ Código Penal

⁷⁷ Decreto Lei 201/67

⁷⁸ Lei 4.898/65

⁷⁹ Art. 295, II do Código de Processo Penal

⁸⁰ Art. 221 do Código de Processo Penal

⁸¹ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito municipal brasileiro**. 16ª edição. Atualizada por Márcio Shneider Reis e Edgar Neves da Silva. São Paulo: Malheiros: 2008, p. 789

O Código Penal, em seus artigos 312 a 326, cuida de algumas hipóteses desses ilícitos, porém a legislação esparsa também contempla outras figuras, como a Lei 8.137/90 (art. 3º) e a Lei 4.898/65.

O Decreto-Lei 201/67 traz em seu artigo 1º ilícitos penais que somente podem ser cometidos por quem ocupar o cargo de Prefeito.

São figuras jurídicas próprias da Chefia do Poder Executivo Municipal, no caso de indício, de rigor, primeiro a tentativa de subsunção a seus tipos, e caso não ocorra, o caminho deve ser o Código Penal, para se viabilizar *quantum satis*, o papel punitivo do Estado.

Nos vinte e três incisos do artigo 1º do Decreto-Lei 201/67, estão tipificados todos os crimes funcionais dos Prefeitos, e seus eventuais substitutos, com pequenas alterações processuais, regidos pelos ritos do Código de Processo Penal.

São crimes de ação pública incondicionada, punidos somente a título de dolo, cujo foro é o Tribunal de Justiça, por força do artigo 29, inciso X, da Constituição Federal. Esse é o Juízo natural dos Prefeitos para o processo de ilícitos penais, tanto para os crimes praticados em razão do cargo, quanto para os demais, como já sedimentou o Supremo Tribunal Federal.
82

Diante da falta de clareza do legislador constitucional, a previsão do artigo 29, inciso X, tem proporcionado interpretações nos mais variados sentidos.

Questão que levantou certa celeuma logo após a edição da atual Constituição Federal foi quanto à competência originária no caso de ilícitos envolvendo verbas federais.

O extinto Tribunal Federal de Recursos, sob o pálio da antiga Constituição, editou a súmula 133, que carrega aos Tribunais Estaduais a competência, mesmo tratando-se de verbas federais.⁸³

O Superior Tribunal de Justiça, sobre o tema, editou a súmula 208, que endereça à Justiça Federal, a competência para processar e julgar Prefeitos por desvio de verba sujeita à prestação de contas junto a órgão federal.⁸⁴

⁸² BRASIL. Supremo Tribunal Federal – RTJ 152/657

⁸³ BRASIL. Tribunal Federal de Recursos. Súmula 133. Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar prefeito municipal acusado de desvio de verba recebida em razão de convênio firmado com a União Federal.

⁸⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 208. Compete à Justiça Federal processar e julgar Prefeito Municipal por desvio de verba sujeita à prestação de contas perante órgão federal.

Porém, logo em seguida, foi editada a súmula nº 209, que encaminha à justiça estadual a competência no caso dos recursos transferidos serem incorporados ao patrimônio municipal.⁸⁵

Já quando se tratar de ilícitos eleitorais, a competência é do Tribunal Regional Eleitoral.

Ainda, todos esses tipos, além da pena principal, são acompanhados de reflexos acessórios, como a perda do cargo, inabilitação para a função pública e a reparação do eventual dano.

Oportuno consignar que, não obstante o artigo 1º do Decreto-Lei 201/67 rotular esses ilícitos de crimes de responsabilidade, pela ortodoxia do nosso direito, tal adjetivo é próprio das infrações político-administrativas, que serão analisadas mais abaixo, sem embargo da opinião de ilustres juristas que defendem interpretação diversa.

2.3 Responsabilidades por ato de improbidade administrativa

Sem desprezo à controvérsia existente sobre o tema, os atos de improbidade administrativa descritos pela Lei 8.429/92 não se amostam aplicáveis aos Prefeitos.

Por probidade, ou principio da probidade, salutar o magistério de Wallace Paiva Martins Junior:

A ética instrumentalizada pela probidade integrada expressamente ao sistema jurídico, além de executar essa função interna na relação jurídica entre o agente público e a Administração Pública, proporciona externamente um maior controle desta. [...] A probidade administrativa estabelece-se internamente como dever funcional inserido na relação jurídica que liga o agente público à Administração Pública (sendo esta titular do direito) e, externamente, determina que nas relações jurídicas com terceiros também a Administração Pública por seus agentes observe o seu postulado.⁸⁶

Atualmente permeiam o tema, três correntes sobre a possibilidade de responsabilização dos Prefeitos pela Lei 8.429/92.

A primeira, lastreada pela decisão do Supremo Tribunal Federal na Reclamação 2.138, aflora-se com maior vigor jurídico.

⁸⁵BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 209. Compete a justiça estadual processar e julgar Prefeito por desvio de verba transferida e incorporada ao patrimônio municipal.

⁸⁶ MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. **Probidade administrativa**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 102/103

Doutrina e jurisprudência caminham para o reconhecimento da impossibilidade de acúmulo ao agente político, das sanções por ato de improbidade e dos crimes de responsabilidade, cujas particularidades no trato, foram amplamente reconhecidas quando da retirada da incidência da Súmula Vinculante nº 13.⁸⁷

Essa doutrina tem reconhecido que as sanções de improbidade, a despeito de caracterizadas como de natureza civil, são dotadas de forte conteúdo penal.⁸⁸

Em razão de tal característica, a Lei 8.429/92, resta inaplicável aos *agentes políticos*, eis que estes têm regramento próprio quanto à responsabilização, no caso dos Prefeitos o previsto no Decreto-Lei 201/67,⁸⁹ o que atrairia a incidência do *bis in idem*.⁹⁰ A exemplo a citação de José Santos Carvalho Filho:

Questão que tem suscitado funda polêmica é a que diz respeito à responsabilidade dos agentes políticos no que tange a atos de improbidade. Sem dúvida, a discussão sobre o tema revela-se de grande complexidade em virtude dos efeitos que o reconhecimento da improbidade pode produzir. Na verdade, a questão originou-se de ações de improbidade ajuizadas em face de Ministros de Estado, nas quais foi ventilada também a incompetência de juízos de primeiro grau. [...] De fato, examinando-se o elenco de sanções contemplado no art. 12 da Lei nº 8.429/92, é possível vislumbrar a existência, lado a lado, de sanções político-administrativas e exclusivamente administrativas. Daí a distinção feita por alguns intérpretes e que, em nosso entender, melhor se harmoniza com o sistema atualmente em vigor e com o princípio da moralidade administrativa.⁹¹

O desapego à probidade leva o agente *público administrativo*, a ser responsabilizado em uma das três modalidades previstas na norma regente: artigos 9, 10 ou 11. Somente essa qualidade de agentes é que se sujeita a Lei 8.429/92.

O Decreto-Lei 201/67, editado sob o pálio da Constituição anterior, segundo o Supremo Tribunal Federal, foi recepcionado pela atual Carta.⁹²

Trata-se de diploma normativo que dispõe sobre a responsabilidade penal e político-administrativa dos Prefeitos e dos Vereadores.

⁸⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. RE 579.951/RN, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, DJe-202, 24.10.2008, p. 1.876; STF, MC-AgR/PR, 16650, Rel. Min. Ellen Gracie, DJe-222, 21.11.2008, p. 277.

⁸⁸ MENDES, Gilmar Ferreira e WALD, Arnold. **Competência para julgar a improbidade administrativa**. em Revista de Informação Legislativa nº 138. abr./junho./1998, pp. 213-215.

⁸⁹ MENDES, Gilmar Ferreira. Curso de direito constitucional. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 814.

⁹⁰ COPOLA, Gina. A improbidade administrativa no direito brasileiro. Belo Horizonte: Fórum, 2011. p. 41.

⁹¹ CARVALHO FILHO. José Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24ª edição, Lumen Juris, 24ª ed., 2011, p. 991/992.

⁹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processo Penal. Habeas Corpus nº 69.850-6-RS, Pleno. Brasília, 27/05/1994.

A responsabilidade deriva de um dever não cumprido ou mal cumprido, que reflita na órbita jurídica de outras pessoas. Esse desapego à obrigação gera a responsabilização em três órbitas: civil, penal e político-administrativa.

No caso do Prefeito, sua responsabilidade advém do cargo democraticamente conquistado, como leciona José Nilo de Castro:

O Administrador Público, no caso o Prefeito Municipal, é obrigado a dirigir suas ações segundo o interesse público. Não é sua vontade que as determina, mas o fim impessoal, desejado e previsto na norma. Por ser secundária, isto é, consistindo em executar as tarefas que a lei lhe confere, a atividade do Prefeito está, diuturnamente, sujeita à fiscalização e a controles diversos. É que a atividade exercida por ele é atividade de quem não é dono. Numa palavra, não lhe pertence o interesse público, a que deve prover, contínua e probamente.⁹³

Os ilícitos de cunho penal e relacionados à atividade de gestão pública são catalogados pelo Decreto-Lei 201/67, em seu artigo 1º.⁹⁴

Essa responsabilidade criminal por atos de gestão, crimes próprios, tem a severidade exacerbada nas penas aplicadas, que podem chegar a doze anos de reclusão,⁹⁵ sem prejuízo da perda do cargo, inabilitação pelo prazo de cinco anos para ocupar qualquer cargo público, e reparação do dano.⁹⁶

Ao aferir os tipos, encontram-se aqueles que ensejam enriquecimento ilícito,⁹⁷ abarcando a hipótese do artigo 9º da Lei 8.429/92; outros que indicam a prática de dano ao erário,⁹⁸ amoldando-se ao artigo 10 da mesma norma; e por fim, os que ofendem os princípios gerais da Administração Pública,⁹⁹ que espelham o artigo 11 da Lei de Improbidade Administrativa.

É solar que os atos de improbidade, assim definidos pela Lei 8.429/92, encontram as mesmas hipóteses no Decreto-Lei 201/67.

A respeito dessa subsunção, o Ministro Gilmar Mendes, no julgamento da Reclamação 2.138/DF, ao proferir seu voto asseverou: “Hoje, tenho a firme convicção de que

⁹³CASTRO, José Nilo. **A defesa dos prefeitos e vereadores em face do decreto-lei 201/67**. Belo horizonte: Del Rey, 2002b, p.124

⁹⁴Art. 1º - São crimes de responsabilidade dos Prefeitos Municipais, sujeitos ao julgamento do Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara dos Vereadores:

⁹⁵ Artigo 1º, parágrafo 1º

⁹⁶ Artigo 1º, parágrafo 2º

⁹⁷ Artigo 1º, I, II

⁹⁸ Artigo 1º, I, II, III

⁹⁹ Artigo 1º, VI, VIII, X, XI, XII, XIII, XIV, XV, XX, XXIII

os atos de improbidade descritos na Lei 8.429 constituem autênticos crimes de responsabilidade”.¹⁰⁰

O termo *crime de responsabilidade* talvez tenha sido utilizado em sentido amplo, abarcando tanto os crimes funcionais como as infrações político-administrativas.

No mesmo julgamento, o Ministro Maurício Correa assim se manifestou:

De fato não há como afastar-se da conclusão de que as conseqüências (sic) legais decorrentes da condenação pela prática de atos de improbidade, especialmente no ponto em que determina a perda da função pública, a suspensão de direitos políticos, a proibição de contratar com entes estatais, receber oficialmente incentivos e benefícios fiscais ou creditícios, sugerem o acentuado conteúdo penal da espécie, paralelamente à natureza civil de ação reparatória de danos supostamente causados ao erário. Distinção entre os regimes de responsabilização político-administrativa. O sistema constitucional brasileiro distingue o regime de responsabilidade dos agentes políticos dos demais agentes públicos. 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 nº 8.429/92) e o regime fixado no art. 102, I, “c” (disciplinado pela Lei nº 1.079/1950). Se a competência para processar e julgar a ação de improbidade (CF, art. 37, § 4º) pudesse abranger também atos praticados pelos agentes políticos, submetidos a regime de responsabilidade especial, ter-se-ia uma interpretação ab-rogante do disposto no artigo 102, I, “c”, da Constituição.

Em arremate, o Acórdão salienta:

Ação de improbidade administrativa. Ministro de Estado que teve decretada a suspensão de seus direitos políticos pelo prazo de 8 anos e a perda da função pública por sentença do Juízo da 14ª Vara da Justiça Federal – Seção Judiciária do Distrito Federal. Incompetência dos juízos de primeira instância para processar e julgar ação civil de improbidade administrativa ajuizada contra agente político que possui prerrogativa de foro perante o Supremo Tribunal Federal, por crime de responsabilidade, conforme o art. 102, I, “c” da Constituição. Reclamação julgada procedente.

É certo que o Supremo Tribunal Federal oscila na rotulação dos *crimes de responsabilidade*, no caso dos Prefeitos, ora inserindo os tipos do artigo 1º do Decreto Lei 201/67, ora os do artigo 4º do mesmo diploma. Ao que parece, para o Tribunal, o termo *crime de responsabilidade* é figura designativa daqueles ilícitos próprios da função de gestor público, no caso os Prefeitos, que têm natureza penal, assim entendidos os tipos cuja sanção é de segregação, bem como as infrações político-administrativas, por tradição do nosso Direito.

Seria um gênero com duas espécies: as figuras penais e as de cunho político, ou ainda, crimes de responsabilidade próprios e impróprios.¹⁰¹

¹⁰⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Usurpação de competência. Reclamação 2.138/DF. Pleno. Brasília, 18/04/2008.

Essa construção jurisprudencial talvez tenha sua razão de ser, na preservação da ortodoxia histórica, sem desprestigiar a vontade do legislador ordinário, como a descrição do artigo 1º do Decreto-Lei 201/67. Algo defensável nas palavras de Jean Cruet:

Uma lei, pois, não pode conservar indefinidamente o seu alcance primitivo, quando tudo muda ao redor d'ella: os homens, as coisas, o juiz e o próprio legislador. Novas questões se apresentam, velhas questões não se apresentam já da mesma maneira, e um dia chega em que a aplicação do texto antigo, no seu sentido primitivo, aparece racionalmente como uma verdadeira impossibilidade. Uma lei inalterável só pode conceber-se numa sociedade imutável. Explica-se assim como o progresso da jurisprudência tem muitas vezes consistido em esquecer o sentido histórico dum texto para lhe reconhecer um sentido próprio evolutivo.¹⁰²

Sem embargos das mais valiosas opiniões sobre o tema, é certo que o artigo 85, inciso V da Constituição é claro quanto à natureza da punição por atos de improbidade.¹⁰³

Ainda, o artigo 86 separa muito bem os crimes comuns dos de responsabilidade quanto ao (à) Presidente da República. Os primeiros têm julgamento perante o Poder Judiciário (Supremo Tribunal Federal), e os outros pelo Legislativo (Congresso Nacional).¹⁰⁴

Diante dessa previsão constitucional, são crimes de responsabilidade as infrações político-administrativas.

Não obstante, os Prefeitos respondem por crimes comuns (funcionais), nas hipóteses do artigo 1º do Decreto Lei 201/67.

Esses crimes têm particularidades motivadas pelo cargo ocupado, como leciona Tito Costa:

A expressão 'crimes de responsabilidade' é hoje usual e reconhecida em texto de lei, embora se trate de locução desrevestida de sentido técnico, verdadeira corruptela. Refere-se ela, no entanto, à responsabilidade criminal dos Prefeitos, do qual a responsabilidade civil, e mesmo a política administrativa, podem vir a ser consequência (sic), não obstante independentes umas de outras.¹⁰⁵

Novamente o magistério de José Nilo de Castro mostra-se relevante:

¹⁰¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Habeas Corpus nº 70.671. j. 13/04/1994.

¹⁰² CRUET, Jean. **A vida do direito e a inutilidade das leis**. Lisboa: José Bastos & Cia. – Livraria editora. 1908, p. 41. Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br>. Acesso em: 10 de Outubro de 2012.

¹⁰³ Art. 85. São crimes de responsabilidade os atos do Presidente da República que atentem contra a Constituição Federal e, especialmente, contra: I - ...;II - ...;III - ...;IV - ...;V - a probidade na administração;

¹⁰⁴ Art. 86. Admitida a acusação contra o Presidente da República, por dois terços da Câmara dos Deputados, será ele submetido a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, nas infrações penais comuns, ou perante o Senado Federal, nos crimes de responsabilidade.

¹⁰⁵ COSTA, Tito. **Responsabilidade de prefeitos e vereadores**. 3ª edição. São Paulo. Revista dos Tribunais. 1998, p. 36

Sendo assim, diante do julgamento proferido pelo Supremo Tribunal Federal em 13 de junho de 2007, não restam dúvidas quanto à inaplicabilidade da lei n.º 8.429/92 aos Prefeitos Municipais, devendo estes ser processados e julgados nos Tribunais de Justiça, nos termos do art. 29, X, da Constituição da República, embora juízes e Tribunais, sob a invocação de que os efeitos da Reclamação, embora não são vinculantes, hesitem em aplicar a jurisprudência da Corte Suprema, [...]¹⁰⁶

Hialino que sob a roupagem de *ação civil*, o legislador criou tipos de crimes funcionais, quer pelas consequências,¹⁰⁷ ou pela identidade do seu fato gerador, inaplicáveis aos agentes políticos, como já sinalizou o Supremo Tribunal Federal.

Estes agentes exercem parcela de soberania do Estado e atuam com a independência incomunicável aos servidores em geral, que se apresentam subordinados a limitações hierárquicas e a um regime comum de responsabilidade.

Aplicar os tipos da Lei 8.429/92 aos agentes políticos equivaleria a criar uma categoria nova de *crimes funcionais*.

A Constituição Federal não admite o concurso de regimes de responsabilidade dos agentes políticos pela Lei 8.429/92 e pelo Decreto-Lei 201/67, posto que inadmissível o *bis in idem*.

Por certo, a sujeição recai nas hipóteses do Decreto Lei 201/67, eis que, além da maior severidade de suas penas, trata-se da única espécie normativa dos *crimes próprios* dos Prefeitos. Tais crimes não convivem com a sanção de improbidade administrativa descrita pela Lei 8.429/92.

