

PARECER

Consultante: Diretoria Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil

Assunto: análise sobre o enquadramento constitucional das condutas praticadas pelo Presidente da República Federativa do Brasil Michel Temer.

Comissão Especial

I. Síntese da consulta

O presente parecer tem como escopo verificar o possível enquadramento constitucional das condutas supostamente praticadas pelo então Excelentíssimo Senhor Presidente da República Federativa do Brasil, Michel Temer elencadas no Inquérito que tramita perante o Supremo Tribunal federal. 1

i. Do resgate do instituto do Impeachment no Brasil

O impedimento do Presidente da República está previsto na Constituição da Federal e em legislação infraconstitucional. O fundamento para sua admissibilidade é a existência de uma conduta grave cujos efeitos configurem um atentado contra a ordem jurídica estabelecida pela Constituição. Por esta razão, o processo de impeachment do chefe do Poder Executivo se reveste de uma natureza que combina elementos jurídicos e políticos, haja vista estar em jogo a própria existência do primado constitucional.

Neste sentido, é uma dolorosa medida a ser adotada para a salvaguarda da ordem jurídica. Dolorosa por se tratar do mais traumático momento de uma democracia ao se anular o que foi legitimado pelas urnas. Contudo, a conquista do poder não pode ocorrer a todo custo e sob qualquer meio, sob pena de se bombardear o Estado de Direito. Assim, embora complexo, o impedimento é necessário para se afirmar a fortaleza do constitucionalismo democrático como guia seguro do Estado.

O impeachment é um processo cuja origem remonta à Inglaterra e o longínquo ano de 1376, quando o *Good Parliament* processou William 4º, o Barão Latimer¹. Nos Estados Unidos, o processo de impedimento do Presidente da República está previsto no texto da Constituição de 1787. A natureza do processo de impeachment foi objeto de intensa discussão durante a Convenção da Filadélfia, conforme registrado na conhecida obra *O Federalista*. Em suma, a discussão versava sobre a natureza deste ato, isto é, se o processo tinha feição apenas jurídica ou se a imbricação de elementos políticos poderiam dar azo ao seu objeto. Sagraram-se vencedores aqueles que defenderam natureza jurídica e política, consagrando um sistema em que a Casa dos Representantes faz acusação e o Senado estabelece o julgamento.

Ao longo de sua história constitucional, três foram os Presidentes da República nos Estados Unidos que tiveram processo de impeachment deflagrado pela House of Representatives.

- O primeiro foi Andrew Johnson, 17º Presidente que foi eleito em 1865 após o assassinato de Abraham Lincoln. Acusado de violar a *Tenure Office Act*, uma lei que reduzia os poderes do Chefe do Executivo, John

¹ Confira: Encyclopedia Britannica: <https://www.britannica.com/topic/impeachment>; e Parliament <https://www.parliament.uk/site-information/foi/foi-and-eir/commons-foi-disclosures/other-house-m-impeachment-2015/>.

foi acusado pela Casa dos Representantes e não perdeu o cargo por apenas um voto dos 2/3 necessários à sua deposição.

- O segundo caso ocorreu durante o mandato de Richard Nixon, 37º Presidente, reeleito em 1972. Diante do escândalo Watergate, no qual ficou provado que Nixon tinha conhecimento da violação do Comitê Nacional do Partido Democrata, e considerando que à época a condenação do Presidente era dada como insofismável, Nixon apresentou sua renúncia ao cargo.

- O terceiro e último caso ocorreu entre 1998 e 1999 com Bill Clinton, 42º Presidente, eleito em 1993. A Casa deflagrou o processo após a comprovação de que o Presidente havia mentido ao negar que mantinha relações íntimas com sua estagiária, acusando-o de perjúrio e obstrução da justiça, mas o Senado a repeliu sem maiores alardes dado o amplo apoio que Clinton possuía naquele momento.

Na legislação nacional, é possível encontrar elementos que caracterizam a responsabilização de autoridades estatais desde a Constituição imperial. O art. 133 tipificava as condutas passíveis de responsabilização dos Ministros de Estado:

Art. 133. Os Ministros de Estado serão responsáveis:

- I. Por traição.
- II. Por peita, suborno, ou concussão.
- III. Por abuso do Poder.
- IV. Pela falta de observância da Lei.
- V. Pelo que obrarem contra a Liberdade, segurança, ou propriedade dos Cidadãos.
- VI. Por qualquer dissipação dos bens públicos.

A análise deste dispositivo permite concluir que a responsabilidade dos Ministros de Estado estava adstrita à esfera penal. Assim, o impedimento dispunha de natureza jurídica, e não política. A lei de 15 de outubro de 1827 disciplinou cada uma destas condutas (**anexo 1**).

A natureza política do processo de impeachment se tornou evidente com a Constituição de 1891, momento em que foi estabelecida a arquitetura normativa que vigora na Constituição de 1988: o julgamento de crimes comuns se realiza perante o Supremo Tribunal Federal e o Senado Federal é o órgão competente para julgar os crimes de responsabilidade, cabendo à Câmara dos Deputados a declaração da procedência da acusação.

Na hipótese de procedência da acusação, o Presidente estaria afastado de suas funções e o julgamento perante o Senado seria conduzido pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal. A condenação dependia do voto de dois terços dos membros presentes, tendo como consequência a perda do cargo e a incapacidade de exercer qualquer outro, sem prejuízo de outras ações em face do condenado.

Segundo o art. 54 da Constituição de 1891:

Art. 54 - São crimes de responsabilidade os atos do Presidente que atentarem contra:

- 1º) a existência política da União;
 - 2º) a Constituição e a forma do Governo federal;
 - 3º) o livre exercício dos Poderes políticos;
 - 4º) o gozo, e exercício legal dos direitos políticos ou individuais;
 - 5º) a segurança interna do País;
 - 6º) a probidade da administração;
 - 7º) a guarda e emprego constitucional dos dinheiros públicos;
 - 8º) as leis orçamentárias votadas pelo Congresso.
- § 1º - Esses delitos serão definidos em lei especial.
- § 2º - Outra lei regulará a acusação, o processo e o julgamento.

§ 3º - Ambas essas leis serão feitas na primeira sessão do Primeiro Congresso.

Tratando-se de uma norma de eficácia contida, na famosa definição de José Afonso da Silva, foram editadas duas normas com o condão de regular o processo de impeachment: o Decreto 27 de 07 de janeiro de 1892 estabeleceu o procedimento a ser adotado para julgamento do Presidente da República e o Decreto 30 de 08 de janeiro de 1892, que disciplinou os crimes de responsabilidade.

As normas estabelecidas no Decreto 27, de modo geral, dispunham sobre:

- a) Competência (todo cidadão poderia denunciar o Presidente à Câmara por crimes comuns e de responsabilidade);
- b) Marco temporal (tal denúncia seria válida apenas enquanto perdurasse o período presidencial);
- c) Instrução da peça (era necessário apenas juntar documentos que “façam acreditar a existência do delito” ou uma “declaração ⁵concludente da impossibilidade” de lhes apresentar e assinar o pedido);
- d) Rito na Câmara dos Deputados (comissão composta por nove membros deveria expedir parecer em até oito dias após a apresentação da denúncia, que seria levada a plenário para única discussão. Aceita a denúncia, o Presidente teria direito ao contraditório de quinze dias prorrogáveis a pedido do denunciado. Após sua manifestação, a comissão daria seguimento à investigação com a oitiva de testemunhas, sempre garantido o contraditório e a ampla defesa. Em seguida, o parecer da comissão seria submetido a duas discussões com intervalo de quatro dias. Se aceita a denúncia, a Câmara deveria decretá-la nos seguintes termos: “A Câmara dos Deputados decreta a acusação contra o Presidente da República F..... a envia ao Senado (ou ao Supremo Tribunal Federal) com todos os documentos relativos para se proceder na forma da Constituição e da lei”,

consoante o art. 10 da mencionada lei. Os efeitos da acusação eram três: 1) suspensão das atividades até decisão final; 2) sujeição à acusação criminal; 3) suspensão de metade dos subsídios e cassação em caso de condenação).

e) Rito no Senado (após o recebimento dos autos, o Presidente seria intimado para comparecer em data certa e indicar suas testemunhas. No dia do julgamento, a comissão julgadora leria a acusação, as peças de defesa, inquiriria as testemunhas e depois estabeleceria debate com o defensor do acusado. Após todo este ato, o presidente da comissão extrairia um relatório resumido das provas e das fundamentações e os senadores votariam. Em caso de absolvição, o Presidente retornaria imediatamente ao cargo e, na hipótese contrária, ficaria destituído de exercer a Presidência)

Já o Decreto 30 de 1892 tipificava as condutas consideradas crimes de responsabilidade do Presidente da República (**anexo 2**).