O paradigma do Supremo Tribunal Federal já é acompanhado pelos Tribunais inferiores, como Tribunal de Justiça de São Paulo, como na apelação nº 994.08.161487-2, de 16/06/2010.¹⁰⁸

Nesse julgado da Corte Bandeirante, cuja relatoria coube ao Desembargador Ferraz de Arruda, o mesmo justificou seu voto amparado na tese acolhida pelo Supremo Tribunal Federal nos autos da Reclamação 2.138/DF.¹⁰⁹

¹⁰⁶CASTRO, José Nilo de. **Direito Municipal Positivo**. Belo Horizonte: Del Rey, 2010a, p. 203

¹⁰⁷Perda da função pública, suspensão dos direitos políticos e reparabilidade do dano

¹⁰⁸ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Ato de Improbidade. Ação Civil Pública - Improbidade Administrativa - Impossibilidade de ajuizamento contra Prefeito, por força do que expressamente dispõe o artigo 29, X, da Constituição Federal - Entendimento do Supremo Tribunal Federal. Apelação com Revisão: 994.08.161487-2- São Paulo, 16/06/2010

¹⁰⁹ O decidido na *Reclamação 2.138-6*, acima referida, se ajustou em torno da tese de que os agentes públicos políticos estão fora do alcance da Lei de Improbidade Administrativa, mercê da exegese dos artigos 37, § 4o e 102, inciso I, letra "c", ambos da Constituição Federal, lembrando o eminente relator, Min. Gilmar Mendes que:

Nos Estados, os regionais vêm acolhendo a orientação do Supremo Tribunal Federal, como no Tribunal de Justiça do Mato Grosso.¹¹⁰

Também o Tribunal Regional Federal da 4ª Região ratifica o mesmo entender.¹¹¹

Assim, sem embargo das valiosas opiniões contrárias, a situação parece estar cada vez mais clara quanto à impossibilidade de os Prefeitos responderem pelos tipos da Lei 8.429/92, sob pena de caracterização do *bis in idem*.

Embora tal conclusão, respalda pela decisão majoritária no julgamento da Reclamação nº 2.138 perante do Supremo Tribunal Federal, se apresente como a acertada outras não menos respeitáveis divergem.

Uma segunda corrente entende que exceção feita ao Presidente da República, os demais agentes políticos submetem-se às sanções de improbidade administrativa, previstas na Lei 8.429/1992, e às sanções por crime de responsabilidade, tipificadas nas seguintes normas: Lei 1.079/1950; Decreto-Lei 201/67 e na Lei 7.106/1983, que podem ser aplicadas de forma cumulativa sem que isso configure *bis in idem*.¹¹² Como o Texto Constitucional através do artigo 85, V, somente insere os atos de improbidade, nos crimes de responsabilidade, praticados pelo Chefe do Poder Executivo Federal, sendo omissivo quanto aos demais, haveria em desfavor destes, a possibilidade de aplicação concomitante das normas.

Recentemente o Superior Tribunal de Justiça, mudando posição anterior,¹¹³ através da Corte Especial, admitiu a harmonia material das sanções de improbidade administrativa e dos crimes de responsabilidade, ressaltou apenas a questão processual (competência constitucional) para aplicação das referidas sanções a determinados agentes políticos, no caso

(...) muitos dos ilícitos descritos na Lei de Improbidade configuram, igualmente, ilícitos penais, que podem dar ensejo a perda do cargo ou da função pública, como efeito da condenação, como fica evidenciado pelo simples confronto entre o elenco de "atos de improbidade", constante do art. 9º da Lei 8.429/92, com os delitos contra a Administração". "Tal coincidência", afirmou-se, "(...) evidenciaria a possibilidade de incongruências entre as decisões na esfera criminal e na "ação civil" com sérias conseqüências (sic) para todo o sistema jurídico".

¹¹⁰ BRASIL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. Ato de Improbidade.- Lei Especial. A Lei de Improbidade Administrativa (Lei de n. 8.429/1992) não é aplicável aos agentes políticos, fato que revela a inadmissibilidade de eventual "ação de improbidade administrativa". Hipótese de extinção do processo sem resolução do mérito por carência da ação e por falta de interesse processual justificado na inadequação da via eleita. Precedentes jurisprudenciais. Apelação nº 2009.018983-9/0000-00. Campo Grande, 12/07/2010.

¹¹¹BRASIL, Tribunal Regional Federal, 4ª Região. Ato de Improbidade. O Supremo Tribunal Federal fixou entendimento nos termos do qual a Constituição do Brasil não admite concorrência entre dois regimes de responsabilidade político-administrativa para os agentes políticos. Precedentes. Agravo regimental a que se nega provimento. Agravo de Instrumento nº 2009.04.00.043623-1/SC. Porto Alegre, 03/03/2010

¹¹² DECOMAIN, Pedro Roberto. **Improbidade administrativa**. São Paulo: Dialética, 2007. p. 39.

¹¹³ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ação Civil Publica. Conduta omissiva. Caracterização de infração político administrativa. Decreto-Lei 201/67. Ato de improbidade administrativa. Lei 8.429/92. Coexistência. Impossibilidade. Manutenção do Acórdão recorrido. REsp 456.649/MG, Rel. p/ Acórdão Min. Luiz Fux, Primeira Turma, DOJ 05.10.2006, p. 237(Informativo de Jurisprudência do STJ 295).

o Presidente da República.¹¹⁴ A decisão se apoia no fato da Constituição Federal, ser taxativa ao indicar como crime de responsabilidade, a prática de ato de improbidade pelo Presidente da República, sendo omissa quanto aos demais agentes políticos, portanto não ocorreria o *bis in idem* com os mesmos.

Tal corrente, *data máxima vênia*, ignora o princípio da simetria, que reporta aos demais agentes políticos, as regras aplicáveis ao Presidente da República, como no caso de afastamento do país por período inferior a quinze dias. Por simetria aos artigos 49, III e 83 da Constituição Federal, tais disposições são aplicáveis aos Governadores e Prefeitos, devendo estar previstas nas respectivas Constituições Estaduais e Leis Orgânicas.

O Supremo Tribunal Federal reiteradas vezes já confirmou à necessidade do respeito ao princípio da simetria, como no julgamento da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 738-6 de 13/11/2002, que entendeu inconstitucionais os artigos da Constituição Estadual do Goiás, que exigiam previa autorização da Assembléia Legislativa, para o afastamento do país pelo Governador por qualquer prazo.¹¹⁵

Da mesma forma, já entendeu a Suprema Corte, que os Estados, por prestígio à simetria ao artigo 59 da Constituição Federal, podem editar medidas provisórias, desde que haja previsão na Constituição do ente, como na Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 425-5 de 04/09/2002.¹¹⁶

Afastar o princípio da simetria em termos de responsabilização do agente político mostra-se equivocado. É certo que a previsão do artigo 85 da Constituição Federal, impreterivelmente se aplica aos Governadores e aos Prefeitos. Pensar de maneira inversa é ignorar a simetria.

A terceira corrente entende que o agente político não está imune à aplicação da Lei de Improbidade Administrativa. Fica preservado o apenamento por crimes de

¹¹⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ação de improbidade contra Governador de Estado. Duplo regime sancionatório dos agentes políticos: legitimidade. Foro por prerrogativa de função: reconhecimento. Usurpação de competência do STJ. Reclamação 2.790/SC, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Corte Especial, DJe 04.03.2010 (Informativo de Jurisprudência do STJ 418).

¹¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Espécie de autorização que, segundo o modelo federal, somente se justifica quando o afastamento exceder a quinze dias. Aplicação do princípio da simetria. Precedentes. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 738-6 de 13/11/2002.

¹¹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Podem os Estados-Membros editar medidas provisórias em face ao princípio da simetria, obedecendo as regras básicas do processo legislativo no âmbito da União (CF, artigo 62). Constitui forma de restrição não prevista no vigente sistema constitucional pátrio (CF, § 1º do artigo 25) qualquer limitação imposta às unidades federadas para a edição de medidas provisórias. Legitimidade e facultatividade de sua adoção pelos Estados-Membros, a exemplo da União federal. ADI 425-5 de 04/09/2002.

responsabilidade através das normas próprias – Decreto-Lei 201/67 e Lei 1.079/50 - , porém quanto a Lei 8.429/92, estaria o agente sujeito as demais sanções (civis).

Os defensores dessa tese ¹¹⁷ sustentam que a intenção do legislador constituinte não foi outra, senão a de fixar sanções especiais para os agentes políticos que cometerem atos de improbidade na modalidade crimes de responsabilidade, cujas consequências políticas (perda do cargo e inabilitação temporária para o exercício de função pública), ficam no terreno da Lei 1.079/50 e Decreto-Lei 201/67, porém no tocante aos demais apenamentos, que não possuem caráter político, sua regulamentação esta prevista no art. 12 da Lei 8.429/1992.

Nesse linha, o agente politico municipal – Prefeito - pode ser responsabilizado pelo Decreto-Lei 201/67 e pela Lei 8.429/92.

Sem demérito a seus defensores, a tese também cria o *bis in idem*, pois o artigo 1º, § 2º do Decreto-Lei 201/67, já prevê a hipótese de perda da função publica, o ressarcimento ao erário dos danos causados e a inabilitação para exercício da função publica por cinco anos, sanções de cunho politico, que estão no rol do artigo 12 da Lei 8.429/92.

A primeira corrente se apresenta como a mais ajustada ao ordenamento. O artigo 85 da Constituição Federal traz as hipóteses de crimes de responsabilidade do Presidente da República, entre as quais, a prática de ato de improbidade (inciso V). Tais hipóteses de responsabilidade são aplicáveis aos Prefeitos por prestígio ao principio da simetria. Também de se sopesar a redação do artigo 29-A, § 2º da Constituição Federal, que através da Emenda Constitucional nº 25 de 14 de Fevereiro de 2000, trouxe um rol de crimes de responsabilidade aos Prefeitos, situações, alias já previstos no Decreto-Lei 201/67, que é norma reguladora, e também na Lei 8.429/92. Sem duvidas que esses ilícitos não podem ser apenados pela Lei de Improbidade, mas somente pela norma que trata de tal espécie de crimes.

Os crimes de responsabilidade, conforme magistério do Supremo Tribunal Federal,¹¹⁸ são gênero tendo como espécies, os próprios e os impróprios. No caso dos Prefeitos, os primeiros estão previstos no artigo 1º do Decreto-Lei 201/67, e os segundos no artigo 4º.

¹¹⁷ Nesse sentido: CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de direito administrativo**. 24. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011. p. 992; DI PIETRO, Maria Sylvia ZaneJla. **Direito administrativo**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009. p. 817; GAJARDONI, Fernando da Fonseca; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luis Otávio Sequeira de; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; FAVRETO, Rogerio. **Comentários à Lei de Improbidade Administrativa**. São Paulo: RT, 2010. p. 47; PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de Improbidade Administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2011. p. 143-144.

¹¹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 2.138.

Como o Decreto-Lei 201/67, abarca as sanções do artigo 12 da Lei 8.429/92, a aplicação das duas normas, atrai o *bis in idem*.

2.4 Responsabilidade civil – reparação de danos em razão do cargo – aspecto civilista

A responsabilidade civil do Alcaide deriva de ato comissivo ou omissivo, praticado com dolo ou culpa no exercício e em função do cargo, que cause dano de ordem material ao Município, ou material e moral a terceiros.¹¹⁹ Trata-se de responsabilidade civil subjetiva. Para haver reparação há necessidade do dano.

Rui Stoco esclarece de forma lúcida, o que é ato ilícito reparável:

Assim sendo, para que haja ato ilícito, necessária se faz a conjugação dos seguintes fatores: a existência de uma ação; a violação da ordem jurídica; a imputabilidade; a penetração na esfera de outrem. [...] Deve, pois, o agente recompor o patrimônio (moral ou econômico) do lesado, ressarcindo-lhe os prejuízos acarretados, á custa do seu próprio desde que presente a subjetividade no ilícito.¹²⁰

Essa *penetração na esfera de outrem* é resumível no prejuízo, na perda de patrimônio, que deve ser compensada.

O dano material pode ser definido como o que atinge direitos que compõem o patrimônio de uma pessoa, cuja quantificação pecuniária é sempre possível. A exemplo o Prefeito que pratica o desfalque ao erário publico.

Já o dano moral, ou imaterial, decorrente do desprestígio a bens da personalidade, atinge a órbita sensorial de outrem.

O dano de ordem moral pode ocorrer por meio da imprensa, como v.g. através de uma entrevista ou matéria, socorrendo ao lesado, além da reparação, o uso da censura judicial para que o ilícito cesse, como leciona Jairo José Gênova:

Os partidários da censura judicial afirmam que a Constituição Federal, a par de garantir a liberdade de manifestação do pensamento (art. 5º, inciso IV), garantiu outros direitos à pessoa e estabeleceu o princípio da proteção judiciária, pelo qual “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário, lesão ou ameaça a direito” (art. 5º, inciso XXXV). O princípio da proteção judiciária, bem como seus corolários, constitui garantia individual do cidadão, que tem o direito inalienável de exigir a atuação do Poder Judiciário para arrostar qualquer lesão ou ameaça a direito.¹²¹

¹¹⁹BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Art. 5º, V e X.

¹²⁰ STOCO, Rui. **Tratado De Responsabilidade Civil**. 7 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007. p.127

¹²¹ GÊNOVA, Jairo José. **A imprensa e a censura**. In: *Âmbito Jurídico*, Rio Grande, XIV, n. 93, out 2011. Disponível em: <http://www.ambito->

Em síntese, a priori, para surgir à necessidade da reparação, de rigor a presença do binômio dano/ilícito previsto no artigo 186 do Código Civil: “Art. 186. Aquele que, por ação ou omissão voluntária, negligência ou imprudência, violar direito e causar dano a outrem, ainda que exclusivamente moral, comete ato ilícito.”

Para haver a reparação civil, é necessário um ilícito acompanhado de reflexos patrimoniais – dano -.

Essa espécie de tutela visa unicamente à recomposição patrimonial. Tomando o texto normativo literalmente, se o lícito não causar dano não é ilícito.

Os direitos extrapatrimoniais quando violados, necessitam de uma tutela diversa da reparatória, como assevera Flávio Luiz de Oliveira:

Portanto, diante das peculiaridades dos direitos extrapatrimoniais que por sua natureza não têm equivalente em pecúnia, não há como olvidar a impossibilidade de serem tutelados através da técnica ressarcitória pelo equivalente monetário, evidenciando-se, por conseqüência, que o mais importante que reparar o dano é evitar ou eliminar o ilícito que pode provocá-lo. Frise-se, por conseqüência, a necessidade de se reconhecer tutelas específicas aderentes às diversas situações de direito material, pois, a reparação visa restaurar a situação patrimonial anterior do prejudicado sem levar em consideração a natureza do direito violado, privilegiando a técnica ressarcitória pelo equivalente, cuja sentença atua voltada ao passado.¹²²

Pela prática desses atos, o agente responde subjetivamente, mas o Estado é responsável objetivamente. Trata-se de regra geral, prevista no artigo 37, § 6º da Constituição Federal.

Essa regra geral (responsabilidade subjetiva) deve ser aplicada aos Prefeitos com certas reservas. Como se trata de agente político, com poder de decisão, é natural certa falibilidade em seus atos, não podendo responder de forma ampla, por eventuais danos praticados sem a necessária má-fé ou desvirtuamento inescusável.

A disciplina do artigo 37, § 6º, é dirigida aos servidores públicos, administrativos sem a missão de decidir sobre a prática de atos de gestão.

São funções distintas as dos agentes políticos e as dos administrativos. Os primeiros tomam decisões em nome do ente público, já os segundos cumprem tarefas administrativas sem a responsabilidade decisória.

juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10448>. Acesso em: 15 de Janeiro de 2013.

¹²² OLIVEIRA, Flávio Luís de. **A tutela jurisdicional e concretização de direitos**. Revista de Direito Privado da UEL, v. 03, p. 01-12, 2010.

Daí se conclui que os agentes políticos somente respondem civilmente quando agirem abusivamente, ao contrário dos administrativos, mas suscetíveis de responsabilização por qualquer das modalidades previstas no Código Civil.

A respeito, a posição de Hely Lopes Meirelles:

O prefeito, portanto, não se equipara aos servidores públicos para fins de responsabilidade civil. Embora suas atividades, concretizadas em atos administrativos, venham a causar prejuízos a terceiros ou ao Município, nem sempre ensejam a ação direta ou a regressiva de indenização prevista no art. 37, § 6º da CF para os *servidores públicos em geral*. Como agente político, o chefe do Executivo local só responde civilmente por seus atos funcionais se os praticar com dolo, culpa manifesta, abuso ou desvio de poder. O só fato de o ato ser lesivo não lhe acarreta a obrigação de indenizar. Necessário se torna, ainda, que, além de lesivo e contrário a direito, resulte de conduta abusiva do prefeito no desempenho do cargo ou a pretexto de seu exercício.

¹²³

Na mesma obra, o autor esclarece que tal regime de responsabilização é derivado do direito estadunidense, onde as funções são classificadas em três categorias: as ministeriais, ou de cunho meramente administrativo, sem poder de mando; as judiciais, de caráter jurisdicional; e as quase judiciais, que são praticadas pelos agentes políticos com poder decisório.

Longe de ser um privilégio, a distinção visa a dar segurança àqueles agentes do Estado que devem atuar decidindo, mandando, sem que por isso sintam-se intimidados ou temerosos por eventuais erros.

Respaldado essa distinção, a Lei 9.028/95, que dispõe sobre a organização da Advocacia Geral da União, em seu artigo 22, autoriza os procuradores a advogar em favor dos agentes públicos com poder de mando, pela imputação de ilícitos decorrentes do exercício do cargo, mesmo que já o tenham deixado. ¹²⁴

¹²³ Op. cit. p. 809

¹²⁴ Art. 22. A Advocacia-Geral da União e os seus órgãos vinculados, nas respectivas áreas de atuação, ficam autorizados a representar judicialmente os titulares e os membros dos Poderes da República, das Instituições Federais referidas no Título IV, Capítulo IV, da Constituição, bem como os titulares dos Ministérios e demais órgãos da Presidência da República, de autarquias e fundações públicas federais, e de cargos de natureza especial, de direção e assessoramento superiores e daqueles efetivos, inclusive promovendo ação penal privada ou representando perante o Ministério Público, quando vítimas de crime, quanto a atos praticados no exercício de suas atribuições constitucionais, legais ou regulamentares, no interesse público, especialmente da União, suas respectivas autarquias e fundações, ou das Instituições mencionadas, podendo, ainda, quanto aos mesmos atos, impetrar **habeas corpus** e mandado de segurança em defesa dos agentes públicos de que trata este artigo. [\(Redação dada pela Lei nº 9.649, de 1998\)](#) [\(Vide Medida Provisória nº 22.216-37, de 2001\)](#). § 1º O disposto neste artigo aplica-se aos ex-titulares dos cargos ou funções referidos no **caput**, e ainda: [\(Incluído pela Lei nº 9.649, de 1998\)](#) [\(Vide Medida Provisória nº 22.216-37, de 2001\)](#)

Esses agentes públicos que, de alguma forma, decidem, devem ter a seu favor a possibilidade do erro, porém, sem má-fé.

Assim os Prefeitos, inserindo-se nessa espécie de servidores, têm militando a seu favor, a possibilidade de erro em suas decisões, devendo ser responsabilizados civilmente, somente se o ato foi praticado à margem da boa fé.

2.5 A responsabilidade político-administrativa

O Prefeito, na qualidade de agente político, além das responsabilidades de ordem penal e civil, também responde perante o Poder Legislativo por eventuais infrações político-administrativas.

Trata-se de análise sob a ótica política do exercício da gestão pública, surgindo dessa simbiose a denominação político-administrativa.