6

Com poucas alterações, o processo de impeachment em face do Presidente da República se manteve nos demais textos constitucionais. Atualmente, está disciplinado nos artigos 85 e 86 da Constituição de 1988 e na Lei 1.079 de 1950 (**anexo 3**), acrescentando-se, ainda, o rito estabelecido pelo Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do processo que cassou o mandato de Dilma Rousseff.

Verificam-se duas hipóteses de *impeachment* na Constituição de 1988, que correspondem à divisão do artigo 52. A primeira é aquela prevista no inciso I do artigo 52, cujos possíveis acusados são o Presidente e o Vice-Presidente da República em crimes de responsabilidade, bem como os Ministros de Estado e os Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica em crimes da mesma natureza conexos com aqueles. A segunda é a do inciso II do artigo 52,

o impeachment dos Ministros do Supremo Tribunal Federal, do Procurador-Geral da República e do Advogado-Geral da União (art. 52, II).

Nestas duas hipóteses, o processamento e julgamento é privativo do Senado Federal (art. 52 e art. 86). Contudo, semelhante à regra estatuida no sistema dos Estados Unidos, a deflagração do processo de impedimento depende de prévia autorização da Câmara dos Deputados, por dois terços de seus membros, exceto quanto aos Comandantes da Marinha, do Exército e da Aeronáutica (art. 51, I).

O artigo 85 da Constituição descreve os atos configurados como crime de responsabilidade do Presidente da República, enquanto os artigos 5º a 12 da Lei 1.079 de 1950 estabelece as condutas vedadas:

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

- I - a existência da União;
- II - o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário, do Ministério Público e dos Poderes constitucionais das unidades da Federação;
- III - o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais;
- IV - a segurança interna do País;
- V - a probidade na administração;
- VI - a lei orçamentária;
- VII - o cumprimento das leis e das decisões judiciais.

Admitida a acusação, o Presidente da República ficará afastado desde a instauração do processo pelo Senado até cento e oitenta dias, quando então, se não houver terminado, o processo continuará com o Presidente de volta às suas funções (art. 86, §§ 1º e 2º). O Senado será presidido pelo Presidente do Supremo Tribunal Federal e decidirá por quórum de dois terços dos votos,

limitando-se a condenação à perda do cargo, com inabilitação por oito anos para o exercício de função pública, sem prejuízo das sanções judiciais cabíveis (art. 52, parágrafo único).

É preciso pontuar ainda que a conduta que configura o pedido de impeachment precisa ser grave o suficiente para que se vislumbre um atentado contra a ordem jurídica estabelecida pela Constituição. Não se trata apenas de um ilícito penal.

No Brasil, embora já tenham sido protocolados diversos pedidos de impeachment em face do Excelentíssimo Presidente da República Federativa (29 durante a presidência de Fernando Collor de Mello, 4 em Itamar Franco, 18 durante o período de Fernando Henrique Cardoso, 34 com Luís Inácio Lula da Silva e 48 com Dilma Rousseff), a sua deflagração ocorreu apenas em duas oportunidades (com Fernando Collor e Dilma Rousseff) em que se verificavam períodos de profunda crise institucional. Quando existente e conjugação do Binômio existência de fato e ausência de apoio parlamentar.

Diferentemente do sistema parlamentar, em que o Poder Executivo repousa em uma divisão entre o Chefe de Estado (que simboliza a unidade nacional a longo prazo) e o Chefe de Governo (que lida com as tensões cotidianas), no sistema presidencial, ambas as funções recaem sobre a mesma autoridade. Logo, não sendo possível destituir o gabinete e substituir o Primeiro Ministro, as crises amargadas no sistema presidencial são mais agudas e profundas. Eis a importância amarga do processo de impeachment para este sistema. Eis o momento que estamos vivendo neste dia.

iii. **Da descrição e tipificação das condutas**

PRELIMINAR

Oportuno ressaltar que esta manifestação se pautou no conjunto probatório apresentado pelo Ministério Público Federal no inquérito penal processado perante o Supremo Tribunal Federal, constituído exclusivamente pelos áudios que foram gravados e fornecidos pelo colaborador Joesley Mendonça Batista.

DOS CRIMES DE RESPONSABILIDADE

Da Infringência do artigo 85, VII, da Constituição Federal cumulado com o artigo 116, VI, da Lei 8.112/1990: ato omissivo próprio no exercício da função pública

Conforme depreende-se da análise preliminar dos autos de Inquérito 4489² e 4483³, sob relatoria do Min. Edson Fachin, no Supremo Tribunal Federal, há uma série de elementos probatórios liminares, que caracterizam, em princípio, a prática de crime de responsabilidade, consistente em omissão no dever legalmente instituído de levar irregularidade, das quais tiver ciência em razão do cargo, ao conhecimento da autoridade competente para apuração, conforme disposto no art. 116, VI, da Lei 8.112/1990.

² Autos de Inquérito 0004077-70.2017.1.00.0000, onde são apuradas as condutas dos investigados Michel Miguel Elias Temer Lulia, Aécio Neves da Cunha e Rodrigo Santos da Rocha Lourdes.

³ Autos de Inquérito 0004385-09.2017.1.00.0000, onde são apuradas as condutas do investigado Ângel Goulart Vilella.

Avaliando a prova disponibilizada em função de acordo de colaboração, firmado pelo empresário Joesley Mendonça Batista, presidente da sociedade empresária J&F Investimentos S.A., com o Ministério Público Federal, e homologado por decisão do Min. Edson Fachin, constata-se a existência de indícios do cometimento de crime de responsabilidade.

O colaborador apresentou, além de seu depoimento, uma série de áudios, gravados por meio de gravação ambiental, onde são capturadas falas de diversos agentes políticos, incluindo o Presidente da República.

Conforme extrai-se do depoimento prestado pelo colaborador, Josley Batista, na data de 04 de março de 2017, por volta das 22h40min, ocorreu um encontro entre este e o Presidente Michel Temer, na então residência presidencial, o Palácio do Jaburu, em Brasília.

10

O encontro com o Presidente da República estava sendo gravado por Josley Batista, sendo discutido, na oportunidade uma variada gama de assuntos, passando da aceleração da economia, aos sucessos do governo, à prisão do ex-Presidente da Câmara dos Deputados, Eduardo Cunha.

A questão de interesse surge quando o Josley Batista informa o Presidente da República, ao que se infere dos áudios, acerca do corrompimento de três funcionários públicos: um juiz, um juiz substituto e um procurador da república.

Para ilustração, transcrevo aqui o áudio (Áudio PR1 14032017.WAV), apontando ainda o momento da fala dos interlocutores:

(09:37-09:44) **JOESLEY BATISTA:** Queria te ouvir um pouco, presidente. Como o senhor está nessa situação toda aí, do Eduardo, não sei o quê ...

(09:46-09:49) **MICHEL TEMER:** O Eduardo resolveu me fustigar. Você viu que...

(09:50-09:51) **JOESLEY BATISTA:** Eu não sei, como está a situação?

(09:53-10:05) **MICHEL TEMER:** Eu não tenho nada a ver com a defesa. O Moro indeferiu 21 perguntas dele. Eu não tenho nada a ver com a defesa dele. Eu não fiz nada demais [inaudível]... no Supremo Tribunal Federal. Então, é só.

(10:14-11:06) **JOESLEY BATISTA:** É eu queria falar assim, que na... Dentro do possível, eu fiz o máximo que deu ali, zerei tudo, o que tinha de alguma pendência daqui para ali, zerou tudo. E ele foi firme em cima e já estava lá, veio, cobrou, tal, tal, tal. Pronto. Acelerei o passo e tirei da fila. O único companheiro dele que está aqui, porque o Geddel sempre estava [inaudível] Geddel é que andava sempre ali, mas o Geddel eu perdi o contato, porque ele virou investigado e eu não posso também ...