Segundo critérios fixados em lei, o Legislativo tem a prerrogativa de julgar o Prefeito por atos de administração, que se mostrem divorciados do espírito público que envolve o cargo.

A sanção pela prática desses atos é a perda do mandato e a inelegibilidade pelo prazo de oito anos.

O efeito jurídico da condenação por tais atos reflete diretamente nos direitos políticos do agente, que é um direito fundamental.

Com essas consequências, ganha relevância a tipificação e o processo de cassação do mandato, havendo de se extrair da Constituição Federal as competências para tanto, pois a atuação do legislador ordinário deriva de um comando superior, como leciona Miguel Reale:

O Estado tem o poder de decidir em última instância por ser a instituição máxima na ordem da realização do bem comum da Nação e, enquanto vigora um ordenamento legal, enquanto subsiste um sistema constitucional, o Estado só pode decidir em última instância na forma prevista pelos modelos jurídicos supremos.¹²⁵

Não obstante a previsão do artigo 29-A da CF, a simetria nos remete ao artigo 85, que trata das infrações político-administrativas do Presidente da República, devendo ser utilizado como paradigma aos Prefeitos.

Tais infrações guardam estreita relação com a probidade, que é abarcada pelo princípio da moralidade, como indica Wallace Paiva Martins Junior:

¹²⁵ Op. cit. p. 340

Como visto, o princípio da moralidade administrativa prega a observância de regras éticas na atividade administrativa, informadas por valores como boa-fé, diretivas de boa administração, honestidade, lealdade, interesse público e no ato praticado (objeto, motivo e finalidade). Contido no princípio da moralidade administrativa está o da probidade.¹²⁶

Como a probidade é um direito subjetivo público (difuso), o desvio atrai a ocorrência de infração político-administrativa.

2.5.1 A Lei Complementar 64/90, alterada pela Lei Complementar 135/2010 – lei da ficha limpa

Eventual subsunção às hipóteses normativas definidoras das infrações político-administrativas enseja a cassação do mandato do Prefeito.

Esse ato punitivo, além de interromper o exercício de um direito conquistado pelo sufrágio popular, atrai para o agente um direito político negativo, previsto na Lei Complementar 64/90, em seu artigo 1º, inciso, I, “c”.

A Constituição Federal, em seu artigo 14, §§ 3º a 8º, traz vários casos das inelegibilidades, como o analfabetismo, a irregularidades dos direitos políticos, idade mínima, etc.

O parágrafo 9º do mesmo artigo remete à legislação ordinária fixação de outras causas de inelegibilidades, daí editada a Lei Complementar nº 64/90.

Referida norma ampliou os casos descritos na Constituição, inserindo no ordenamento jurídico inúmeras outras situações restritivas ao exercício dos direitos políticos passivos (elegibilidades).

Pela atual redação do artigo 1º, inciso I, “c”, inserida pela Lei Complementar 135/2010, ou rotulada de “lei da ficha limpa”, o Prefeito cassado fica inelegível pelo período de oito anos, a contar do término do mandato para o qual havia sido eleito.

Essa redação teve sua compatibilidade com a Constituição Federal enfrentada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento da Ação Declaratória de Constitucionalidade 29, reconhecida plenamente harmônica com o Texto Magno.

¹²⁶ Op. cit. p. 101

Considerando que os direitos políticos estão abarcados pelos direitos fundamentais, há de se ter muito cuidado na delimitação do território de competências para edição de normas que, de alguma forma, o restrinjam, como adverte Monica Herman Caggiano:

A idéia (sic), todavia, penetra em cenário político e jurídico com o caráter de evidente excepcionalidade, porquanto implica numa restrição obscurecendo, temporariamente, o espectro da elegibilidade, erigida a 'liberdade política fundamental'.¹²⁷

Portanto, a despeito da ruptura do mandato em curso, o efeito imediato da configuração da prática de infração político-administrativa é a atração da inelegibilidade, ou seja, restringe um direito fundamental, daí a sua relevância a nível nacional, não somente dentro dos muros da urbe, pois o agente penalizado fica impedido de disputar cargos de envergadura estadual ou federal.

¹²⁷ CAGGIANO, Monica Herman. **O sistema eleitoral brasileiro. Eleições gerais 2010/Eleições municipais 2012**. REVISTA DE DIREITO BRASILEIRA. Publicação oficial do CONPEDI. Florianópolis: Revista dos Tribunais, ano 2, nº 2, p. 409, 2012

CAPITULO 3 - AS INFRAÇÕES POLÍTICO-ADMINISTRATIVAS DOS PREFEITOS

3.1 Natureza jurídica – crimes de responsabilidade

Os agentes políticos, assim definidos pela Constituição Federal, têm um regime de responsabilidade diferenciado dos servidores administrativos, que padecem de poder gestor.

O Presidente da República tem suas irresponsabilidades funcionais, definidas pelo artigo 85 da Constituição Federal, e pela Lei 1.079/50, muito diverso da irresponsabilidade absoluta dos reis (*The King can do no wrong*). Os governadores também têm sua imputação indicada pela mesma lei. Os Prefeitos têm seu regramento indicado pelo artigo 29, inciso X, da Constituição Federal, e pelo Decreto-Lei 201/67.

O Presidente da República tem algumas imunidades de cunho formal, em simetria aos parlamentares federais, que garantem a inauguração do processo por crime comum ou de responsabilidade, somente após a manifestação da Câmara dos Deputados.

A Constituição¹²⁸ faz a distinção entre os crimes de responsabilidade e os comuns, deixando claro, que os primeiros têm natureza política, pois, no caso do Presidente da República, o julgamento será pelo Senado Federal, e nos delitos comuns, a competência migra para o Supremo Tribunal Federal.

Essa previsão para o Presidente da República deve nortear a compreensão da clara distinção entre os ilícitos penais e aqueles de ordem político-administrativa. Estes são denominados pelo Texto de crimes de responsabilidade, independentemente de outros ilícitos incidirem sobre os mesmos fatos, como a reparação civil.

As infrações político-administrativas são na definição de Tito Costa:

as que resultam de procedimento contrário à lei, praticados por agente político, ou quem lhe faça legitimamente as vezes, e relativas a específicos assuntos de administração. O Prefeito, tanto quanto o Governador ou o Presidente da República, é um agente político; desempenha um múnus público, sem qualquer ligação profissional ou de emprego em relação ao Município.¹²⁹

¹²⁸ Artigo 85

¹²⁹ COSTA, Tito. **Responsabilidade de prefeitos e vereadores**. 5ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011. p. 205

Nas palavras de Hely Lopes Meirelles: “é a decretação da perda do mandato por ter o seu titular incorrido em falta funcional definida em lei e punida com esta sanção.”¹³⁰

Por fim, José Nilo de Castro também as define como: “Efetivamente, provêm de violação de deveres éticos, funcionais e governamentais locais, cujo objetivo é a perda do mandato eletivo.”¹³¹

Abre-se a possibilidade de interpretação das lições supra que as infrações político-administrativas guardam estreita relação com a probidade; o Legislativo pode retirar o mandato do Prefeito mediante certas regras dispostas em lei. Essas regras de probidade, invioláveis, intrinsecamente ligadas à moralidade, desqualificam o agente para a continuidade no exercício do cargo.

A moralidade é um dever de todos os administradores por expressa disposição Constitucional (art. 37, *caput*). O desprestígio a esse princípio, além de inúmeras outras consequências, pode acarretar a cassação do mandato do Prefeito, pois, no dizer de Marcelo Figueiredo, “genericamente, comete maus-tratos à probidade o agente público ou o particular que infringe a moralidade administrativa.”¹³²

A cassação tem natureza de ato administrativo vinculado quanto à forma, sendo discricionário quanto a mérito que é de interesse interno da edilidade.

É vinculado em razão dos efeitos jurídicos da cassação, atingirem os direitos políticos do cassado, que tem um mandato para o qual foi democraticamente legitimado ceifado antes do prazo legal.

Além da interrupção do exercício do mandato, o Prefeito cassado ainda sofre o ônus da inelegibilidade, nos termos do artigo 1º, “c” da Lei Complementar 64/90, com as alterações da Lei Complementar 135/2010 (lei da ficha limpa).

Esses efeitos jurídicos da cassação indicam qual ente federado pode legislar sobre a matéria, pois somente os detentores de legitimidade para atuar nos chamados direitos políticos é que se avocam nessa missão.

¹³⁰Op. cit. p. 714

¹³¹Op. cit. p. 371

¹³² FIGUEIREDO, Marcelo. **Probidade administrativa**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 21

Questão tormentosa, que ainda divide opiniões, trata do rótulo dessas infrações político-administrativas. Seriam simplesmente infrações de caráter administrativo, ou pela ortodoxia do nosso direito, ainda podem ser denominadas de *crimes de responsabilidade*.

Se a busca for à doutrina penal, inúmeras definições e divisões de crime serão expostas, porém esse não é o objeto ora buscado.

Para chegar a um conceito de crime que abarque ilicitudes além do ordenamento penal, acolhendo a nomenclatura conferida pelo Supremo Tribunal Federal,¹³³ mister análise sob a ótica sociológica.

Maria Helena Diniz, com a particular serenidade que leciona, define crime como: “Infração das regras sociais consideradas indispensáveis à existência da sociedade.”¹³⁴

Sob a ótica sociológica, crime tem um sentido mais amplo do que na definição penalista, pautada na conduta típica, ilícita e culpável.

Trata-se de ilícito que atenta contra a própria existência da sociedade, revestindo-se de gravidade ímpar, mais que alguns ilícitos inseridos no ordenamento penal, que não tem esse potencial.

Para o reconhecimento dessas figuras, é necessário um desprendimento do positivismo clássico, cartesiano, como diz Marco Aurelio Greco:

Neste momento, faço uma penitência! Não me convence mais a visão puramente positivista do Direito. No início da década de 70, escrevi um dos primeiros textos de Direito tributário nitidamente kelseniano e positivista, mas, hoje, entendo que esta não é a melhor visão a ser adotada para compreender o fenômeno jurídico.¹³⁵

O conceito de crime, sob a ótica sociológica, é mais elástico do que o positivado em nosso ordenamento penal, pois segundo Cesare Beccaria, “a verdadeira medida dos delitos é o dano causado à sociedade.”¹³⁶

No caso dos Prefeitos, não obstante inúmeras Leis Orgânicas tratarem da matéria, o Decreto-Lei 201/67, é a norma a regular o tema e ela de forma imprópria, separa os *crimes de responsabilidade*¹³⁷ das infrações político-administrativas.¹³⁸

¹³³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Reclamação 2.138.

¹³⁴ DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico**. Volume 1. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 225

¹³⁵ GRECO, Marco Aurelio. **Contribuições (uma figura “Sui Generis”)**. São Paulo: Dialética, 2000, p. 69. Apud: Machado, Hugo de Brito. **Estudos de Direito Penal Tributário**. São Paulo, Atlas, 2002, p. 13

¹³⁶ BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Lucia Guidicini E Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 2005, p. 54

¹³⁷ Artigo 1º

O autor do projeto fez questão de salientar a intenção de separar os institutos:

Os crimes de responsabilidade do prefeito estão consignados no Decreto-lei 201, de 1967, cujo projeto é integralmente de nossa autoria e no qual tivemos à preocupação de definir os tipos mais danosos à Administração Municipal e de separar nitidamente as infrações penais das infrações político-administrativas, atribuindo o processo e julgamento daquelas exclusivamente ao Poder Judiciário, e o destas à Câmara de Vereadores.¹³⁹

Outros autores balizados, como Tito Costa, também ratificam que as figuras do artigo 1º, devem ser rotuladas de *crimes de responsabilidade*:

O art. 1º do Dec.-lei 201/67 define os chamados crimes de responsabilidade dos Prefeitos municipais, sujeitos ao julgamento do Poder Judiciário, independentemente do pronunciamento da Câmara de Vereadores.¹⁴⁰

Na mesma direção, colima igualmente, Jose Afonso da Silva:

Está claro que a esse Tribunal só compete julgar os crimes de responsabilidade e os crimes comuns dos prefeitos, pois, como se disse acima, as infrações político-administrativas são julgadas pela Câmara Municipal.¹⁴¹

Essa doutrina tem unicamente como *crimes de responsabilidade* aqueles legalmente rotulados pelo artigo 1º do Decreto-Lei 201/67, sendo as descritas pelo artigo 4º, meras infrações administrativas.

Não obstante a envergadura das opiniões acima, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Habeas Corpus nº 70.671, ao analisar o conteúdo da norma, abarcou as infrações político-administrativas, como *crimes de responsabilidade*.¹⁴²

No mesmo Aresto, o relator fez questão de destacar que: “possuem, destarte, exatamente, a natureza de crime de responsabilidade, as infrações que são enumeradas nos diversos incisos do art. 4º.”

Outra parte da doutrina comunga fielmente esse posicionamento jurisprudencial, como José Nilo de Castro:

O Decreto-Lei n. 201/67 foi recepcionado pela nova ordem constitucional não só pelos arts. 1º, 2º e 3º, que definem os crimes de responsabilidade do Prefeito – que são crimes comuns -, mas também pelo art. 4º, que define as

¹³⁸ Artigo 4º

¹³⁹ Op. cit.p. 794

¹⁴⁰Op. cit. 2011, p.57

¹⁴¹Op. cit. p. 306

¹⁴²BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processo Penal. Prefeito: Crimes de responsabilidade. Decreto-Lei n. 201, de 1967, art. 1º, Crimes comuns. [...] No art. 4º, o Decreto-Lei 201, de 1967, cuida das infrações político-administrativas dos prefeitos, sujeitos ao julgamento pela Câmara dos Vereadores e sancionada com a cassação do mandato. Essas infrações é que podem, na tradição do direito brasileiro, ser denominadas de crime de responsabilidade.[...]. Habeas Corpus nº 70.671-PI, Pleno, Rel. Ministro Carlos Velloso, Brasília, 19/05/1995.

infrações político-administrativas -, que são, pela ortodoxia de nosso direito constitucional – crimes de responsabilidade, que não são infrações penais, mas ilícitos políticos, e pelo art. 5º, que dispõe sobre o processo de cassação do mandato do Prefeito.¹⁴³

Essa posição parece ser a mais acertada, pois os artigos 85 e 86 da Constituição Federal, aplicáveis simetricamente aos Prefeitos, separam muito bem os *crimes de responsabilidade* dos crimes comuns. O artigo 86 no inciso I, § 1º, determina que nos crimes comuns, o Presidente da República será processado perante o Supremo Tribunal Federal, porém, o inciso II, remete ao Senado Federal a competência para o julgamento dos *crimes de responsabilidade*.

O Texto Constitucional, de forma muito clara, separa os crimes comuns dos de responsabilidade, não deixando dúvidas que a tradição de nosso constitucionalismo, mantém-se intacta, plenamente viva na atual Constituição.

Sem demérito às justificativas do ilustre Helly Lopes Meirelles, autor do projeto do Decreto-Lei 201/67, a atual ordem Constitucional fala em sentido diverso, impondo o rótulo de crimes de responsabilidade às infrações político-administrativas, e aos demais ilícitos penais, a pecha de crimes comuns (arts. 85 e 86 da Constituição Federal).

Sedimentando essa questão, a Emenda Constitucional nº 25 ao inserir o artigo 29-A, expressamente positivou alguns *crimes de responsabilidade* dos Prefeitos, situação até então somente visível para o Presidente da República.¹⁴⁴

São figuras que descrevem abstratamente fatos ligados à gestão municipal.

Parte da doutrina ainda os rotula de infração penal, como Tito Costa:

Essas novas modalidades de infração penal tendo como autores o Prefeito (§ 2º do art. 29-A) e o Presidente da Câmara (§ 3º do art. 29-A) limitam a atuação desses agentes políticos em suas funções eletivas.¹⁴⁵

¹⁴³ CASTRO, José Nilo de. **A defesa dos prefeitos e vereadores em face do Decreto-Lei 201/67**. 5ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2002b, p.91.

¹⁴⁴ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Art. 29-A. O total da despesa do Poder Legislativo Municipal, incluídos os subsídios dos Vereadores e excluídos os gastos com inativos, não poderá ultrapassar os seguintes percentuais, relativos ao somatório da receita tributária e das transferências previstas no § 5º do art. 153 e nos arts. 158 e 159, efetivamente realizado no exercício anterior: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 25, de 2000)[...]§ 2º Constitui crime de responsabilidade do Prefeito Municipal: (Incluído pela Emenda Constitucional nº 25, de 2000)I - efetuar repasse que supere os limites definidos neste artigo; (Incluído pela Emenda Constitucional nº 25, de 2000)II - não enviar o repasse até o dia vinte de cada mês; ou (Incluído pela Emenda Constitucional nº 25, de 2000)III - enviá-lo a menor em relação à proporção fixada na Lei Orçamentária. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 25, de 2000).

¹⁴⁵ Op. Cit. p. 140

Não obstante, há opinião contrária, asseverando tratar-se de infração político-administrativa, de características não penais, como Helly Lopes Meireles:

Em tais dispositivos não se encontram preceitos penais sancionadores. São, seguramente, infrações político-administrativas, embora denominadas de crimes de responsabilidade, como vezes ocorre por certa tradição do Direito Brasileiro.¹⁴⁶

A Emenda Constitucional deve dar continuidade ao silogismo imposto pelo Poder Originário, sob pena da destruição do poder anterior:

Quando a sucessão da ordem constitucional se dá com observância das regras vigentes, afirma-se que, apesar da alteração normativa, houve continuidade formal do direito constitucional, porque as novas normas se reconduzem, jurídica e politicamente, à ordem precedente.¹⁴⁷

Os artigos 85 e 86 da Constituição Federal devem servir de paradigma, para alterações do texto pertinentes aos demais agentes políticos, em particular os Prefeitos, pois: “os preceitos sobre a revisão de uma Constituição apenas podem obrigar o poder constituído, nunca o poder constituinte.”¹⁴⁸

A leitura da Constituição Federal há de ser sistêmica, homogênea, pois: “Assim, cada norma é parte de um todo, de modo que não podemos conhecer a norma sem conhecer o sistema, o todo no qual estão integrados.”¹⁴⁹

Não é concebível que, em determinado ponto, a Constituição separe com clareza ofuscante os crimes comuns,¹⁵⁰ dos *crimes de responsabilidade*,¹⁵¹ e em outro, trate esses mesmos institutos de forma inversa.

Assim, o postulado da harmonização impõe que a um princípio ou regra constitucional não deva atribuir um significado tal que resulte ser contraditório com outros princípios ou regras pertencentes à Constituição. Também não se lhe cabe atribuir um significado tal que reste incoerente com os demais princípios ou regras.¹⁵²

Uma harmonização entre as regras constitucionais sobre responsabilidade dos agentes políticos impede outra conclusão senão a que os tipos previstos no artigo 29-A, § 2º,

¹⁴⁶Op. cit. p.805

¹⁴⁷ BARROSO, Luiz Roberto. **Interpretação e aplicação da Constituição**. 7ª edição, São Paulo: Saraiva, 2010, p. 66

¹⁴⁸ BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais**. Tradução de José Manuel M. Cardoso da Costa. Lisboa: Almedina, 2009. P. 53

¹⁴⁹ GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 8ª edição. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 24

¹⁵⁰ julgados pelo Poder Judiciário

¹⁵¹ de índole política, de competência julgadora do Poder Legislativo

¹⁵² BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. Publicação do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional. São Paulo: Celso Bastos, 1997, p. 106

têm natureza jurídica dos *crimes de responsabilidade* indicados pelo artigo 85 da Constituição Federal, assumindo o rótulo de infrações político-administrativas no Decreto-Lei 201/67.

A interpretação sistêmica é induzida pelos postulados originários do Texto, aos quais as alterações devem se compatibilizar. Esses elementos auxiliam o hermenêuta, pois: “Sem aspectos auxiliares adicionais, a interpretação sistêmica quase nunca pode optar entre os diferentes pontos de vista das sistemáticas da forma do texto, do sentido e da matéria.”¹⁵³

A Constituição Federal, quando em vias de ser emendada, irradia elementos auxiliares à edição da reforma, que são os valores já positivados, independente das regras formais e materiais de mudança, conforme Raul Machado Horta:

A reforma da Constituição decorre do poder constituinte derivado ou instituído, ocupando posição diversa do poder constituinte originário e do poder legislativo ordinário. Não dispõe da plenitude criadora do poder constituinte originário e se sobrepõe ao legislativo ordinário. Tendo por objeto de sua atuação a norma constitucional, o poder de reforma, na ampla acepção do termo, apresenta-se como o constituinte de segundo grau, subordinado ao poder constituinte originário, que é o responsável pela sua introdução no texto da Constituição e autor das regras que condicionam o seu aparecimento e disciplinam sua atividade normativa.¹⁵⁴

A par de tais premissas, não poderia a Emenda Constitucional nº 25 criar figuras taxadas de *crimes de responsabilidade*, que não estivessem em harmonia com os preceitos já normatizados, aplicáveis ao Presidente da República.

São típicos crimes de responsabilidade previstos no artigo 4º do Decreto-Lei 201/67:

Primeiramente, insiste-se na caracterização do conceito de crime de responsabilidade que é infração político-administrativa – infração não penal -, consoante o Texto Constitucional e explicações já expostas neste livro. Dai, o processo de responsabilização e o julgamento incumbem ao Legislativo. Destarte, é crime de responsabilidade, segundo a Emenda Constitucional n. 25/00, efetuar o Prefeito Municipal repasse da Câmara que supere os limites definidos no artigo 29-A da Constituição Federal. [...] Estes dois incisos (II e III) do § 2º atêm-se ao respeito à autonomia do Legislativo, infração correspondente definida no artigo 4º, I, do Decreto-Lei 201/67.¹⁵⁵

Independente dos requisitos formais e materiais, desacolher a necessidade de harmonização da Emenda Constitucional com os preceitos já positivados, é militar a possibilidade de contradição entre os mesmos, situação juridicamente inviável em nosso sistema.

¹⁵³ MULLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. Tradução Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 54

¹⁵⁴ Op. Cit. p. 79

¹⁵⁵ CASTRO, José Nilo de. **A defesa dos prefeitos e vereadores em face do Decreto-Lei 201/67**. 5ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2002b, p. 204

Embora as infrações político-administrativas sejam pela nossa tradição, *crimes de responsabilidade*, seria de indagar-se qual o conceito de crime, qual a distinção entre os previstos na legislação penal, e aquele que advém de uma responsabilidade político-administrativa.

Para Cesare Beccaria, embora inicialmente em sua celebre obra, faça análise sociológica e ampla desses ilícitos, os crimes são situações fáticas cuja descrição abstrata em lei, pune com a segregação:

Em cada delito, o juiz deve formular um silogismo perfeito: a premissa maior deve ser a lei geral; a menor, a ação em conformidade ou não com a lei: a consequência (sic), a liberdade ou a pena.¹⁵⁶

Não obstante os argumentos do autor italiano, o Direito Criminal abarca aquelas situações mais graves de nossa sociedade, cuja sanção pode ser severa, porém não implicando necessariamente em segregação, como assinala Magalhães Noronha:

Mas o Estado, através do direito, valoriza esses bens-interesses, pois a ofensa a alguns deles fere mais fundo o bem comum, já por atingir condições materiais basilares para a coletividade, já por atentar contra condições éticas fundamentais. Dada, então, sua relevância, protege-os com a sanção mais severa, que é a pena. Conseqüentemente (sic), crime é a conduta humana que lesa ou expõe a perigo um bem jurídico protegido pela lei penal. Sua essência é a ofensa ao bem jurídico, pois toda norma penal tem por finalidade sua tutela.¹⁵⁷

O ilícito para ser crime não precisa ter a pena de segregação, como v.g. alguns tipos do Decreto-Lei 3668/41 – Lei das Contravenções Penais –

Já no Código Penal, o artigo 32 contempla três espécies de pena: I - privativas de liberdade; II - restritivas de direitos; III - de multa.

Não é possível definir crime unicamente pela pena cominada (segregação), mas sim pela gravidade do ilícito.

A ineficiência na condução dos negócios públicos, por certo, reveste-se de gravidade relevante.

Essa gravidade tem natureza criminal, cuja sanção não é de segregação, mas de inabilitação para as funções políticas.

Apesar dos artigos 85 e 86 da Constituição Federal serem elucidativos quanto a tais diferenças, a Lei 1.079/50, que dispõe sobre os *crimes de responsabilidade* do Presidente da

¹⁵⁶Op. cit. .p. 46

¹⁵⁷NORONHA, Magalhães. **Direito penal**. Volume I. São Paulo: Saraiva, 1987, p. 94

República, diversamente do Decreto-Lei 201/67, não contempla figuras penais, mas unicamente infrações político-administrativas.

A Lei 1.079/50, além de prever as hipóteses de crimes de responsabilidade do Presidente da República, também abarca as mesmas ilicitudes quanto aos Ministros de Estado, Ministro do Supremo Tribunal Federal, Procurador Geral da República, Governadores e Secretários Estaduais, sendo recepcionada pela atual Constituição Federal, conforme manifestação do Supremo Tribunal Federal:

A definição de crimes de responsabilidade e a regulamentação do processo e do julgamento são de competência da União (Constituição Federal, art. 85, parágrafo único, e 22, I). Vigência da Lei n.º 1079/50 e aplicação de seus dispositivos, recepcionados com modificações decorrentes da Constituição Federal.¹⁵⁸

A par dessas considerações, o ilícito que suprime o mandato eletivo e atrai o direito político negativo pode ser considerado crime. *Crimes de responsabilidade*, pela atual disposição do ordenamento constitucional, referem-se às infrações político-administrativas, cujo julgamento é afeto ao Poder Legislativo e têm como sanção a perda do mandato e a inelegibilidade.

Haveria uma incômoda antinomia, o reconhecimento dos *crimes de responsabilidade* somente como infrações político-administrativas, eis que o artigo 1º do Decreto-Lei 201/67 é textual em inserir nesse rótulo, os ilícitos penais, praticados no exercício da função de Prefeito.

Uma forma de compatibilizar as infrações político-administrativas e os ilícitos penais, praticados pelos Prefeitos, na terminologia *crimes de responsabilidades* é o reconhecimento de que a denominação é gênero, que deriva em duas espécies.

A sugestão de Alexandre de Moraes acolhe essa possibilidade, ao definir os crimes de responsabilidade como próprios e impróprios. Os primeiros, pela nossa tradição, seriam as infrações político-administrativas, e os segundos, os ilícitos penais, chamados de crimes comuns, porém praticados no exercício e em razão do cargo de Prefeito:

Em relação, entretanto aos chamados crimes de responsabilidade cometidos pelo prefeito municipal, primeiramente há necessidade de classificá-los em próprios e impróprios. Enquanto os primeiros são infrações político-administrativas, cuja sanção corresponde à perda do mandato e suspensão dos direitos políticos previstos no art. 4º do Decreto-Lei nº 201, de 1967, os

158 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI 1628 MC / SC Relator(a): Min. NELSON JOBIM. Pleno. Brasília, 30/06/1997.

segundos são verdadeiras infrações penais, apenados com penas privativas de liberdade e previstos no art. 1º do mesmo decreto-lei.¹⁵⁹

Essa é a melhor alternativa de compatibilização dos artigos 85 e 86 da Constituição Federal, com os artigos 1º e 4º do Decreto-Lei 201/67.

3.1.1 Efeitos jurídicos da caracterização das infrações político-administrativas

A cassação do mandato de Prefeito traz de plano dois efeitos jurídicos: a interrupção do mandato em exercício e a inelegibilidade pelo período de oito anos (art. 1º, “c” LC64/90).

Em ambos os casos, temos a ofensa direta aos direitos políticos assim definidos por Pedro Henrique Távora Niess:

Sob a epígrafe Dos Direitos Políticos, a Constituição estabelece as regras básicas concernentes à aquisição, ao exercício, às restrições, à suspensão e à perda do direito de eleger e ser eleito.¹⁶⁰

O regime brasileiro de representação elegeu técnicas para a escolha e imputação das funções aos representantes do povo no governo.

Esse modelo democrático de participação popular na gestão da coisa pública, disciplinado por leis, é denominado de direitos políticos. Nossa Constituição traz nos artigos 14 a 16 o tema Direitos Políticos (capítulo IV).

O aspecto nuclear desses direitos reside basicamente na capacidade de votar e ser votado, isso em sentido amplo.

Basicamente o Texto Magno divide esses direitos em ativos e passivos, sendo o primeiro a prerrogativa do indivíduo em votar, e o segundo, de ser votado.

Como já citado no item 1.5 a doutrina ainda divide esses direitos em positivos, que dispõem sobre as normas reguladoras da participação no processo político eleitoral, votando ou sendo votado, e negativos que tratam da vedação da participação do comum no processo eleitoral, ou popularmente chamado de inelegibilidade.

O comum somente pode ser considerado cidadão se for detentor da cidadania, entendida esta no dizer de José Afonso da Silva, como a condição que:

¹⁵⁹ Op. cit. p. 729.

¹⁶⁰ NIESS, Pedro Henrique Távora. **Direitos políticos**. 2ª ed. Bauru-Sp: Edipro, 2000, p. 19

qualifica os participantes da vida do Estado, é atributo das pessoas integradas na sociedade estatal, atributo político decorrente do direito de participar no governo e direito de ser ouvido pela representação política. Cidadão, no direito brasileiro, é o indivíduo que seja titular dos direitos políticos de votar e ser votado e suas conseqüências (sic).¹⁶¹

O termo cidadania advém do latim, que tratava o indivíduo habitante da cidade. Durante a era romana, traduzia o valor político de uma pessoa e seus respectivos direitos em face do Estado. Para Dalmo Dallari:

A cidadania expressa um conjunto de direitos que dá à pessoa a possibilidade de participar ativamente da vida e do governo de seu povo. Quem não tem cidadania está marginalizado ou excluído da vida social e da tomada de decisões, ficando numa posição de inferioridade dentro do grupo social”¹⁶²

Sem sofismas, descortina-se a conclusão que o indivíduo alijado de seus direitos políticos, mesmo que transitoriamente, mostra-se privado da sua cidadania.

A par desses comentários, surgem duas conclusões importantes: a cassação do mandato do Prefeito retira imediatamente o direito (político) de exercício do mandato para o qual foi eleito; ainda limita, através da inelegibilidade, o pleno gozo dos direitos políticos passivos (inelegibilidade futura).

Nessa situação, houve cirúrgica ruptura da sua cidadania. As infrações político-administrativas têm como efeito jurídico uma suspensão da cidadania do Prefeito. Daí aflora-se com muita clareza a relevância e importância de eventual subsunção, pois os direitos políticos, e conseqüentemente a cidadania, encontram-se no gênero direitos fundamentais, como indica Alexy:

De acordo com a interpretação liberal clássica, direitos fundamentais são “destinados, em primeira instância, a proteger a esfera de liberdades do indivíduo contra intervenções dos Poderes Públicos; eles são direitos de defesa do cidadão contra o Estado. Direitos de defesa do cidadão contra o Estado são direitos a ações negativas (abstenções) do Estado.”¹⁶³

Veja-se que o professor germânico se refere ao termo “cidadão”, ou seja, há uma presunção de exercício dos direitos políticos como garantia fundamental.

Diante desses efeitos que gravitam em torno da cidadania, a cassação do Alcaide por infração político-administrativa, certamente, deve ser respaldada por uma normatização advinda do ente federado de maior hierarquia.

¹⁶¹Op. cit. p. 346/347

¹⁶²DALLARI, Dalmo.A. **Direitos Humanos e Cidadania**. São Paulo: Moderna, 1998. p.14

¹⁶³Op. cit. p. 433

CAPITULO 4 – DA COMPETENCIA PARA LEGISLAR SOBRE INFRAÇÕES POLÍTICO-ADMINISTRATIVAS

4.1 Da competência privativa da União

Através dos efeitos, pode-se chegar à legitimidade legislativa causal.

O termo *competência* possui similar sentido, tanto em acepções técnico-jurídicas, quanto na linguagem coloquial.

Nessa linguagem mais simples, representa algo como a capacidade para resolver determinada situação. Tal assertiva extrai-se do cotidiano, pois quando alguém é rotulado de *incompetente*, procura-se dizer da sua falta de qualidades, ou de despreparo.

No terreno do Direito, o vocábulo tem sentido parecido, pois competente é o detentor de poder para agir em nome do Estado. Já a incompetência se contrapõe à definição, ou seja, é justamente o desprovemento de autoridade para essa atuação.

O engenho utilizado pelo legislador constituinte para dividir as competências criou um escudo para evitar a usurpação entre os membros da Federação.

Assim, o Município tem seu território demarcado pelo interesse local e pela auto-organização.

Nunca é demais frisar que à União são afetos os poderes de maior relevância consagrados pela Constituição Federal, ao passo que aos Estados cabem todos os poderes residuais ou remanescentes.

Vários autores de elevada estirpe defendem que as infrações político-administrativas, estão inseridas no campo do Direito Administrativo, o que carrearia ao Município a competência para editar normas a respeito, como indica Hely Lopes Meirelles: “Os arts. 4º-8º do Decreto-lei 201, de 1967, foram revogados pelos arts. 29-30 da CF de 1988, devendo essa matéria ser regulada pela lei orgânica do Município.”¹⁶⁴

Também José Afonso da Silva partilha o entendimento:

A Câmara exerce também função de juízo político, quando lhe cabe julgar as infrações político-administrativas do prefeito, conforme dispuser a lei orgânica local, com a aplicação de sanção de cassação de seu mandato, assim como o julgamento de infrações cometidas pelos vereadores, com a aplicação de sanções de extinção ou cassação de seu mandato, como melhor veremos oportunamente. É da competência da lei orgânica local definir essas

¹⁶⁴ Op. cit. p. 716.

infrações e o processo de seus julgamentos – revogado, portanto o Decreto-lei 201/1967 nesse particular.¹⁶⁵

De salientar-se que ambas as obras acima têm edição posterior¹⁶⁶ a vários julgados do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, onde se reconheceu a falta de competência ao Município para tal disciplina, como v.g. a Súmula 722.¹⁶⁷

Isso demonstra que os atualizadores da obra de Hely ainda mantêm a mesma opinião, o que também ocorre com o ilustre professor José Afonso.

Além dos dois citados, inúmeros juristas advogam a tese da natureza administrativa desses ilícitos, o que carrearia a competência legislativa ao Município,¹⁶⁸ como Diógenes Gasparini:

No que concerne a essas matérias, o Decreto-Lei nº201/67 está perempto. Restou ineficaz pela nova Constituição que não permite mais ao legislador da União editar normas sobre infrações político-administrativas, processos de julgamento pela Câmara de Vereadores, extinção de mandato de Prefeitos e Vereadores e cassação de mandato de Vereadores. Qualquer produção jurídica de outro ente da Federação que tenha por objeto essas matérias há de ser tida como uma afronta à autonomia municipal e, como tal, inconstitucional. Estão, assim, irremediavelmente revogadas¹⁶⁹

Para essa doutrina, a competência para edição das normas sobre crimes de responsabilidade, reside no fato da Câmara Municipal ser detentora de capacidade fiscalizadora dos atos administrativos do Alcaide, daí a possibilidade de edição dessa espécie de normas.

Esse controle parlamentar atinge não só os atos de gestão, mas também as opções políticas e forma com que ocorre o relacionamento entre os poderes locais.

Como o Prefeito não pode ser considerado servidor público administrativo para efeitos de responsabilização, de rigor a criação de um ordenamento para apuração e punição das faltas no exercício do cargo.

Sem prejuízo da envergadura dessas valiosas opiniões, o legislador constituinte já afastou tal possibilidade, ao editar os artigos 85 e 86.

¹⁶⁵ Op. cit. p. 305

¹⁶⁶ MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito municipal brasileiro**. 16ª ed. São Paulo: Malheiros, 2008; SILVA, José Afonso. **Comentário contextual à constituição**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

¹⁶⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula nº 722. São da competência legislativa da União a definição dos crimes de responsabilidade e o estabelecimento das respectivas normas de processo e julgamento.

¹⁶⁸ PINTO, Paulo Brossard de Souza. **O Impeachment**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1992. p. 88/112

¹⁶⁹ GASPARINI, Diógenes. **Revista Informativo Paulista**. p. 7/8 – citado por Wolgran Junqueira Ferreira. **Responsabilidade dos Prefeitos e Vereadores**. 3ª ed. Bauru (SP): Edipro, 1992. p. 119/120. Apud LIMA FILHO, Altamiro de Araujo. **Prefeitos e Vereadores. Crimes e infrações de responsabilidade**. São Paulo: Editora de Direito, 1997, p. 254

Através dessas normas, cuja forma mostra-se aplicável ao Município pelo princípio da simetria, as infrações político-administrativas, denominadas de *crimes de responsabilidade próprios*, têm julgamento pelo Legislativo, porém como eventual punição atinge diretamente os direitos políticos, ou a cidadania do agente municipal, protegidos como direitos fundamentais, que têm como pilar o princípio fundamental da democracia, por força da redação do artigo 22 da Constituição Federal, a competência, para legislar sobre o tema é exclusiva da União.

Admitir a competência do Município para editar tais normas seria o desserviço ao pacto federal, quebrando o princípio da unidade punitiva e o da predominância do interesse nacional na uniformidade do direito sancionatório. O pacto federal seria flagrantemente ofendido, pois não obstante tratar-se de direitos políticos, matéria afeta à União, teriam os Municípios maior competência legislativa que os Estados, aos quais não é autorizada a edição de normas de tal estirpe.

Ficariam os Prefeitos sujeitos inclusive à falta de punição nessa esfera de ilicitudes, pois cada Município legislaria a sua vontade sobre o tema.

Oportuna menção de um detalhe relevante. A súmula nº 722, editada em 2003, quando o Supremo Tribunal Federal tinha composição diversa da atual, reconheceu à União a competência para legislar sobre *crimes de responsabilidade*.

A Súmula 722 teve como precedentes os seguintes julgados: Ações Declaratórias de Inconstitucionalidade nº 1628 – RTJ 166/197; 2050 – RTJ 171/807; 2220 – RTJ 176/199; 1879 – RTJ 177/712; 2592 – DJ 23/05/2003; 1901 – DJ 09/05/2003.

Essa questão pertinente a terminologia sempre dividiu o Supremo Tribunal Federal, como a do então Ministro Sepúlveda Pertence, discordando da conceituação, na ocasião do julgamento da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade 1901-1-MG, que foi uma das decisões motivadoras da súmula 722. Na oportunidade o Ministro ressaltou sua divergência sobre a predominância da Corte em abarcar no sentido exclusivamente penal para os *crimes de responsabilidade*:

Sr. Presidente, ressalvo a minha opinião em contrário no sentido de que crime de responsabilidade não é matéria penal, mas, por ora, a questão está consolidada em sentido contrário na jurisprudência do Tribunal, a qual acompanho.¹⁷⁰

170 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 1901-1-SP. Requerente: Governador do Estado de Minas Gerais. Requerida: Assembleia Legislativa de Minas Gerais. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Brasília. 03/02/2003.

O Ministro Marco Aurélio, também no julgamento da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 1901-1-MG, alicerce da súmula nº 722, salientou que discordava da rotulação, eis que joga em vala comum as infrações político-administrativas e os ilícitos penais praticados pelos agentes políticos, e mais, que o Tribunal em outra composição deveria rever a matéria, pois lhe apresenta dúvida se estaria tal figura jurídica na órbita de competência da União:

O julgamento é de fundo e creio ser sempre oportuno o exame de uma jurisprudência. Tanto quanto possível, resisto à adoção do vocábulo “ressalvo”. Também estou convencido, como outros ministros da Corte, de que cabe a distinção entre crime de responsabilidade e crime realmente disciplinado pelo que se entende como Direito Penal. Não vejo, na competência exclusiva da União, tal como prevista na Carta da República, a inserção do balizamento do crime de responsabilidade. Por isso, até mesmo para deixar – quem sabe, considerada a próxima composição do Tribunal – a porta aberta ao reexame da matéria. Voto vencido no tocante a esse item.¹⁷¹

Em sentido contrário, em outra decisão, posterior a edição da súmula nº 722, o Ministro Celso de Melo, referindo ao processo de cassação de Prefeito, salienta sua divergência sobre o rótulo de crime às infrações político-administrativas:

Não nos parece que o ‘crime de responsabilidade’ de que promana o impeachment possa ser conceituado como ilícito penal. Se a sanção que se contém na regra secundária pertinente ao crime de responsabilidade não tem natureza penal, mas tão-só o caráter de *sanctio juris politicae*, tal crime se apresenta como ilícito político e nada mais. (grifei)¹⁷²

Sem prejuízo das oscilações do Supremo Tribunal Federal, há de se respeitar os argumentos daqueles que divergem e dos que convergem no conceito de *crimes de responsabilidade*, pois a hermenêutica constitucional pressupõe uma metamorfose temporal, como indica Luiz Roberto Barroso:

A interpretação constitucional é um fenômeno múltiplo sobre o qual exercem influência (a) o contexto cultural, social e institucional, (b) a posição do intérprete, (c) a metodologia jurídica.¹⁷³

Todas essas circunstâncias variam temporalmente, o que pode (ou deve) levar à revisão permanente dos entendimentos, em sintonia com a realidade, como leciona Friedrich

¹⁷¹BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 1901-1-SP. Requerente: Governador do Estado de Minas Gerais. Requerida: Assembleia Legislativa de Minas Gerais. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Brasília. 0302/2003.

¹⁷²BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 367297 SP. Recorrente: Ministério Público Estadual. Recorrido: Presidente da Câmara Municipal de Pirajuí. Relator: Ministro Celso de Melo. Brasília. 18/11/2009.

¹⁷³Op. cit p. 128.

Muller: “A norma não deve ser apreendida como limite, mas como elemento da relação com a realidade.”¹⁷⁴

Não há como desprezar as posições doutrinárias acima, eis que além de emanadas de autores de relevada notoriedade, têm sustentação teórica, porém não suficiente para se manter atualmente.

Aflora-se certo que no tocante à competência legislativa, a União é detentora exclusiva da legitimidade, independente do rótulo *crimes de responsabilidade* gerar tanta celeuma entre a doutrina e jurisprudência. Quer para os crimes próprios como para os impróprios, a definição é a mesma, pois ambos não deixam de serem *crimes*.

Tanto numa esfera quanto em outra, há a incidência do artigo 22 da Constituição Federal, eis que a competência para legislar sobre direito penal, processual e eleitoral é exclusiva da União.

Considerando que a ocorrência de infração político-administrativa (falta de probidade), desprestigia um comando constitucional (art. 37, caput), e seus efeitos atingem diretamente os direitos políticos, e com isso a cidadania, não oferta o Texto Constitucional permissivo específico para o Município legislar sobre o tema, diversamente do que ocorre com a União.

Aflora hialino que o artigo 22, incisos I e XIII, outorga competência privativa à União para legislar sobre as matérias que especifica.¹⁷⁵

Ainda o artigo 24, inciso XI, da Constituição Federal, não contempla ao Município a possibilidade de legislar sobre matéria procedimental.¹⁷⁶

A Constituição Federal conferiu expressa e exclusivamente à União, a faculdade para legislar sobre direito processual, eleitoral e cidadania.

Referido artigo traz preceitos declaratórios e autorizativos dessa e outras prerrogativas, deixando clara a supremacia em face dos demais entes da federação diante da relevância material.

¹⁷⁴ MULLER, Friedrich. **Teoria estruturante do direito**. 3ª ed. Tradução de Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. São Paulo: Revista dos tribunais, 2012. p. 215

¹⁷⁵ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Art. 22. Compete privativamente à União legislar sobre: I - direito civil, comercial, penal, processual, eleitoral, agrário, marítimo, aeronáutico, espacial e do trabalho;...XIII - nacionalidade, cidadania e naturalização.

¹⁷⁶ BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: XI - procedimentos em matéria processual;

Não obstante, o parágrafo único do artigo autoriza, mediante lei complementar, a delegação aos Estados-Membros de pontos específicos dessa competência.

Como visto acima, a cassação do mandato do Alcaide afeta diretamente os seus direitos políticos, como a interrupção do exercício do mandato para o qual foi eleito e a inelegibilidade futura (oito anos).

Somando-se a esses fatos, ainda emerge que todo o processo pelo qual o chefe do Poder Executivo Municipal é eleito, tem disciplina edificada por normas expedidas pela União, que regulam os direitos políticos ativos e passivos.

Em suma, somente é cidadão aquele que preenche os requisitos das normas editadas pela União, como nas palavras de José Afonso da Silva: “Cidadão, no direito brasileiro, é o indivíduo que seja titular dos direitos políticos de votar e ser votado e suas conseqüências (sic).”¹⁷⁷

Não parece lógico que o legislador constituinte tenha alicerçado todo o processo eleitoral sob o pálio do ordenamento federal, e depois viria a permitir que outro ente (o Município) pudesse interferir no exercício dessas prerrogativas.

A cassação do mandato eletivo e a inelegibilidade superveniente são situações que se aquartelam nos direitos políticos, e não na órbita do direito administrativo, que guarda relação com os agentes políticos em sentido estrito, ou seja, os servidores, subordinados ao princípio da hierarquia.

A subtração do mandato atinge a cidadania do agente, sendo desafeto ao Município se imiscuir nessa seara. Fávila Ribeiro ressalta a natureza jurídica da cassação:

No impeachment é basicamente política a natureza da sanção principal, ao impor a perda do mandato eletivo, como também acontece com a medida acessória da inabilitação até oito anos. Os efeitos das duas cominações são essencialmente políticos. A primeira, caracterizada pela supressão de um mandato político, por seu nefasto desempenho, e a outra por expungir do status político do cidadão a dimensão passiva de acesso a cargos políticos, eletivos ou não, pelo prazo nunca inferior a oito anos. Vai esta última, além da inelegibilidade – privação do direito de concorrer a postos eletivos-, distender-se ao exercício de qualquer atividade pública, enquanto perdurarem os efeitos da inabilitação política. Atingido está o direito político de sufrágio, permitindo que possa votar, e impedido que possa ser votado. É uma decapitação pela metade do direito imanente à cidadania.¹⁷⁸

¹⁷⁷Op. cit. p.347

¹⁷⁸RIBEIRO, Fávila. **Direito eleitoral**. 4ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1996. p. 623. Apud: CASTRO, José Nilo de. **Direito municipal positivo**. 7ª ed. Belo Horizonte: 2010: Del Rey,2010a, p. 539

Mostra-se claro que a competência legislativa para a tipificação e disposição do processo das infrações político-administrativas reside na órbita federal, sendo desafeto ao Município legislar sobre esse tipo de matéria.

A redação dos artigos 29 e 30 da Constituição Federal, não arrebatam as infrações político-administrativas.

Os incisos do artigo 29 guardam relação somente com a auto-organização do ente, como relata José Afonso da Silva comentando citado artigo:

Com a Constituição de 1988, foi-lhes reconhecido o poder de auto-organização, ao lado do governo próprio e de competências exclusivas, e ainda com ampliação destas, de sorte que a Constituição criou verdadeiramente uma nova instituição municipal no Brasil. Por outro lado, não há mais hipótese de prefeitos nomeados. Tornou-se plena, pois a capacidade de autogoverno municipal entre nós. A autonomia municipal, assim, assenta em quatro capacidades: (a) capacidade de auto-organização, mediante a elaboração de lei orgânica própria; (b) capacidade de autogoverno, pela eletividade do prefeito e dos vereadores às respectivas Câmaras Municipais; (c) capacidade normativa própria, ou capacidade de autolegislação, mediante a competência de elaboração de leis municipais sobre áreas que são reservadas à sua competência exclusiva e suplementar; (d) capacidade de auto-administração (sic) (administração própria, para manter e prestar os serviços de interesse local).¹⁷⁹

Ainda não se identifica a inserção das infrações político-administrativas, na regra do artigo 30 da Constituição Federal, eis que a autonomia municipal guarda relação com outras atividades, diversas daquelas reservadas exclusivamente aos demais entes.

Pode-se dizer em linhas gerais, diante da dificuldade em se demarcar com clareza o tema, que a prerrogativa municipal guarda relação com várias atividades cotidianas, em especial as atividades administrativas, como leciona novamente José Afonso da Silva:

Os assuntos da Administração Municipal, seja na vertente institucional, seja na vertente funcional, são certamente de interesse local, pois é inequívoco que cabe exclusivamente ao Município definir os órgãos de sua Administração assim como os direitos e deveres do pessoal de sua Administração.¹⁸⁰

No tocante aos demais incisos do artigo 30 da Constituição Federal, seus limites são claros, não comportando sequer em tese dispor sobre direitos políticos.

Assim, considerando que as disposições do artigo 22 da Constituição Federal são claras quanto à competência da União, em especial à possibilidade de legislar sobre direitos políticos e cidadania, além de matéria processual, e, em contraponto, não vislumbrando nos

¹⁷⁹ SILVA, José Afonso. **Comentário contextual à constituição**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006 . p.302

¹⁸⁰Op. cit. p. 309

artigos 29 e 30, sequer em tese, a possibilidade de competência para edição de normas a respeito de direitos políticos, forçosa a conclusão que a União se apresenta como única legitimada. Em arremate, Jose Nilo de Castro assevera:

De direito político (aquisição, suspensão, perda, seu exercício) como da cidadania, é que a questão aqui cogita e sobre esta matéria só a União pode legislar (arts.15, caput e 22, I, XIII, CR). Falece, conseqüentemente (sic), ao Município poder constitucional decorrente, diversamente do que se verifica com os Estados federados. A autonomia do Município, como se proclamou, é limitada, ante a supremacia tanto do Estado quanto e, sobretudo, da União.
181

Apesar da deficiência de competência para legislar sobre a matéria, é afeto ao Município, através do Poder Legislativo, o julgamento do Prefeito, porém respeitando os enquadramentos jurídicos e o rito processual, definidos em lei editada pela União.

Esse julgamento, embora conduzido pela Casa Legislativa, não é terminologicamente o impeachment.

Pela tradição, impeachment é o afastamento do cargo, sem a cassação. Antes da edição do Decreto-Lei 201/67, havia tal previsão, quando os vereadores podiam afastar o prefeito do cargo, até que determinado julgamento ocorresse. É o caso do artigo 86, § 1º da Constituição Federal, que prevê o afastamento do Presidente da República, até o julgamento, quer pelo Senado nos crimes de responsabilidade, quer pelo Supremo Tribunal Federal, nos crimes comuns.

Trata-se de processo não legislativo, mas político-administrativo, de natureza não judicial, sujeitando-se às garantias constitucionais da ampla defesa e do contraditório.

A análise do mérito é questão afeta exclusivamente ao Legislativo, sendo defeso ao Judiciário entrar em tal terreno. Porém quanto à forma, pode e deve aferir se o Legislativo atendeu todo o rito processual indicado pelo Decreto-Lei 201/67, bem como garantiu o contraditório e a ampla defesa.

Quanto aos motivos ensejadores da cassação, não obstante alguns autores de estirpe, como Hely Lopes Meirelles,¹⁸² entenderem que o Judiciário pode aferir sua presença, tal possibilidade indica ofensa à separação dos poderes, pois o juízo de valor somente é afeto àquele ente que a Constituição Federal elegeu.

¹⁸¹ Op. cit. p. 381/382

¹⁸² Op. cit

No tocante aos princípios do contraditório e da ampla defesa, de rigor salientar que seu uso não pode chegar ao abuso.

O abuso do direito de defesa, como o protesto por provas manifestamente protelatórias ou inúteis, deve ser repellido através do cotejamento com os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

É certo que na aplicação de princípios a um caso concreto, a ponderação é que deve ditar o mais adequado, pois não é possível o afastamento das garantias individuais da ampla defesa, mas é possível que diligências inúteis levem o processo ao arquivamento pelo decurso do prazo peremptório de noventa dias.¹⁸³

Não obstante o aspecto material das infrações político-administrativas ser afeto à competência da União, seu rito processual também não poderia ser diverso.

O artigo 22, inciso I, da Constituição Federal, confere essa competência também exclusivamente à União. Direito processual não é matéria afeta a outro ente senão à União, e não poderia ser de outra forma, pois só ela tem o poder de impor sua normatização a todos os entes federados.

Posição intermediária quanto à competência para edição de normas sobre *crimes de responsabilidade próprios* é sugerida por Tito Costa, que reconhece em favor da União a prerrogativa, porém considerando que o Município, nos moldes do artigo 30, inciso II, da Constituição Federal, tem a faculdade de suplementar a legislação federal, poderia fazê-lo quanto ao Decreto-Lei 201/67: “[...] Mas não há como fazê-lo desde que a Constituição de 1988 ampliando a autonomia dos Municípios em seu art. 30, I e II, a estes entregou a tarefa de suplementar a legislação federal quanto ao Dec. Lei 201/67.”¹⁸⁴

A sugestão é válida, não fosse o arremate do ilustrado autor, ao afirmar que: “Em não havendo lei local sobre a matéria, entendemos que deve prevalecer a referida norma federal.”

A conclusão flui em razão do mesmo acreditar que o artigo 4º do Decreto-Lei 201/67 foi derogado, cabendo ao Município completar a lacuna.

Tal opinião pode ser parcialmente acolhida, no tocante à primeira parte, desde que as normas municipais, positivadas em lei própria, na Lei Orgânica ou no Regimento Interno da Câmara, não se apresentem divorciadas do Decreto-Lei 201/67, nem ampliem ou suprimam a competência exercida pela União.

¹⁸³ Artigo 5º, VII do Decreto-Lei 201/67

¹⁸⁴Op. cit. p.49

Seriam normas a disciplinar *v.g.* a forma de intimação dos atos processuais, ou qualquer outra atividade correlata, mas sem relação com o núcleo do processo de cassação do Prefeito.

Não se mostra aceitável a posição do ilustre autor, quanto à derrogação do artigo 4º, pois seus argumentos são respaldados no reconhecimento da competência Municipal para editar tais normas, o que estaria em contrário sensu à competência da União para legislar sobre direitos políticos e cidadania.

Não obstante as ressalvas, a ideia do Município legislar de forma suplementar, por força do artigo 30, inciso II, da Constituição Federal, não se apresenta inaplicável, quanto a situações acessórias do processo, porém existem inúmeras lacunas processuais apresentadas pelo artigo 5º, que carecem de uma emenda ao Decreto-Lei 201/67, ou até por outra norma editada pela União, revogando a atual. Como exemplo, a hipótese do inciso primeiro, que determina a convocação do suplente para compor o quórum. A qual suplente a norma se refere? O primeiro não pode ser por ter interesse na cassação, sendo mais razoável o segundo, porém há necessidade de norma regulamentando tal situação.

O inciso II do mesmo artigo impõe que a denúncia seja lida na primeira sessão após o recebimento. A qual sessão a norma se refere, ordinária ou eventualmente uma extraordinária?

O inciso III fala em prazo de defesa. Como deve ser contado, incluindo ou excluindo o início, término e os finais de semana?

Essas omissões do legislador federal originário devem ser supridas por uma norma nova, refinando esses e outros pontos obscuros da existente, que fazem com que a jurisprudência fique com o encargo de solucionar.

4.1.1 Da incompetência municipal para legislar sobre o tema – respeito ao pacto federal

A interpretação constitucional é origem de inúmeras divergências. A busca e compreensão do sentido, objetivo e alcance das disposições, é requisito para o entendimento do restante do ordenamento.

De rigor que a Constituição seja compreendida em sua maior expressão, através de uma análise sistêmica extraíndo a intenção prescrita pelo legislador constituinte. Esse

processo cognitivo leva o exegeta a uma leitura única do Texto, eis que todas suas prescrições devem ser harmônicas, como uma única luz orientado a aplicação de seu postulado, como indica Kelsen:

Através das múltiplas transformações por que passou, a noção de Constituição conservou um núcleo permanente: a idéia de um princípio supremo determinando a ordem estatal inteira e a essência da comunidade constituída por essa ordem, Como quer que se defina a Constituição, ela é sempre o fundamento do Estado, a base da ordem jurídica que se quer apreender.¹⁸⁵

Essa ideia estrutural da Constituição Federal, a faz ter valor unitário, com que “qualquer documento constitucional nos fornece um testemunho desta função da Constituição.”¹⁸⁶

A concepção de unidade impede interpretação sectária, isolada, que foge da sua objetividade jurídica.

Diante dessa forma de leitura do Texto, seria sem razão presumir que o legislador constituinte, quebrou o pacto federal, ao conferir a possibilidade do Município, legislar sobre direitos políticos e processo.

A Constituição Federal delimita o território legislativo de cada membro da Federação, onde o Município, cuja presença indica uma assimetria, tem a menor das autonomias, na partilha horizontal das competências.

Essa inibição de potencialidades deixa clara a intenção do legislador constituinte, que pautado no modelo norte-americano, enumerou competências em favor da União e dos Municípios, deixando as remanescentes em favor dos Estados-Membros.

Com dito alhures, o Município integra formalmente a Federação, porem não pode ser considerado materialmente membro desta, pois falta em seu favor elementos estruturais do modelo simétrico. A Federação simétrica é composta de Estados não de Municípios.

Essa particularidade do modelo brasileiro, por si já limita a atuação municipal, que é restrita as hipóteses taxativas da Constituição Federal. Como descreve Roque Carrazza:

Os Municípios não influem nem muito menos decidem, no Estado Federal. Dito de outro modo, não participam da formação da vontade jurídica nacional. Realmente, não integram o Congresso, já que não possuem

¹⁸⁵ KELSEN, Hans. **Jurisdição constitucional**. Tradução de Alexandre Krug. São Paulo: Martim Fontes, 2007. p. 130.

¹⁸⁶ _____. **O estado como integração**. Tradução de Plínio Fernandes Toledo. São Paulo: Martins Fontes, 2003. p. 87

representantes nem no Senado (Casa dos estados), nem na Câmara dos Deputados (Casa do povo).¹⁸⁷

Outros autores são mais incisivos na indicação da precária autonomia municipal,¹⁸⁸ enfatizando que esta não é *clausula pétrea*, podendo ser abolida pelo legislador constituinte derivado.

A bem dizer no plano político-administrativo, o Município pode ser considerado um fracionamento do Estado e não da União, tanto que o artigo 18, § 4º da Constituição Federal, permite sua criação mediante lei estadual.

Essa característica da parca autonomia traz a conclusão que o Município somente pode legislar nos limites dos artigos 29 e 30 da Constituição Federal, não comportando outra interpretação mais abrangente. Também não há possibilidade de inserção dos direitos políticos, no rótulo *interesse local*, pois é latente que a matéria clama um interesse nacional.

A autonomia *a priori*, é lastreada em dois pilares, como leciona Roque Carrazza: “O conceito de autonomia fixou-se, assim, em duas características essenciais: a) provimento privativo dos cargos governamentais; e b) competências exclusiva no trato de assuntos de seu peculiar interesse (Hans Kelsen).”¹⁸⁹

Esse *peculiar interesse*, termo utilizado desde a primeira Constituição Republicana (art. 68), até a de 1967 (art. 16), ou *interesse local*, segundo o atual Texto, guarda relação com as matérias que somente interessam em *primeiro momento* ao Município, não se tratando de exclusividade, como diz José Cretella Junior:

A regra do peculiar interesse resume, em sua simplicidade, o âmbito da descentralização ou autonomia administrativa, embora não o de *autonomia* no sentido rigorosamente técnico. O vocábulo peculiar deve ser bem entendido, porque alguns o dão, indevidamente, como sinônimo de *exclusivo*. Neste caso, *peculiar interesse do Município* referir-se-ia a assuntos exclusivos do Município, assuntos dos quais não participaria de maneira alguma o Estado-Membro em que se localiza o Município, nem a União. O critério da *exclusividade*, aplicado à regra do peculiar interesse, é totalmente insustentável. O Município está situado dentro do Estado, o qual por sua vez está situado dentro do país, que é a *união indissolúvel* dos Estados-Membros, e não há *antinomia* entre *interesses locais* e *interesses gerais*. O traço que torna diferente o interesse local do interesse geral é a *predominância*, jamais a *exclusividade*. Assim o hospital que certo Município crie e ponha em funcionamento, é *interesse peculiar* do Município, mas não exclusivo, não privativo, porque a saúde interessa não só ao Estado-Membro, como a todo o país. [...] Peculiar interesse ou assunto de interesse local, desse modo, é aquele que se refere, primariamente e

¹⁸⁷ Op. cit. p. 162

¹⁸⁸ CASTRO, José Nilo de. **Direito municipal positivo**. 7ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 55

¹⁸⁹ Op. cit. p. 164

diretamente, sem dúvida, ao agrupamento humano local, mas que também atende a interesses do Estado e de todo o país.¹⁹⁰

Quando se trata de direitos políticos, o raciocínio é inverso, ou seja, primeiramente há o interesse nacional, e secundariamente aos demais membros.

Não há dúvida, que a atual Constituição Federal, reconheceu os direitos políticos, como sendo de interesse nacional, devendo ser regulados pela União, eis que não seria recomendável a sua fragmentação, nem tampouco a diversidade de ingerências legislativas sobre a matéria, justificando-se plenamente a centralização no âmbito da federal.

Nem sobre procedimento, o Município é legitimado a legislar, pois o artigo 24 da Constituição Federal, não lhe confere tal prerrogativa, mesmo que por delegação.

Situação diversa ocorre com os Estados-Membros.

4.2 A possibilidade do Estado-Membro legislar por delegação

O artigo 22, parágrafo único da Constituição Federal, permite a delegação de competência da União em favor dos Estados mediante lei complementar.

Essa possibilidade abarca os direitos políticos e processuais. A par dessa hipótese, os Estados-Membros, mediante permissão em lei complementar, poderão editar normas atinentes às infrações politico-administrativas. Tal regra porem não é extensível aos Municípios.

A distribuição das competências legislativas é pautada pelo *princípio da predominância de interesses*, ou seja, não há hierarquização entre os entes federados, mas uma distribuição das matérias em razão da relevância.

A título de exemplo, temos a previsão do art. 22, I da Constituição Federal, segundo o qual é competência *privativa da União* legislar sobre direito comercial. No entanto, cabe aos Municípios fixar os horários do comércio local que melhor se adequem a realidade da região.¹⁹¹

Considerando que as competências exclusivas da União previstas no artigo 21, são materiais, e as do artigo 22 tem natureza legislativa, em cotejamento, não há incompatibilidade na delegação aos Estados-Membros, das normas sobre infrações politico-administrativas.

¹⁹⁰ CRETELLA JR. José. **Comentários à Constituição de 1988**. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1990, v. III. p. 1.889. Apud: CASTRO, José Nilo de. **Direito municipal positivo**. 7ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2010. p. 216

¹⁹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 645, STF: É competente o município para fixar o horário de funcionamento de estabelecimento comercial.

De se ressaltar, porém que eventual norma nesse sentido, somente geraria efeitos na área de abrangência territorial do Estado-Membro.

Tal delegação não se reveste de generalidade, mas prescinde de especificidade, guardada necessária relação com o rol descrito pelo artigo 22, como indica Raul Machado Horta:

A transferência da competência de legislar da União para os Estados será submetida, por força da exigência de ‘questões específicas’, à especificação do conteúdo da legislação transferida e à estipulação dos termos de seu exercício, aplicando-se à transferência de competência legislativa interestatal as regras que condicionam a delegação legislativa do Congresso ao Presidente da República (art. 68, § 2º), considerando a natureza limitada e controlada de uma e outra forma de transferência de competência legislativa.¹⁹²

Essa especificidade restringe o terreno de atuação delegado, pois segundo José Afonso da Silva:

Não se pode autorizar os Estados a legislar sobre todas as matérias constantes do artigo, mas apenas sobre questões específicas. Isso significa também que não se pode delegar aos Estados nem mesmo a competência para legislar sobre toda a matéria dos incisos, mas só sobre questões específicas a eles referentes.¹⁹³

Como atualmente não existe referida norma autorizadora para as infrações político-administrativas, todo regramento advém do Decreto-Lei 201/67.

4.3 O Decreto-Lei 201/67 – Recepção e eficácia

Na esteira do entendimento explanado acima - competência da União para legislar sobre infrações político-administrativas – salta aos olhos outra questão: sobre tais ilícitos, o Decreto-Lei 201/67 seria compatível com a atual Constituição Federal ou haveria necessidade de outra norma.

Trata-se de análise da eventual recepção da norma pelo atual ordenamento Constitucional, pois com uma nova ordem dessa natureza, os postulados anteriores devem se compatibilizar, sob pena da não recepção, eis que o ordenamento tem de ser único, como indica Norberto Bobbio:

O estado moderno foi formado através da eliminação ou absorção dos ordenamentos jurídicos superiores e inferiores pela sociedade nacional, por

¹⁹² Op. cit. p. 322

¹⁹³SILVA, José Afonso. **Comentário contextual à constituição**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 272

meio de um processo que se poderia chamar de monopolização da produção jurídica.¹⁹⁴

A absorção de uma norma editada por ordenamento pretérito é condição indeclinável para sua validade, e de necessário enfrentamento, por prestígio à continuidade da ordem jurídica.

Essa compatibilização pode vir de maneira expressa ou tácita, sendo a segunda pela falta da antinomia com as novas normas.

Para não ocorrer o divórcio da norma infraconstitucional com a vigente Constituição, há necessidade de sua plena harmonização, como novamente leciona Norberto Bobbio:

O princípio, sustentado pelo positivismo jurídico, da coerência do ordenamento jurídico, consiste em negar que nele possa haver antinomias, isto é, normas incompatíveis entre si.¹⁹⁵

A recepção de uma norma pelo novel Constitucional, não se refere à constitucionalidade ou inconstitucionalidade, mas a sua acomodação com o ápice do ordenamento vigente.

Trata-se de criação do direito.

A recepção se preocupa com o conteúdo material.

A norma infraconstitucional deve ser analisada sob o prisma formal e material, no momento de sua edição, pois o legislador não atua para uma Constituição do futuro. A respeito, o elucidativo Acórdão do Supremo Tribunal Federal, que teve a relatoria do então Ministro Paulo Brossard, na Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 2, Tribunal Pleno, julgado em 06/02/1992.¹⁹⁶

¹⁹⁴ BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma jurídica**. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti, apresentação de Alaôr Caffê Alves. Bauru (SP): Edipro, 2008. p. 31

¹⁹⁵ BOBBIO, Norberto. **O positivismo jurídico. Lições de filosofia do direito**. Tradução de Márcio Publiesi, Edson Bini, e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006. p. 203

¹⁹⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 2/DF, Tribunal Pleno, julgado em 06/02/1992, DJ 21-11-1997 EMENTA: CONSTITUIÇÃO. LEI ANTERIOR QUE A CONTRARIE. REVOGAÇÃO. INCONSTITUCIONALIDADE SUPERVENIENTE. IMPOSSIBILIDADE. 1. A lei ou é constitucional ou não é lei. Lei inconstitucional é uma contradição em si. A lei é constitucional quando fiel à Constituição; inconstitucional na medida em que a desrespeita, dispondo sobre o que lhe era vedado. O vício da inconstitucionalidade é congênito à lei e há de ser apurado em face da Constituição vigente ao tempo de sua elaboração. Lei anterior não pode ser inconstitucional em relação à Constituição superveniente; nem o legislador poderia infringir Constituição futura. A Constituição sobrevinda não torna inconstitucionais leis anteriores com ela conflitantes: revoga-as. Pelo fato de ser superior, a Constituição não deixa de produzir efeitos revogatórios. Seria ilógico que a lei fundamental, por ser suprema, não revogasse, ao ser promulgada, leis ordinárias. A lei maior valeria menos que a lei ordinária. 2. Reafirmação da antiga jurisprudência do STF, mais que cinqüentenária. 3. Ação direta de que se não conhece por impossibilidade jurídica do pedido.

Para haver a recepção, não pode ocorrer confronto material. Recepção é processo de criação de direito. A exemplo o Código Tributário Nacional, que editado sob a égide da Constituição Federal pretérita, foi recepcionado materialmente, recebendo o *status* de lei complementar para a compatibilização com o artigo 146 da Constituição de 1988.

Após a edição da Constituição Federal de 1988, descortinaram várias teorias sobre a recepção do Decreto Lei- 201/67, sendo de rigor a citação das mais relevantes.

A primeira capitaneada pelo Ministro do Supremo Tribunal Federal, Marco Aurélio de Melo, indica que haveria dúvidas sobre a constitucionalidade do Decreto-Lei 201/67, a época de sua edição, eis que a espécie normativa não poderia abarcar ilícitos criminais (de responsabilidade próprios e impróprios), a teor do artigo 9º do Ato Institucional nº 04, que impunha tal espécie normativa, exclusivamente com relação à segurança nacional.

Para o Ministro é necessário:

[...] saber da substancia ou não, do Decreto-Lei nº 201/67, no que se teria alcançado o endosso, a valia de atos legislativos mediante preceitos das Cartas de 1967 e 1969, ou seja, cabe indagar-se, no caso, a disciplina da matéria penal, estritamente penal, mediante Decreto-Lei, estava, ou não, autorizada pelo que se entendia à época ser a ‘ordem jurídica’.¹⁹⁷

Quanto a tal questionamento, o Supremo Tribunal Federal no mesmo julgado¹⁹⁸ por maioria de votos, vencido o Ministro Marco Aurélio, assentou sua subsistência garantida pela Constituição Federal de 1967, através do artigo 173, inciso III, e pela Emenda de 1969 em seu artigo 181, inciso III, salientado que materialmente, a norma é compatível com a atual Constituição.

A tese que o Decreto-Lei na origem não seria a espécie normativa afeta ao direito criminal, mas sim a segurança nacional, foi sufragada com fundamento nos artigos acima, que convalidaram os atos legislativos dessa natureza até então editados sob o palio dos Atos Institucionais. Ainda, os artigos acima citados, excluía da apreciação judicial, os atos praticados pelo Comando Supremo da Revolução de 31 de Março de 1964, em particular os Atos Institucionais.

Assim, sob tal aspecto, a Suprema Corte, entendeu não haver mácula ao referido diploma normativo, pois o ordenamento constitucional da época validou seu conteúdo, inobstante a forma não se apresentar a mais acertada para a matéria.

¹⁹⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processo Penal. Habeas Corpus nº 70.671. Pleno, Joaquim Narciso de Oliveira x Tribunal de Justiça do Estado do Piauí. Brasília, 13/04/94.

¹⁹⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processo Penal. Habeas Corpus nº 70.671. Pleno, Joaquim Narciso de Oliveira x Tribunal de Justiça do Estado do Piauí. Brasília, 13/04/94.

A segunda corrente, liderada por José Afonso da Silva, assevera falecer competência a União para legislar sobre infrações político-administrativas, o que levaria a derrogação dos artigos 4º e 5º do Decreto-Lei 201/67.

Já sob a Constituição de 1967, o autor defendia a mesma ideia, que ganhou corpo com a Constituição de 1988, através dos artigos 29 e 30, que conferem ao Município a competência para se auto-organizar:

Esses dispositivos sobre as infrações político-administrativas não foram recepcionados pela Constituição, ficaram derogados, pois tal matéria integra o conteúdo das leis orgânicas municipais, a que cabe definir as infrações político-administrativas dos prefeitos e o respectivo processo perante a Câmara Municipal.¹⁹⁹

Outros comungam da mesma ideia, como Toshio Mukai:

Sabe-se que o art. 5º do Decreto-Lei nº 201/67 previa a cassação do mandato pela Câmara dos Vereadores por infrações político-administrativas, com o respectivo rito processual, nos casos enumerados no artigo 4º; essa norma não mais poderá prevalecer, pelo menos quanto à estatuição das infrações político-administrativas por incompatível com a nova Constituição.²⁰⁰

Alguns anos atrás, a Ordem dos Advogados do Brasil, Subseção de São Paulo, pautada em previsões da Lei Orgânica e do Regimento interno, entrou junto à Câmara Municipal da capital Bandeirante, com um pedido de cassação contra o então Prefeito Celso Pitta,²⁰¹ onde entendeu-se que o Decreto-Lei 201/67 estaria derogado, e a Lei Orgânica é que deveria dispor sobre o tema.

Tendo perdido seu fundamento constitucional de validade, ele perde vigência e eficácia. Esse o entendimento também de Wolgran Junqueira Ferreira:

Cada Lei Orgânica poderá disciplinar o rito processual para apurar as denúncias feitas contra o Prefeito Municipal. [...] A lei municipal deverá definir as infrações político-administrativas, caso estas não estejam definidas na própria lei orgânica, como deverá definir o procedimento a ser observado desde o acolhimento da denúncia.²⁰²

Hely Lopes Meirelles também se alinhou a esse pensamento:

As infrações político-administrativas do prefeito e as faltas ético-parlamentares dos vereadores, ensejadoras da cassação de seus mandatos, são matérias de competência da lei orgânica local. ... Os artigos 4º-8º do Decreto-lei 201, de 1967,

¹⁹⁹ SILVA, José Afonso da. **Comentário contextual á Constituição**. 2ª edição. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 306.

²⁰⁰ MUKAI, Toshio. **Administração pública na Constituição de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1989. p. 95/96

²⁰¹ Câmara Municipal de São Paulo: Processo nº 243/2000

²⁰² Op. cit. p. 149/150

foram revogados pelos arts. 29-30 da CF de 1988, devendo essa matéria ser regulada pela lei orgânica do Município.²⁰³

José Afonso da Silva é enfático:

A Câmara exerce também função de juízo político, quando lhe cabe julgar as infrações político-administrativas do prefeito, conforme dispuser a lei orgânica local, com a aplicação de sanção de cassação do mandato, assim como o julgamento de infrações cometidas pelos vereadores, com a aplicação de sanções de extinção ou cassação de seu mandato. [...] É de competência da lei orgânica local definir essas infrações e o processo de seu julgamento - revogado, portanto, o Decreto-Lei 201/67 nesse particular.²⁰⁴

Essa corrente, inobstante a envergadura de seus defensores, pelo atual ordenamento Constitucional, esbarra na impossibilidade do Município legislar sobre os direitos políticos, pois a cassação do Prefeito interrompe um mandato em curso, e torna o agente inelegível por 8 (oito) anos.²⁰⁵

Não se trata de *mero ilícito administrativo*, o que ficaria na órbita municipal, mas *politico-administrativo*. O primeiro termo retira por força do artigo 22 da Constituição Federal, a possibilidade do exercício da competência legislativa por outro ente que não a União.

A terceira corrente entende que os artigos 4º e 8º da norma em questão, teriam validade relativa, aplicáveis unicamente na omissão do ordenamento municipal.

Tal posição é defendida por Tito Costa: “Em não havendo lei local sobre a matéria, entendemos que deve prevalecer a referida norma federal.”²⁰⁶

Para o autor, a competência originária seria do Município, e na omissão deste, poderia ser utilizado o Decreto-Lei 201/67, para não haver lacuna punitiva.

Em verdade trata-se de uma derivação da segunda corrente, com a ressalva que na omissão do legislador local, poderia ser utilizada a norma federal.

Tal postura parece equivocada, pois admite uma competência subsidiária, ou suplementar da União, a mingua de previsão constitucional.

Uma quarta corrente defendida por Manoel Gonçalves Ferreira Filho entende que mesmo no caso das infrações político-administrativas, a prerrogativa de julgamento seria do

²⁰³Op. cit. p. 715/716

²⁰⁴Op. cit. p. 305

²⁰⁵BRASIL. Lei Complementar nº 64 de 18 de maio de 1990. Estabelece, de acordo com o art. 14, § 9º da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação, e determina outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp64.htm. Acesso em: 27 de Novembro de 2012.

²⁰⁶Op. Cit.p. 49

Poder Judiciário não das Câmaras Municipais: “a função de julgar é inerente ao Judiciário no sistema de separação dos poderes que a Constituição exige em princípio intocável (v. art. 60, § 4º, III).”²⁰⁷

Na mesma trincheira, milita J. Cretela Júnior, para quem:

Os Prefeitos Municipais de todo o Brasil têm o direito subjetivo público de julgamento em qualquer tipo de infração, pelo Tribunal de Justiça, colegiado objetivo e imparcial, isento de paixões partidárias que influem sobre o julgamento dos colegiados locais.²⁰⁸

Também comunga o mesmo trilhar, Mayr de Godoy:

O Prefeito, no exercício do mandato, como autoridade ou cidadão comum ou ainda em decorrência das funções oficiais, pode, eventualmente, por ação ou omissão, dar causa à existência de crime ou contravenção penal. Se isso ocorrer, será julgado perante o Tribunal de Justiça. A Câmara Municipal não pode mais julgar o Prefeito por infrações político-administrativas, como conceituadas no art. 4º, do Decreto-Lei 201, que, neste aspecto, estão abrogado em razão da Constituição ter expressamente determinado seu ‘julgamento perante o Tribunal de Justiça’ (art. 29, VIII). Ora, o mencionado art. 4º, ao conceituar as infrações político-administrativas do Prefeito, o sujeitava ‘ao julgamento pela Câmara dos Vereadores’, como o ‘julgamento’, a Constituição determina seja perante o Tribunal de Justiça, tal dispositivo foi revogado implicitamente.²⁰⁹

Tal corrente desconsidera a previsão dos artigos 85 e 86 da Constituição Federal, aplicáveis simetricamente aos Prefeitos Municipais.

Por tais dispositivos, o julgamento por infrações político-administrativas, é de competência do Poder Legislativo, sendo afeto ao Judiciário, aquelas advindas dos crimes comuns.

Se para o Presidente da República essa é a regra, não poderia a Constituição Federal dispor de forma diversa para os Prefeitos.

Por fim a quinta corrente, entende que o Decreto-Lei 201/67, encontra-se plenamente recepcionado pela atual Constituição Federal.

Outros não menos ilustres, como José Nilo de Castro, entendem compatível com a atual Constituição referido diploma legal, pois faleceria competência ao Município para

²⁰⁷ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Comentários à Constituição Brasileira de 1988**. São Paulo: Saraiva, 1990, p. 217. Apud: FERREIRA, Wolgran Junqueira. **O município à luz da constituição federal de 1988**. 2ª ed. Bauru: EDIPRO, 1995, p. 92

²⁰⁸ CRETELLA JUNIOR, J. **Comentários à Constituição de 1988**. São Paulo: Forense, 1991, p. 1880. Apud: LIMA FILHO, Altamiro de Araujo. **Prefeito e Vereadores: crimes e infrações de responsabilidade**. São Paulo: Editora de Direito, 1997, p. 446

²⁰⁹ GODOY, Mayr. **A lei orgânica do município comentada**. São Paulo: Leud, 1990, pp 149-150. Apud: LIMA FILHO, Altamiro de Araujo. **Prefeito e Vereadores: crimes e infrações de responsabilidade**. São Paulo: Editora de Direito, 1997, p. 446

legislar sobre crimes de responsabilidade próprios, entre outros motivos, por força do artigo 24 da Constituição Federal, que reserva competência processual exclusiva à União:

Resulta indubitoso concluir até, com a matéria de procedimento, que a legislação federal invocada (Decreto-Lei 201/67) é aplicável, de vez que, na forma do artigo 24, XI, da Constituição da República, não têm os municípios competência para legislar sobre procedimentos em matéria processual, nem suplementarmente, conforme se viu, salvo delegação legislativa expressa aos Estados apenasmente (parágrafo único, art. 22, CR).²¹⁰

Embora o Supremo Tribunal Federal tenha decidido reiteradamente por essa tese,²¹¹ ainda persistem pronunciamentos em contrário, como os acima indicados.

O Supremo Tribunal Federal nunca vacilou no reconhecimento da recepção do Decreto-Lei 201/67 pela atual Constituição Federal, em qualquer de suas vertentes.²¹²

O Tribunal de Justiça de São Paulo, no julgamento da Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 153-536-0/8-00, representando o pensamento dos demais Tribunais da Federação, ratifica o entendimento.²¹³

Historicamente, desde a Constituição do Império houve a federalização das leis que tratam dos crimes de responsabilidade (próprios e impróprios), como a Lei nº 27 de 07 de Janeiro de 1892 e nº 30 de 08 de Janeiro de 1892.

Com o Estado Novo, através da Constituição de 1946 a tendência foi mantida pelas Leis nº 211 de 07 de Janeiro de 1948 e 3.528 de 03 de janeiro de 1959.

Quanto a Constituição Federal de 1988, sua harmonia material deriva do próprio pacto federativo, eis que não existem incompatibilidades.

²¹⁰ Op. cit. 2010, p. 541

²¹¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processo Penal. Habeas Corpus nº 69850-6-RS. Impetrante: Plínio de Oliveira Correa Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Pleno. Relator: Ministro Francisco Rezek. Brasília. 27/05/1994.

²¹² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processo Penal. Habeas Corpus nº 69.850-6-RS, Brasília, 27/05/1994; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processo Penal. Habeas Corpus nº 70.671-1-PI, Brasília, 19/05/1995; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processo Penal. Habeas Corpus nº 71.991-1-MG, Brasília, 03/03/1995.

²¹³ BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 153-536-0/8-00 Ademais, ao incluir a citada norma na Lei Orgânica do Município a Câmara Municipal de Tietê invadiu esfera de atribuição privativa da União, porquanto somente esta última tem competência para legislar sobre crimes de responsabilidade, de infrações penais comuns, de atos de improbidade administrativa, fixando as regras para o respectivo processo e julgamento (*cf. artigos 15, 22, I e XIII e 24, XI, da Constituição Federal e Decreto-lei nº 201/67*). A respeito do tema o Colendo Supremo Tribunal Federal, após colacionar inúmeros precedentes, editou a súmula 722, assim redigida: "*São da competência legislativa da União a definição dos crimes de responsabilidade e o estabelecimento das respectivas normas de processo e julgamento*" Relator: Desembargador Mário Devienne Ferraz, São Paulo, 09/04/2008.

Somente uma norma federal, pode atingir de forma tão contundente os direitos políticos ativos e passivos.

A exemplo temos a situação dos Governadores, cuja definição de crimes de responsabilidade é fixada por norma federal, pré-constituente (Lei 1.079/50), sendo desafeto aos Estados legislar sobre a matéria.

Se os Estados não tem essa competência para legislar materialmente, menos ainda os Municípios.

O Supremo Tribunal Federal nunca se opôs à recepção do Decreto-Lei 201/67, sempre se manifestando pela sua compatibilização, e não poderia ser de outra forma, pois o Decreto-Lei tanto no ordenamento de 1946 quanto no de 1967, tinha força de lei ordinária, espécie normativa exigida pelo atual sistema para tipificação de crimes.

Quanto ao rito processual dos *crimes de responsabilidade próprios*, o artigo 5º do Decreto-Lei 201/67, prevê a formalização, se o Estado não dispor de outra forma.

Essa possibilidade dos Estados legislarem sobre direito processual, é prevista no artigo 22, parágrafo único da Constituição Federal, desde que seja sobre questões específicas das hipóteses indicadas. Porém essa competência coloca os Estados na condição de delegatários da norma, mas não com capacidade delegante, ou seja, não podem carrear ao Município essa prerrogativa.

Como o artigo 22, inciso I, trata de direito processual, plenamente compatível com a atual Constituição Federal, o artigo 5º do Decreto-Lei 201/67.

Sem prejuízo, o artigo 24, inciso XI, da Constituição Federal, permite aos Estados legislar sobre procedimentos em matéria processual, o que harmoniza mais a norma com o Texto Magno:

Se ao Estado a Constituição Federal de 1988 outorgou competência concorrente para legislar sobre ‘procedimentos em matéria processual’ (art. 24. Inciso XI), não o fez com relação ao Município. Consequentemente, à Lei Orgânica Municipal não cabe dispor diferentemente do Decreto-Lei nº 201/67 no pertinente ao procedimento para a decretação de cassação de mandato de Vereador.²¹⁴

A atual Constituição Federal não contem hipóteses de colisão com a citada norma, porém de se observar, que haveria necessidade de um refinamento do texto através do legislador ordinário. Por exemplo, o rito processual descrito no artigo 5º, é simplório, próprio

²¹⁴ BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível nº 40.043/73, Rel. Desembargador Sergio Lellis Santiago, Belo Horizonte, 03/08/1995.

dos regimes ditatoriais, no qual foi editada a norma. Inobstante, com ressalvas pontuais que mais refinariam o mesmo, é certo dizer que houve a recepção.

Nessas balizas (processuais) deveria haver um pronunciamento sobre a recepção do Decreto-Lei 201/67 pela atual Constituição Federal, e isso ocorreu por várias vezes através do oráculo constitucional, o Supremo Tribunal Federal.²¹⁵

Em tendo ocorrido o pronunciamento positivo sob a ótica processual, quanto à recepção do Decreto-Lei 201/67, enquanto não for editada outra norma sobre a matéria, é o mesmo que regula o tema.

Muito embora o Decreto-Lei 201/67 tenha sido editado sob um regime exceção, sua recepção pela atual Constituição, não se mostra duvidosa. O Supremo Tribunal Federal, em especial no Habeas Corpus 70.671, salientou esse vertente, declarando sua higidez com as exigências do atual ordenamento, exceção feita a alguns aspectos processuais dos crimes comuns, como ao artigo 2º, que determina o julgamento perante o juízo singular, e a Constituição, desloca essa competência para o Tribunal de Justiça por força do artigo 29, inciso X. Ainda ao recurso em sentido estrito contra a decretação da prisão preventiva ou o afastamento do cargo, que também encontra óbice no artigo 29, inciso X, da Constituição Federal e na Lei 8.038/90.

Outros pequenos ajustes de fácil adequação, não impedem à aplicação do referido diploma legal.

Quanto aos *crimes de responsabilidade próprios*, a jurisprudência se encarrega se efetuar os acertos processuais, indicando que seria bem vinda uma norma reformadora, ajustando as omissões.

Esses ajustes, tanto quanto aos crimes de responsabilidade próprios quanto aos impróprios, guardam estreita relação com os direitos e garantias fundamentais.

Há necessidade de uma sintonia maior do processo e respectivo procedimento, com a Constituição Federal, ou no dizer de Willis Santiago Guerra Filho:

[...] nomeadamente, uma materialização do direito processual, ao condicioná-lo às determinações constitucionais e, ao mesmo tempo, uma procedimentalização ou ‘desmaterialização’ do direito constitucional, na

²¹⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processo Penal. Habeas Corpus nº 70.671-1-PI. Impetrante: Macario Oliveira. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Piauí. Relator: Ministro Carlos Velloso. Brasília. 13/04/1994; BRASIL. Supremo Tribunal federal. Habeas Corpus nº 71.991-1-MG. Impetrante: Paulo Sergio Abreu e Silva. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Relator: Ministro Sydney Sanches. Brasília. 03/03/1995

medida em que o processo se mostre indispensável para a realização da ‘Lei Maior’ e, logo, também das ‘menores’ ou ordinárias.²¹⁶

Essa *materialização* da Constituição no processo e procedimento seria, v.g. necessária no caso do artigo 5º, I do Decreto-Lei 201/67, quando este não traz à peça inaugural do processo de cassação, os rigores da denúncia penal, descritos pelo artigo 41 do Código de Processo Penal, como a tipificação do ilícito. Se a peça inicial, não desnudar o tipo legal ofendido, mas se limitara trazer somente fatos, esta será inepta por flagrante cerceamento ao direito de defesa. O acusado deve saber de plano, de qual ilícito ira se defender.

Também, o citado inciso, não limita o número de testemunhas para a denúncia, o que pode gerar novo descompasso com o direito de defesa, pois o inciso III restringe a dez as do acusado.

Ainda o inciso II, impõe quórum de maioria simples para recebimento da denúncia, em solar assimetria com o artigo 86 da Constituição Federal, que exige dois terços para o mesmo processo contra o(a) Presidente(a) da República.

O mesmo inciso, se reportando ao anterior, prevê uma única hipótese de impedimento: quando o vereador for o autor da denúncia. Mas caso um dos vereadores sorteados, seja parente em primeiro grau do denunciante, não haveria prejuízo à defesa por suspeição ? Por certo que sim.

O inciso III, determina o interrogatório do acusado antes da oitiva das testemunhas, o que também divorcia-se da ampla defesa, situação alias que existia no processo penal e foi corrigida com o advento da Lei 11.719/2008, que alterou a redação do artigo 400 do Código de Processo Penal.²¹⁷

O acusado tem o direito de ser ouvido como ultima diligencia, expondo suas ponderações sobre o apurado.

Essas limitações ao direito de defesa devem ser corrigidas pelo legislador ordinário, reformando a norma em questão, para que as garantias constitucionais sejam preservadas, pois

²¹⁶ GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria processual da constituição**. 3ª ed. São Paulo: RCS Editora. 2007. p. 17

²¹⁷ Art. 400. Na audiência de instrução e julgamento, a ser realizada no prazo máximo de 60 (sessenta) dias, proceder-se-á à tomada de declarações do ofendido, à inquirição das testemunhas arroladas pela acusação e pela defesa, nesta ordem, ressalvado o disposto no art. 222 deste Código, bem como aos esclarecimentos dos peritos, às acareações e ao reconhecimento de pessoas e coisas, interrogando-se, em seguida, o acusado. ([Redação dada pela Lei nº 11.719, de 2008](#)).

como já exposto, trata-se de norma editada sob o regime de exceção, com nítida intenção de limitar os direitos fundamentais.

Eduardo Cambi comenta sobre tais leis, que a seu ver, seriam inconstitucionais:

Neste contexto, pode considerar inconstitucional uma lei com fundamento na proibição de excesso, quando um direito fundamental estiver sendo excessivamente restringido, vale dizer, qualquer restrição ou limitação em um direito fundamental somente pode ser considerada constitucional se ficar demonstrado que é apta a realizar um fim legítimo e de peso superior ao direito fundamental em questão, sendo indispensável (ou não desproporcional, não razoável, e não indeterminado) a realização desse fim.²¹⁸

Uma reforma deve reforçar os direitos e garantias fundamentais, em especial o devido processo legal e a ampla defesa, sob pena do Poder Judiciário a todo momento ser acionado para corrigir tais desacertos.

É certo que a norma foi recepcionada e vigora, porem em razão de sua edição ser draconiana, contemporânea aos tenebrosos anos de governo militar, que fazia questão de impor a crença que os detentores do poder federal eram os latifundiários da moral pública, e os Prefeitos e Vereadores grassavam com a desonestidade e incompetência, mostra-se latente a necessidade de uma reforma, refinando o texto para que fique sintonizado com os princípios constitucionais atuais.

²¹⁸ CAMBI, Eduardo. **Neoconstitucionalismo e Neoprocessualismo**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011, p. 226.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A par do exposto, defluiu conclusão que diante da inabilidade administrativa do chefe do Poder Executivo municipal, este pode se ver em subsunção a algumas das hipóteses de ilícitos denominados infrações político-administrativas, chamados pela tradição do nosso direito de *crimes de responsabilidade próprios*.

O termo *crimes de responsabilidade* abarca genericamente, tanto os ilícitos penais, com segregação, quanto os de ordem política, sancionados com a perda do mandato e a inelegibilidade.

A tipificação deriva do desapego a uma obrigação Constitucional prevista no caput do artigo 37 – a moralidade - que impõe ao administrador o cumprimento de vários postulados, entre eles que seja probo em suas funções administrativas e políticas.

Não obstante outras esferas de responsabilização (civil e criminal), o Alcaide fica sujeito às sanções específicas de cunho político, cujo pronunciamento é de exclusividade da Câmara Municipal.

Como os efeitos dessa perda do mandato resvalam nos direitos políticos passivos do cassado, e conseqüentemente na sua cidadania, transparece que a competência legislativa advém do disposto no artigo 22, incisos I e XIII da Constituição Federal, ficando afeta exclusivamente à União.

Sem demérito às opiniões em contrário, algumas mencionadas, não se identifica enquadramento das infrações de cunho político-administrativo, nas previsões dos artigos 29 e 30 da Constituição Federal, pois o legislador constituinte pretendeu conferir ao Município a faculdade de se auto-organizar, e eventualmente suplementar a legislação federal e estadual no que couber. Se aos Estados-Membros a Constituição Federal não conferiu competência para editar normas sobre as infrações político-administrativas, por qual razão o faria em favor do Município ?

As competências abarcadas pela autonomia municipal guardam relação exclusiva com os interesses locais, a auto-organização e o autogoverno, não podendo este ente restringir por norma local, direitos assegurados pela Constituição Federal e por leis federais (aquelas disciplinando os direitos políticos).

Considerando a competência privativa da União para legislar sobre direitos políticos, na esteira do entendimento do Supremo Tribunal Federal, o Decreto-lei 201/67 foi

recepcionado pelo atual ordenamento Constitucional, eis que se trata de norma com status de lei ordinária, convalidado pelo ordenamento constitucional anterior, porém haveria necessidade de sua renovação por outra norma, mais detalhada, principalmente no aspecto processual.

O artigo 5º do DL 201/67 traz o rito processual da cassação do Prefeito. Não se apresenta um refinamento próprio dos processos judiciais, como um clareamento sobre o quórum de recebimento da denúncia.

A norma exige maioria simples para o recebimento (art. 5º, inciso II), porém pelo princípio da simetria, este deveria ser de 2/3 dos membros da Câmara, eis que o artigo 86 da Constituição Federal exige este para a abertura de processo contra o Presidente da República, o que, aliás, já foi ratificado pelo Supremo Tribunal Federal diversas vezes,²¹⁹ inclusive sob a ótica da ordem Constitucional anterior.

A norma ainda é omissa quanto aos casos de suspeição ou impedimento, tanto dos votantes, quanto das testemunhas.

A única exceção descrita é sobre o denunciante, caso seja Presidente da edilidade, ficará impedido, porém o inciso II do artigo 5º menciona os impedidos na composição da comissão processante, porém não descreve quais seriam essas causas.

Seria de rigor a inserção de comandos constitucionais ao processo de cassação, talvez de forma moderada, mas ao menos, respaldada nos princípios elementares do direito processual, especialmente as imposições do artigo 5º, incisos LIV e LV, da Constituição Federal, como, por exemplo, a defesa técnica, a paridade de tratamento entre as partes, a impossibilidade de inversão de atos procedimentais, a garantia das prerrogativas do defensor previstas no artigo 7º incisos X, XI, XII, XIII e XV da Lei 8.906/94 (estatuto da advocacia), entre tantas outras omissões.

²¹⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 678. Autor: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Requerida: Assembleia Legislativa do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Carlos Veloso. Brasília. 19/12/2002; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Representação nº 749. Autor: Governador do Estado do Rio Grande do Sul. Requerida: Assembleia Legislativa do Rio Grande Do Sul. Relator: Ministro Aliomar Baleeiro. Brasília. 20/06/1967.

Incontroverso que o Poder Judiciário pode aferir essas omissões (art. 5º, XXXV da Constituição Federal), porém a positivação dessas garantias evitaria o acionamento judicial, pois a escusa de quem atropela esses direitos é justamente a falta de normatização no Decreto-Lei 201/67.

É certo que a norma se mostra plenamente aplicável e vigente, porém não se pode ignorar que foi produzida sob um regime de exceção, onde a palavra *contraditório* era quase uma heresia.

A reforma é necessária, pois quando se trata de direitos tão importantes como os relativos à cidadania, a omissão legislativa soa como inconstitucionalidade.

REFERÊNCIAS

- ALARCON, Pietro de Jesus Lora. **Funções do direito constitucional: Reflexões sobre a história e a interpretação do projeto normativo para a sociedade plural**. Revista Brasileira de Direito Constitucional – RBDC n. 19 – jan./jun. 2012. Disponível em: <http://www.esdc.com.br/RBDC/RBDC-19/RBDC-19-375>. Acesso em 11 de Fevereiro de 2013.
- ALEXY, Robert. **Teoria dos direitos fundamentais**. Tradução de Virgílio Afonso da Silva. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- BACHOF, Otto. **Normas constitucionais inconstitucionais**. Tradução de José Manuel M. Cardoso da Costa. Lisboa: Almedina, 2009.
- BARROSO, Luiz Roberto. **Interpretação e aplicação da constituição**. 7ª ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- BASTOS, Celso Ribeiro. **Hermenêutica e interpretação constitucional**. Publicação do Instituto Brasileiro de Direito Constitucional. São Paulo: Celso Bastos, 1997.
- BECCARIA, Cesare. **Dos delitos e das penas**. Tradução de Lucia Guidicini E Alessandro Berti Contessa. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- BERNARDI, Raquel Grellet Pereira; BERNARDI Renato. **Ativismo judicial – análise de um caso concreto**. Em: **Estudos contemporâneos de hermenêutica constitucional**. Organização Dirceu Pereira Siqueira e Murilo Angeli Dias dos Santos. São Paulo: Boreau, 2012.
- BERNARDI, Renato. **A impossibilidade de instituição ou majoração de tributo por meio de Medida Provisória (um conflito de normas constitucionais: § 2o do artigo 62 X inciso I do art. 150)**. Disponível em: <http://jusvi.com/artigos/18903/1>. Acesso em 04 de Novembro de 2012.
- BERNARDI, Renato. **A (in)eficácia jurídica das leis municipais que vedam a instalação de presídios ou similares no território do Município**. Jus Navigandi, Teresina, ano 10, n. 892, 12dez.2005. Disponível em: <http://jus.com.br/revista/texto/7698>. Acesso em: 21 de Outubro de 2012.
- BREGA FILHO, Vladimir. **Federalização das Violações de Direitos Humanos**. Disponível em: http://www.conpedi.org.br/manaus/arquivos/anais/manaus/direito_humano_td_vladimir_brega_filho.pdf. Acesso em: 21 de Outubro de 2012.
- BOBBIO, Norberto. **Teoria da Norma jurídica**. Tradução de Fernando Pavan Baptista e Ariani Bueno Sudatti, apresentação de Alaôr Caffé Alves. Bauru (SP): Edipro, 2008.
- _____. **O positivismo jurídico. Lições de filosofia do direito**. Tradução de Márcio Publiesi, Edson Bini, e Carlos E. Rodrigues. São Paulo: Ícone, 2006.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 27 de Novembro de 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processo Penal. Embargos de declaração em embargos de declaração em agravo regimental em agravo de instrumento ou de petição nº 177.313/MG – 1ª Turma. Rel. Min. Celso de Mello. Brasília, 05/11/1996 – Ementário do STF 1.850/1960; no mesmo sentido: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processo Penal. Recurso Extraordinário 225.019/GO – Pleno. Rel. Ministro Nelson Jobim. Brasília, 08/08/1999 – Informativo do STF nº 161.

BRASIL. Tribunal Federal de Recursos. Súmula 133. Compete à Justiça Comum Estadual processar e julgar prefeito municipal acusado de desvio de verba recebida em razão de convênio firmado com a União Federal. Disponível em: http://www.dji.com.br/normas_inferiores/sumula_tfr/sumulas_tfr.htm. Acesso em 27 de Novembro de 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 208. Compete à Justiça Federal processar e julgar Prefeito Municipal por desvio de verba sujeita à prestação de contas perante órgão federal. Disponível em: http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stj/sumulas_stj.htm. Acesso em 27 de Novembro de 2012.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Súmula nº 209. Compete a justiça estadual processar e julgar Prefeito por desvio de verba transferida e incorporada ao patrimônio municipal. Disponível em: http://www.dji.com.br/normas_inferiores/regimento_interno_e_sumula_stj/sumulas_stj.htm. Acesso em 27 de Novembro de 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Súmula 645, STF: É competente o município para fixar o horário de funcionamento de estabelecimento comercial. Disponível em: http://www.stf.jus.br/portal/cms/verTexto.asp?servico=jurisprudenciaSumula&pagina=sumula_601_700. Acesso em 27 de Novembro de 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal – RTJ 152/657.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processo Penal. Habeas Corpus nº 69.850-6-RS, Pleno. Relator: Ministro Francisco Rezek. Brasília, 27/05/1994.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Usurpação de competência. Reclamação 2.138/DF. Pleno. Relator: Ministro Nelson Jobim. Brasília, 18/04/2008.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Ato de Improbidade. Apelação com Revisão: 994.08.161487-2. São Paulo, 16/06/2010.

BRASIL. Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul. Ato de Improbidade.- Lei Especial. Apelação nº 2009.018983-9/0000-00. Campo Grande, 12/07/2010.

BRASIL, Tribunal Regional Federal, 4ª Região. Ato de Improbidade. Agravo de Instrumento nº 2009.04.00.043623-1/SC. Porto Alegre, 03/03/2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processo Penal. Prefeito: Crimes de responsabilidade. Decreto-Lei n. 201, de 1967, art. 1º, Crimes comuns. Habeas Corpus nº 70.671-PI, Pleno, Relator: Ministro Carlos Velloso. Brasília, 19/05/1995.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar na Ação Direta de Inconstitucionalidade. ADI 1628 MC / SC. Pleno. Relator: Ministro Nelson Jobim. Brasília, 30/06/1997.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 1901-1-SP. Requerente: Governador do Estado de Minas Gerais. Requerida: Assembleia Legislativa de Minas Gerais. Relator: Ministro Ilmar Galvão. Brasília. 03/02/2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 1901-1-SP. Requerente: Governador do Estado de Minas Gerais. Requerida: Assembleia Legislativa de Minas Gerais. Relator: Ministro Ilmar Galvão, Brasília. 03/02/2003.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 367297 SP. Recorrente: Ministério Público Estadual. Recorrido: Presidente da Câmara Municipal de Pirajuí. Relator: Ministro Celso de Melo. Brasília. 18/11/2009.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 27 de Novembro de 2012.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil**. Brasília, DF: Senado, 1988. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em 27/11/2012.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processo Penal. Habeas Corpus nº 70.671. Pleno, Joaquim Narciso de Oliveira x Tribunal de Justiça do Estado do Piauí. Brasília, 13/04/94.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processo Penal. Habeas Corpus nº 70.671. Pleno, Joaquim Narciso de Oliveira x Tribunal de Justiça do Estado do Piauí. Brasília, 13/04/94.

BRASIL. Lei Complementar 64 de 18 de maio de 1990. Estabelece, de acordo com o art. 14, § 9º da Constituição Federal, casos de inelegibilidade, prazos de cessação, e determina outras providências. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp64.htm. Acesso em: 27 de Novembro de 2012.

BRASIL. Supremo Tribunal federal. Processo Penal. Habeas Corpus nº 69850-6-RS. Impetrante: Plínio de Oliveira Correa Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Pleno. Relator: Ministro Francisco Rezek . Brasília. 27/05/1994.

BRASIL. Supremo Tribunal federal. Processo Penal. Habeas Corpus nº 69.850-6-RS, Brasília, 27/05/1994; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processo Penal. Habeas Corpus nº

70.671-1-PI, Brasília, 19/05/1995; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processo Penal. Habeas Corpus nº 71.991-1-MG, Brasília, 03/03/1995.

BRASIL. Tribunal de Justiça de São Paulo. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 153-536-0/8-00 Relator: Desembargador Mário Devienne Ferraz, São Paulo, 09/04/2008.

BRASIL. Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Apelação Cível nº 40.043/73, Rel. Desembargador Sergio Lellis Santiago, Belo Horizonte, 03/08/1995.

BRASIL. Supremo Tribunal federal. Processo Penal. Habeas Corpus nº 70.671-1-PI. Impetrante: Macario Oliveira. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado do Piauí Relator: Ministro Carlos Velloso. Brasília. 13/04/1994; BRASIL. Supremo Tribunal federal. Habeas Corpus nº 71.991-1-MG. Impetrante: Paulo Sergio Abreu e Silva. Impetrado: Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Relator: Ministro Sydney Sanches. Brasília. 03/03/1995.

BRASIL. Supremo Tribunal federal. RE 579.951/RN, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, DJe-202, 24.10.2008, p. 1.876; STF, MC-AgR/PR, 16650, Rel. Min. Ellen Gracie, DJe-222, 21.11.2008.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Rcl 2.790/SC, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Corte Especial, DJe 04.03.2010 (Informativo de Jurisprudência do STJ 418).

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Processo Penal. Habeas Corpus nº 80.283-RN – Ministro Sidney Sanches. Brasília, 07/11/2000.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 678. Autor: Governador do Estado do Rio de Janeiro. Requerida: Assembleia Legislativa do Rio de Janeiro. Relator: Ministro Carlos Velloso. Brasília. 19 de Dezembro de 2002; BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Representação nº 749. Autor: Governador do Estado do Rio Grande do Sul. Requerida: Assembleia Legislativa do Rio Grande Do Sul. Relator: Ministro Aliomar Baleeiro. Brasília. 20/06/1967.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Espécie de autorização que, segundo o modelo federal, somente se justifica quando o afastamento exceder a quinze dias. Aplicação do princípio da simetria. Precedentes. Ação Declaratória de Inconstitucionalidade nº 738-6 de 13/11/2002.

CAGGIANO, Monica Herman. **O sistema eleitoral brasileiro. Eleições gerais 2010/Eleições municipais 2012**. REVISTA DE DIREITO BRASILEIRA. Publicação oficial do CONPEDI. Florianópolis: Revista dos Tribunais, ano 2, nº 2, p. 409, 2012.

CAMBI, Eduardo. Neoconstitucionalismo e neoprocessualismo. **Direitos fundamentais, políticas públicas e protagonismo judiciário**. 2ª ed. São Paulo: Revista do Tribunais, 2011.

CARRAZZA, Roque Antonio. **Curso de direito constitucional tributário**. 23ª edição. São Paulo: Malheiros, 2007.

CARVALHO FILHO, José Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 24ª edição, Lumen Juris, 24ª ed., 2011.

CASTRO, José Nilo de. **Direito municipal positivo**. 7ª edição. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

_____. **A defesa dos prefeitos e vereadores em face do decreto-lei 201/67**. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

COPOLA, Gina. **A improbidade administrativa no direito brasileiro**. Belo Horizonte: Fórum, 2011.

COSTA, Tito. **Responsabilidade de prefeitos e vereadores**. 3ª edição. São Paulo. Revista dos Tribunais. 1998.

CRUET, Jean. **A vida do direito e a inutilidade das leis**. Lisboa: José Bastos & Cia. – Livraria editora. 1908, Disponível em: <http://bdjur.stj.gov.br>. Acesso em: 10 de Outubro de 2012.

DECOMAIN, Pedro Roberto. **Improbidade administrativa**. São Paulo: Dialética, 2007.

DALLARI, Dalmo. A. **Direitos Humanos e Cidadania**. São Paulo: Moderna, 1998.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito administrativo**. 22. ed. São Paulo: Atlas, 2009.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico**. Volume 1. São Paulo: Saraiva. 1998.

FIGUEIREDO, Marcelo. **Probidade administrativa**. 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997.

FERREIRA, Wolgran Junqueira. **O município à luz da constituição federal de 1988**. 2ª ed. Bauru: EDIPRO, 1995.

FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. **Estado de direito e constituição**. São Paulo: Saraiva, 1988.

FRANZÉ, Luiz Henrique Barbante. **Agravo frente aos pronunciamentos de primeiro grau no processo civil**. 7ª Ed. Curitiba: Juruá, 2011.

GAJARDONI, Fernando da Fonseca; CRUZ, Luana Pedrosa de Figueiredo; CERQUEIRA, Luis Otávio Sequeira de; GOMES JUNIOR, Luiz Manoel; FAVRETO, Rogerio. **Comentários à Lei de Improbidade Administrativa**. São Paulo: RT, 2010.

GÊNOVA, Jairo José. **A imprensa e a censura**. Âmbito Jurídico, Rio Grande, XIV, n. 93, out 2011. Disponível em: http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=10448. Acesso em: 15 de Janeiro de 2013.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. **Teoria processual da constituição**. 3ª ed. São Paulo: RCS Editora. 2007.

GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 8ª edição. São Paulo: Malheiros, 2011.

HORTA, Raul Machado. **Direito constitucional**. 5ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2010.

KELSEN, Hans. **A democracia**. Tradução de Ivone Castilho Benedetti; Jefferson Luiz Camargo; Marcelo Brandão Cipolla e Vera Barkow. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

_____. **Teoria geral do direito e do Estado**. Tradução de Luiz Carlos Borges. São Paulo: Martins Fontes, 2005.

_____. **Jurisdição constitucional**. Tradução de Alexandre Krug. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

_____. **O estado como integração**. Tradução de Plínio Fernandes Toledo. São Paulo: Martins Fontes, 2003.

LIMA FILHO, Altamiro de Araujo. **Prefeitos e Vereadores. Crimes e infrações de responsabilidade**. São Paulo: Editora de Direito, 1997.

MACHADO, Edinilson Donizete. **Ativismo judicial. Limites institucionais democráticos e constitucionais**. São Paulo: Letras Jurídicas, 2012.

MACHADO, Hugo de Brito. **Estudos de Direito Penal Tributário**. São Paulo: Atlas, 2002.

MADISON, James; HAMILTON, Alexander; JAY, John. **Os artigos federalistas**. 1787-1788. Tradução de Maria Luiza X. de A. Borges. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1993.

MARTINS JUNIOR, Wallace Paiva. **Probidade administrativa**. 4ª ed. Saraiva: São Paulo, 2009.

MEIRELLES, Hely Lopes. **Direito municipal brasileiro**. 16ª edição. Atualizada por Márcio Shneider Reis e Edgar Neves da Silva. São Paulo: Malheiros: 2008.

_____. **Direito Administrativo Brasileiro**. 24ª ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 29ª Edição. São Paulo: Malheiros Editores, 2012.

MENDES, Gilmar Ferreira e WALD, Arnold. **Competência para julgar a improbidade administrativa**. em Revista de Informação Legislativa nº 138. abr./junho./1998.

_____. MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2009. p. 814.

MIRANDA, Jorge. **Direitos fundamentais. Introdução geral**. Lisboa: 1999.

MORAES, Alexandre de. **Direito constitucional**. 7ª edição. São Paulo: Atlas, 2000.

MORBIDELLI, Janice Helena Ferreti. **Um novo pacto federativo para o Brasil**. Instituto Brasileiro de Direito Constitucional. Celso Bastos: São Paulo, 1999.

MULLER, Friedrich. **Quem é o povo. A questão fundamental da democracia.** 6ª ed. Tradução de Peter Naumann. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

_____. **Teoria estruturante do direito.** Tradução Peter Naumann e Eurides Avance de Souza. 3ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

MUKAI, Toshio. **Administração pública na Constituição de 1988.** São Paulo: Saraiva, 1989.

NISS, Pedro Henrique Távora. **Direitos políticos.** 2ª ed. Bauru-Sp: Edipro, 2000.

NORONHA, Magalhães. **Direito penal.** Volume I. São Paulo: Saraiva, 1987.

OLIVEIRA, Flávio Luís de. **A tutela jurisdicional e concretização de direitos.** Revista de Direito Privado da UEL, v. 03, p. 01-12, 2010.

PAZZAGLINI FILHO, Marino. **Lei de Improbidade Administrativa comentada: aspectos constitucionais, administrativos, civis, criminais, processuais e de responsabilidade fiscal.** 5. ed. São Paulo: Atlas, 2011.

PINTO, Paulo Brossard de Souza. **O Impeachment.** 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 1992.

PLATÃO. **A Política.** Disponível em: <http://www.cfh.ufsc.br/~wfil/politica.pdf>. Acesso em: 21 de Outubro de 2012.

POZZOLI, Lafayette. **Direito como função promocional.** Disponível em: <http://www.lafayette.pro.br/>. Acessado em: 21 de Outubro de 2012.

REALE, Miguel. **Teoria do direito e do estado.** 5ª ed. 4ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2010.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **Princípios constitucionais.** Segunda tiragem. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor. 2003.

ROUSSEAU, Jean-Jacques. **Do contrato social.** Tradução de Eduardo Brandão. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.

SANTANA, Jair Eduardo. **Competências legislativas municipais.** 2ª ed. Belo Horizonte: Del Rey. 1998.

SILVA, José Afonso. **Curso de direito constitucional positivo.** 35ª edição. São Paulo: Malheiros, 2012.

SILVA, José Afonso. **Comentário contextual à constituição.** 2ª ed. São Paulo: Malheiros, 2006.

SILVA, Nelson Finotti. **Um juiz mais ativo no processo civil.** Publicado na Revista do Curso de Direito do Centro Universitário Eurípedes de Marília – agosto de 2003 – v. 5 páginas 193/201. Disponível em: http://www.manualdeprocessocivil.com.br/arquivos/artigo_nelson4.pdf. Acesso em: 21 de Outubro de 2012.

SUNDFELD, Carlos Ari. **Fundamentos de direito público**. 5ª ed. São Paulo: Malheiros, 2011.

ZAGREBELSKY, Gustavo. **A crucificação e a democracia**. Tradução de Monica de Sanctis Viana. São Paulo: Saraiva, 2011.

XAVIER, Leopoldo Bibiano. **Revivendo o Brasil-Império**. São Paulo: Artpress. 1991.