(11:05-11:07) **MICHEL TEMER:** É complicado

(11:07-11:09) **JOESLEY BATISTA:** ... não posso encontrar ele.

(11:14-11:35) **JOESLEY BATISTA:** O negócio dos vazamentos, o telefone do Eduardo com o Geddel. Volta e meia citava alguma coisa meio tangenciando a nós, a não sei o que. Eu tô lá me defendendo. Como é que eu dei mais ou menos dei conta de fazer até agora: eu estou de bem com o Eduardo

(11:35-11:38) **MICHEL TEMER:** Tem que manter isso, viu.

(11:44-12:07) **JOESLEY BATISTA:** Eu tô segurando as pontas, tô ...
ndo. Nesse processo, eu tô meio enrolado aqui né, no processo assim.

Isso, isso. É investigado, não tenho ainda a denúncia. Eu dei conta de um lado o juiz, dá uma segurada, do outro lado o juiz substituto que é um cara que ficou ...

(12:07-12:09) **TEMER**: Está segurando os dois ...

(12:09-12:41) **JOESLEY**: Tô segurando os dois. Então eu consegui dentro da força tarefa que também ele tá me dando informação. E eu... lá que eu estou para dar conta de trocar o procurador que está atrás de mim. Se eu der conta, tem o lado bom e o lado ruim: o lado bom é que dá uma esfriada até o outro chegar. O lado ruim é que se vem um cara com raiva, que não sei o que...

(12:40-12:41) **TEMER**: Mas o que você está?

(12:42-12:57) **JOESLEY**: O que está me.. Me ajudando está bom, beleza. Agora, o principal que é um ... tem um que tá me investigando. Eu consegui colar um no grupo. Agora, eu tô tentando trocar...

(12:56-12:57) **TEMER**: O que tá...

(12:57-13:28) **JOESLEY**: Isso. Então, tá meio assim... Ele saiu de férias, até essa semana eu fiquei preocupado que saiu um burburinho de que iam trocar ele, eu fiquei com medo. Tô contando essa história só para dizer assim: eu tô me defendendo, me segurando. Os dois lá tô mantendo, tudo bem. Mas o Geddel tava aqui, aquele negócio da anistia e quase não deu.

O ato praticado pelo Presidente da República, posteriormente ao recebimento da informação de Joesley Batista, incorreu, em tese, em omissão própria, isto é, omitiu-se de um dever de agir legalmente imposto.

Quanto a tais delitos, vale ponderar que nos crimes omissivos basta a abstenção, a desobediência ao dever de agir, sendo crimes de mera conduta, isto é, que independem do resultado (consumação ou não do fato) para que ensejem reprovação.

Ao omitir-se de prestar informações, as quais chegaram a seu conhecimento pelo cargo que exercia, e, particularmente, pela influência que tal cargo carrega nas instituições, o Presidente da República teria incidido em ato ilegal, vez que, como servidor público, lhe é exigida conduta condizente com os princípios que regem a administração. Mais que isso, deve agir em consonância com a regra que estabelece um comportamento esperado do membro da administração, no caso, o já citado art. 116, VI, da Lei 8.112/1990.

A aparente falha na comunicação da ocorrência de graves irregularidades, que, não meramente irregularidades administrativas, mas provavelmente de caráter criminoso, como no caso em apreço, onde vislumbra-se que um particular afirma prontamente que "deu conta" do juiz, e do juiz substituto, e, além disso, e cita-se, alguém de "dentro da força tarefa que também ele tá me dando informação".

Ou seja, houve a comunicação, pelo interlocutor, da ocorrência de ao menos um tipo penal certo, que emerge da afirmação de que possui um contato, de dentro da força tarefa do Ministério Público Federal, que lhe está passando informações, caracterizando, supostamente, crime de violação de sigilo funcional, cuja tipificação encontra-se no art. 325, do Código Penal.

Quando confrontada a violação ao dever público de comunicação de irregularidade, ao dispositivo constitucional do art. 85, VII da Constituição Federal, que estabelece como crime de responsabilidade o ato do Presidente

República que atente contra o cumprimento das leis, verifica-se a demonstração de hipótese viável de processamento do Presidente da República.

O ato demonstra, apesar de ressalvadas as cautelas necessárias acerca de juízos definitivos quando da fase inquisitorial, atos de incontestável gravidade, incompatíveis com os deveres constitucionais da administração pública. A gravidade do ato o macula com peculiaridade ímpar, de modo a caracterizar o delito funcional em seu mais elevado patamar político.

Da Infringência do artigo 85, V, da Constituição Federal cumulado com o artigo 9º, 7, da Lei 1.079/1950: proceder de modo incompatível com a dignidade, a honra e o decoro do cargo

As condutas atribuídas ao Presidente da República supostamente demonstram que houve violação do insito decoro de seu cargo, quebrantando-se, portanto, a probidade na administração.

Primeiramente, verifica-se que o encontro entre o colaborador Joesley Batista e o Presidente da República, ocorreu às 22h40min, havendo protocolo não habitual, tanto em função do horário da reunião, tanto quanto na entrada do interlocutor, que utilizou da garagem do Palácio do Jaburu, entrando diretamente, sem identificar-se na portaria, e mais, não tendo o encontro registro na agenda oficial da Presidência.

Veja-se, ademais, que a própria qualidade do interlocutor, Joesley Batista, enquanto presidente e acionista de empresas que, notoriamente estão sendo investigadas em cinco diferentes operações da Polícia Federal (*Operação Bullish* que investiga contratos que somam R\$ 8 bilhões celebrados entre a JBS e o BNDES;

Operação Greenfield, que apura a irregularidade no uso de fundos de pensão para a empresa; *Operação Sepsis* que investiga o uso de propina para a liberação de recursos do fundo de investimentos do FGTS; *Operação Cui Buono*, que apura irregularidades em créditos junto à Caixa Econômica Federal; e *Operação Carne Fraca*, que investiga se houve pagamento de propina para liberação de certificados sanitários). Mostra-se temerária a atitude de uma autoridade tão elevada da República, em realizar um encontro com estas características.

Além disso, na conversa travada entre o colaborador e o Presidente da República, verifica-se aparente esforço, pelo que se depreende do depoimento de Joesley Batista, em buscar-se um nome favorável aos interesses da companhia do empresário para atuar enquanto presidente do CADE, apontando sempre “a importância de ter um presidente aliado do governo”, ao que o Presidente haveria respondido que teria “uma pessoa com a qual pode ter ‘conversa franca’”⁴.

15

Fato ainda mais grave envolve o nome do atual Ministro da Fazenda, Henrique Meirelles, que, pelo que se extrai do depoimento de Joesley Batista, teria negado determinado favorecimento, e, questionando o Presidente, recebeu resposta favorável, de modo que “(o Presidente) faria ser atendido o pleito”⁵, intercedendo junto ao Ministro da Fazenda.

Conforme prova colacionada nos autos, pode-se afirmar, em juízo preliminar, a ocorrência, em tese, de crime de responsabilidade praticado pelo Presidente da República, vez que infringência do disposto no art. 85, V, c.c. art. 9º, 7, da Lei 1.079/1950, que dispõe que é crime de responsabilidade contra a probidade na administração o proceder de modo incompatível com a dignidade, a honra, e o

Termo de Depoimento nº 2, prestado por Joesley Mendonça Batista, autos de Inquérito 4483/2017, p. 44 dem.

decoro do cargo exercido, vez que pela prova colhida, houveram possíveis atos de intercessão em favor de particulares, demonstrando favorecer interesses privados em detrimento do interesse público, com o que se julga, ao menos liminarmente, como uma promessa tanto de intervenção junto ao Ministro da Fazenda, quanto na nomeação de pessoa já comprometida com o interesse privado à importante órgão de fiscalização e controle, como o é o CADE.

iv. Conclusão

Pelas razões expostas a comissão entende que se comprovadas as condutas supostamente praticadas pelo Excelentíssimo Presidente da República e investigadas no inquérito que tramitam perante o Supremo Tribunal Federal, é possível afirmar que estas atentam contra o disposto no art. 85 da Constituição Federal e constituem crime de responsabilidade.

Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil