PODER LEGISLATIVO – PRESIDENTE DA REPÚBLICA – PEDIDO DE EXPLICAÇÕES

PRESIDÊNCIA DA REPÚBLICA

Consultoria-Geral da República

Parecer nº SR-58, de 14 de junho de 1988. "Aprovo. Em 16.6.88"

(Processo nº 00400.000003/88-09)

Assunto: notificação do Presidente da República (art. 25 da Lei de Imprensa).

Ementa: pedido de explicação ao Presidente da República formulado por senadores integrantes de CPI – Regime presidencial de Governo e princípio republicano da responsabilidade presidencial – Institutos de direito norte-americano impropriamente invocados por não-aplicáveis à interpelação regulada pelo direito brasileiro – Inépcia do pedido e da ameaça de responsabilidade do Presidente da República por não haver dado explicações – Terrorismo moral: os interpelantes entendem que a expressão poderia atingi-los e ignoram a origem filosófica da expressão usada pelo filósofo Kant, em 1798, muito antes da formação da CPI do Senado... O uso do pedido de explicações como *actio ad exhibendum* ou, alternativamente, como medida preparatória de mandado de segurança, ou de *habeas-corpus*, constitui um inédito elenco de inépcias.

PARECER Nº SR-58

I

O Exmº Sr. Ministro Néri da Silveira, do egrégio Supremo Tribunal Federal, a pedido de Affonso Alves de Camargo Netto e outros, todos ilustres senadores da República, ordenou a notificação de S.Exª., o Sr. presidente da República, para que explicasse o sentido e o alcance de determinadas referências e alusões que teria feito, concernentes a fatos mencionados pelos requerentes, informando, especificamente,

a) se recebeu, ou não, um dossiê sobre a pessoa e as atividades dos requerentes;

b) se, em conseqüência dos elementos constantes desse dossiê, determinou, ou não, a adoção das medidas administrativas e judiciais cabíveis;

c) se há, ou não, relação entre as atividades e pessoas dos requerentes e as palavras constantes do discurso presidencial, proferido em Jales (SP), no dia 14 de abril do corrente ano.

Pretenderam os interpelantes, ainda, "caso exista o mencionado dossiê", integrasse, ele, as explicações prestadas pelo chefe do Poder Executivo da União.

O Exmº. Sr. presidente da República não respondeu às explicações pedidas e, em homenagem ao Poder Judiciário, disse, em mensagem, por que não o fazia:

"Mensagem nº 202/88

Exmº Sr. presidente do Supremo Tribunal Federal:

Notificado nos autos da petição protocolada sob o nº 009080/88 em atenção ao Supremo Tribunal Federal e ao despacho de S.Exª. o Sr. Ministro Néri da Silveira tenho a honra de comunicar a V.Exª. nada ter o

que responder à solicitação de informações a mim dirigida por ilustres senadores da República.

Quanto ao item 30, *a:* porque sequer me atribuem declaração alguma;

Quanto ao item 30, *b:* porque se trata de discurso pronunciado na qualidade de presidente da República, em ato público, sobre a atualidade política, sem abordar assuntos pessoais.

Brasília, 26 de maio de 1988 – *José Sarney*

A S.Exª. o Sr. Ministro Luiz Rafael Mayer
Digníssimo presidente do Supremo Tribunal Federal
Brasília–DF

Diante disto, o ilustre patrono dos interpelantes declarou à imprensa que promoveria a responsabilidade penal do chefe do Executivo mediante representação ao procurador-geral da República.

Estes, os fatos, que passarei a analisar, por determinação do Exmº Sr. presidente da República, depois de estabelecidas e fixadas, por questões metodológicas e expositivas, algumas premissas já assinaladas no Parecer nº SR-033, desta Consultoria-Geral, que se me afiguram essenciais à compreensão abrangente do tema.

II

O REGIME PRESIDENCIAL DE GOVERNO

O Poder Executivo da União é exercido pelo presidente da República, auxiliado pelos ministros de Estado.

A chefia do Poder Executivo, no Brasil, é unipessoal. Titulariza-a o presidente da República, que reúne, em si, a tríplice condição de chefe de Estado, chefe de Governo e chefe da administração federal.

A República brasileira, desde o momento de sua institucionalização, adotou o regime presidencial de governo, inspirados, os seus autores, nossos *founding fathers*, no modelo político plasmado na Constituição dos Estados Unidos da América, promulgada pelos convencionais de Filadélfia, em 1787..

A unidade do Executivo, típica do sistema presidencial, investe o presidente da República, com exclusividade absoluta, na chefia e na representação institucional daquele poder.

O presidencialismo, no sistema jurídico nacional, é um princípio constitucional que rege a ordenação do Poder Executivo nas três instâncias de poder que, hoje, compõem a estrutura federal do Estado brasileiro.

III

O PRINCÍPIO REPUBLICANO DA RESPONSABILIDADE PRESIDENCIAL

Embora irrecusável a posição de grande eminência do presidente da República, no contexto político-institucional, há que se reconhecer, até mesmo como decorrência do princípio republicano, a possibilidade de responsabilizá-lo, penal e politicamente, pelos atos ilícitos que, eventualmente, houver cometido.

Plenos de responsabilidade, ainda, na esfera penal e política, são, também, os ministros de Estado, agentes políticos auxiliares do presidente da República.

A responsabilidade dos governantes, num regime constitucional de poderes limitados, tipifica-se como uma das cláusulas essenciais, decorrentes do princípio republicano.

A primazia natural do Poder Executivo, analisada em face do crescimento das atividades do Estado "não equivale a domínio ilimitado e absorvente", adverte Josaphat Marinho (ver *Revista de Direito Administrativo*, v. 156, p. 11), mesmo porque – é preciso assinalar – a expansão do arbítrio deve ser contida por um sistema que permita a aferição do grau de responsabilidade daqueles que exercem o poder.

A consagração do princípio da responsabilidade presidencial configura, no magistério de Paulo de Lacerda, "uma conquista fundamental da democracia, e, como tal, é elemento essencial da forma republicana democrática que a Constituição brasileira adotou..." (ver *Princípios de direito constitucional brasileiro*, v. 1, p. 459, item 621).

A sujeição do presidente da República às conseqüências jurídicas e políticas de seu comportamento é inerente e consubstancial ao regime republicano.

O ordenamento jurídico brasileiro, ao reconhecer, na figura do presidente da República, o único depositário constitucional da suprema potestade executiva do Estado, instituiu o Poder Executivo unipessoal.

O constituinte republicano, no entanto, e com o intuito de preservar a intangibilidade das liberdades públicas, definiu, claramente, a possibilidade de responsabilização do presidente da República – e de seus ministros de Estado – nos ilícitos penais comuns e nas infrações político-administrativas.

Por isto, hoje e em face do direito constitucional positivo, instrumentalizado na Carta federal de 1969, inexiste, em favor do presidente da República e de seus ministros de Estado, qualquer imunidade jurídico-material, que os pré-exclua da jurisdição, penal ou política, do Estado. "Nenhum aceno, portanto", para usar a feliz expressão da Giuseppe Bettiol, "à venerabilidade ou inviolabilidade, pelo que o presidente da República deve ser considerado – como qualquer outro cidadão – subordinado à obrigação de observar a lei penal" (*grifei* – ver *Direito penal*, trad. de Paulo José da Costa Júnior e Alberto Silva Franco. 1966. v. 1, p. 183).

O eminente Aníbal Freire, que reuniu a dupla condição de consultor-geral da República (1938-40) e de ministro do Supremo Tribunal Federal (1940-51), é enfático ao observar que

"A *responsabilidade* do presidente da República é substancial no sistema brasileiro. Só ele tem a direção política do Poder Executivo. Na direção administrativa é auxiliado pelos ministros de Estado, que respondem pelos seus próprios atos e pelos crimes conexos com os do presidente.

Regime de poderes limitados e definidos, o sistema presidencial precisa de um contrapeso, que até certo ponto possa, em dados momentos, neutralizar a ação do titular do Executivo. Não era curial estabelecer a independência deste e enfeixar nas suas mãos tão grande soma de poderes, sem cogitar ao mesmo tempo de lhe refrear a inclinação para o abuso com a medida capaz de fixar a sua obediência aos preceitos constitucionais e induzi-lo a uma gestão moralizada e prudente. Por isto, *ad instar* do que fizeram os constituintes norte-americanos e argentinos, a nossa lei básica preceitua a responsabilidade do presidente, por meio de um processo perante juízo especial e cercado de garantias excepcionais" (ver O poder executivo na República brasileira – Ed. Unb – Câmara dos Deputados, 1981. p. 83 (Biblioteca do Pensamento Político Republicano, 7).

A República instaura, como postulado revestido de absoluta essencialidade, o regime de responsabilidade, a que se submete, em plenitude, o supremo magistrado da Nação.

A lição de Geraldo Ataliba é definitiva:

"A simples menção ao termo *república* já evoca um universo de conceitos, intimamente relacionados entre si, sugerindo a noção do princípio jurídico que a expressão quer designar. *Dentre tais conceitos, o de responsabilidade é essencial*" (Ver *República e Constituição*, RT, 1985. p. 38, item n. 9).

Não há, sobre o tema, em face da forma republicana de governo, maiores disceptações, como se pode constatar do autorizado magistério, dentre outros, de José Afonso da Silva, *Curso de direito constitucional positivo*. RT 2. ed., 1984. p. 106-7; Paulo M. de Lacerda, *Princípios de direito constitucional brasileiro*. v. 1, p. 520-1, item nº 672; Ed. Erbas de Almeida. Marcelo Caetano, *Direito constitucional*. Forense, 1978, v. 2, p. 239, item nº 90; Wilson Accioli, *Instituições de direito constitucional*. 2. ed. Forense, 1981, p. 406-28, itens 166-70; Paolo Biscaretti di Ruffia, *Direito constitucional (instituições de direito público)* trad. Maria Helena Diniz, RT, 1984, p. 396-400, item nº 150.

Inobstante a comunhão de idéias em torno desse aspecto fulcral e conseqüencial do princípio republicano, é preciso advertir, antes do que salientar, que a tese da *irresponsabilidade penal* do presidente da República, consagrada apenas pela Carta federal de 1937 (art. 87), volta, inexplicavelmente, a constar do futuro estatuto constitucional brasileiro, como se depreende da regra inscrita no art. 96 do Projeto de Constituição – objeto de *aprovação* em primeiro turno de votação, que assim dispõe, *verbis:*

"O presidente da República, na vigência de seu mandato, não pode ser responsabilizado por atos estranhos ao exercício de suas funções."

Note-se que a Constituição da República francesa, de 1958, também *não* desconhece o tema da irresponsabilidade do presidente da República que nela se acha formalmente positivado, em seu art. 68:

"Por atos praticados no exercício das suas funções, o presidente da República somente é responsável em caso de alta traição (...)"

IV

A QUESTÃO DO PRIVILÉGIO DO EXECUTIVO

Os interpelantes, por meio de seu douto patrono, estendem-se, longamente, em considerações concernentes ao denominado *privilégio do Executivo* e à *imunidade judicial do presidente da República*, invocando, para tanto, as lições ministradas pelos autores e pela jurisprudência da Suprema Corte norte-americana, para concluir: a) que não existe, em nosso sistema constitucional, o *executive privilege;* b) que o presidente de República está sujeito à jurisdição dos tribunais (ver fls. 24-40).

A questão do *privilégio do Executivo*, que tornaria imune o presidente da República à ação do Poder Judiciário, *não se coloca em nosso direito positivo*, pelo que teria sido até dispensável o erudito desenvolvimento dado ao tema pelo eminente patrono dos interpelantes.

Em nosso sistema constitucional, revela-se incontrastável a autoridade – e insuprimível a jurisdição – do Poder Judiciário sobre os atos do presidente da República. Dentro dessa perspectiva, mostra-se permanentemente atual o *dictum* da Suprema Corte americana, pelo voto de seu *Chief Justice*, John Marshall, na histórica decisão do caso Masbury v. Madison (1803), 5 US (1 Cranch) 137, 177, de que "it is emphatically the province and duty of the judicial department to say what the law is (...)"

A *rule of law* insurge-se contra a tese de que há círculos de imunidade que protegem o exercício imperial do poder. Cf., nesse sentido, o valioso estudo de Eduardo Garcia de Enterría, *La lucha contra las inmunidades del poder*, 3. ed. 1983. Madrid, Edit. Civitas S.A.

Inobstante esse aspecto, não se pode ignorar que o presidente da República *dispõe* de prerrogativas especiais, que lhe são conferidas *ratione muneris*. A elevada dignidade de suas funções e a excepcional relevância de suas atribuições político-constitucionais legitimam a outorga, ao chefe de Estado, de privilégios de ordem estritamente funcional.

A própria doutrina norte-americana, freqüentemente invocada pelos interpelantes, propicia vários exemplos, que envolvem, de modo claro, as relações institucionais entre os Poderes Executivo e Judiciário, *negando*, em casos determinados, aos tribunais, autoridade sobre o presidente da República e *reconhecendo*, em outros, a impossibilidade de interferência judicial em atos do ramo executivo do Governo.

É o que afirma Henry Campbell Black, em seu *American constitutional law*, 2. ed., 1897. West Publishing, p. 83-4 e 95-7.

"There are but few conceivable cases in which the judicial department could usurp purely executive functions or attempt the performance of purely executive acts. But the importance of the principle, in this connection, is discovered in the rule that the courts must arrogate no supervision or control over the executive department in the discharge of its proper duties. The judiciary does not possess, and cannot exercise, any revisory power over executive duties. Thus the courts have no authority to require the chief executive of the state by mandamus, or forbid him by injunction, to perform any executive act which is political in its character, or which involves the exercise of judgment or discretion (...) The rule settled by the United States courts in this regard is that they will not interfere by mandamus with the executive officers of the government (such as the heads of departments or bureaus) in the exercise of their ordinary official duties, even where those duties require an interpretation of the law, the courts having no appellate power for that purpose.

(...)

In the exercise of his constitutional powers and functions, the president is an independent, co-ordinate branch of the government, not subject to the direction or control of either congress or the courts.

The constitution makes the president of the United States the repository of all the executive power of the nation, thus constituting him a separate department of the government, not inferior to the others, but co-ordinate with them, and independent of them. His acts and determinations, within the sphere of his constitutional powers, cannot be controlled, questioned, or overruled by the legislative or judicial departments. He is invested with political discretion, and in the exercise thereof he is responsible to no other person or department of the government. He also has such other incidental privileges and immunities as are necessary to enable him to

exercise his powers and discharge his duties without interference or hindrance. 'In the exercise of his political powers he is to use his own discretion, and is accountable only to his country and to his own conscience. His decision in relation to these powers is subject to no control, and his discretion, when exercised, is conclusive'. The exercise by the president of his executive powers can neither be commanded nor restrained by the ordinary process of the courts. Nor can the discharge of his executive duties be thus compelled, or in any wise interfered with. Thus in the case of State of Mississippi v. Johnson, it was held that a writ or injuntion cannot be issued to restrain the president from carrying into execution an act of congress, on the allegation that the act is unconstitutional. Nor can the writ of mandamus be issued to compel the president to perform an act which lies within his political discretion. And since the grant of executive powers to the president necessarily implies that he shall be enabled to exercise them without any obstruction or hindrance, it follows that he cannot be liable to arrest, imprisonment, or detention, while he is in the discharge of the duties of his office, and for this purpose his person must be deemed, in civil cases at least, to possess an official inviolability. It is doubtful whether he could be compelled to appear in court in obedience to the writ of subpoena. Such a writ was served on President Jefferson on the trial of Aaron Burr, but he refused to obey it, and the matter was never pressed to a decision.

The exemption of the president from being controlled or interfered with by the process of the courts extends also to the heads of departments and other high executive officers, in so far as relates to matters in which they are invested with discretion, or political matters, though not in relation to duties which are merely ministerial, or which do not involve the exercise of any discretion, and where the rights of private parties are concerned. Reference has already been made to this topic, in the first and fifth chapters, in connection with the rule of personal and political responsibility and the independence of the executive department."

Igual orientação é perfilhada por Munro, para quem a Suprema Corte dos Estados Unidos acolheu o princípio segundo o qual o presidente da República, "in exercise of his constitutional powers, is beyond the reach of any other department" (ver *The government of the United States*, 1950, p. 167).

Idêntica é a opinião de Charles A. Beard e William Beard:

"In the discharge of his duties, the president enjoys certain privileges and rights. No court of law in the land has any jurisdiction over him for any offense" (ver *The American Leviathan*, 2. ed. New York, The Macmillan, 1931. p. 387).

Devo registrar, finalmente, que, mesmo no direito norte-americano, onde o tema em análise sofreu larga discussão, *não há*, em regra, *imunidade executiva* em face da atividade persecutório-penal do Estado.

O privilégio do Executivo não encontra fundamento explícito na Constituição norte-americana, muito embora existam intérpretes que o entendam "deeply rooted" na doutrina da separação dos poderes.

A prática, nos Estados Unidos, do *executive privilege*, iniciou-se, esclarece Laurence H. Tribe, professor de direito na Universidade de Harvard, com George Washington, que o invocou "on the ground that disclosure of the desired information would subvert crucial military or diplomatic objectives" (ver *American Constitutional Law*, The Foundation Press, 1978. p. 202).

A recusa do Poder Executivo, em divulgar informações ao Judiciário, sobre fatos ou documentos protegidos pela nota de confidencialidade, tem sido *placitada* pela jurisprudência da Suprema Corte americana, em diversas ocasiões, tais como em *Totten* v. *United States*, 92 US 105 (1876); *Chicago & Southern Air Lines* v. *Waterman Steamship Corp.*, 333 US 103 (1948); *United States* v. Curtiss-Wright Export Corp., 299 US 304 (1936); *United States* v. *Reynolds*, 345 US 1 (1953); *Roviaro* v. *United States*, 353 US 53 (1957); *McCray* v. *Illinois*, 386 US 300 (1967), *Inter alia*.

Há que se acentuar, ainda, que, mesmo em *United States* v. *Nixon*, 418 US 683 (1974), decisão tão freqüentemente referida pelos ilustres interpelantes, a Suprema Corte dos Estados Unidos *não rejeitou*, de modo absoluto, a prática do *executive privilege*, como claramente adverte o Prof. Laurence H. Tribe (v. op. cit., p. 207/8):

"In balancing the values and interests implicated by *United States* v. *Nixon*, the Court acknowledged the importance of maintaining the confidentiality of high-level executive discussions. The Court emphasized 'the necessity for protection of the public interest in candid, objective, and even blunt or harsh opinions in presidential decision making'. It was largely this necessity that underlay the Court's conclusion that Oval-Office presidential deliberations were presumptively privileged (...)."

A questão posta neste tópico só pode encontrar, obviamente, uma solução: a submissão plena do Estado e dos atos de seu Poder Executivo à autoridade e jurisdição dos tribunais. Não se pode ignorar que a atividade soberana do Poder Judiciário constitui um postulado fundamental do regime das liberdades públicas e um pressuposto essencial da caracterização do Estado de Direito.

V

CRIMES COMUNS E CRIMES DE RESPONSABILIDADE

A Constituição brasileira, ao proclamar a responsabilidade do presidente da República e de seus ministros de Estado, como chefe e agentes do Poder Executivo, impõe que se distingam, por razões de ordem procedimental, os *crimes comuns*, de um lado, dos *crimes de responsabilidade*, de outro.

Os crimes comuns e os crimes de responsabilidade, tais como referidos pelo texto constitucional, "são figuras jurídicas que exprimem conceitos inconfundíveis. O crime comum é um aspecto da ilicitude penal. O crime de responsabilidade refere-se à ilicitude político-administrativa. O legislador constituinte utilizou a expressão *crime comum*, significando ilícito penal, em oposição a *crime de responsabilidade*, significando infração político-administrativa. A locação constitucional *crime comum* abrange, portanto, *todas* as infrações penais, inclusive as contravenções (*RTJ*, *91*/423) e os crimes eleitorais e militares (...)" (Mello Filho, José Celso de. *Constituição federal anotada*. 2. ed. 1986. p. 270).

O eminente José Frederico Marques placita esse entendimento:

"Quando a Constituição federal, ao discriminar casos criminais penais da competência originária do Supremo Tribunal ou dos tribunais de Justiça, fala em *crime comum*, – essa expressão vem entendida em contraste e oposição a *crime de responsabilidade*. Por esse motivo, nela estão abrangidas todas as infrações penais que não possam ser qualificadas como crimes de responsabilidade. O crime eleitoral, nesse sentido, é crime comum, o mesmo devendo ser dito do crime militar (...): a expressão *crime comum*, nos textos constitucionais, não é unívoca, e sim, proteiforme e equívoca (...)" (ver *Elementos de direito processual penal*, 1962. v. 3. p. 302, item n. 806).

Sublinhe-se, por necessário, como já anotado anteriormente, e ainda sobre este tema, que "a expressão *crimes*, usada pela Constituição (...) deve ser entendida como sinônimo de *infrações penais*, compreendendo, assim, as contravenções (...)" (Ver *Revista Trimestral de Jurisprudência*. v. 91, p. 423).

Os crimes de responsabilidade constituem infrações político-administrativas, definidas na legislação federal, cometidas no desempenho da função, que atentem contra a existência da União, o livre exercício dos poderes do Estado, a segurança interna do País, a probidade administrativa, a lei orçamentária, o exercício dos direitos políticos, individuais e sociais e o cumprimento das leis e das decisões judiciais.

A prática de crime comum induz a responsabilidade penal de seu agente e legitima a imposição das sanções penais cominadas na legislação pertinente, gerando, até, a privação de liberdade ou a restrição de direitos.

Os crimes de responsabilidade, no entanto, provocam a impunibilidade de uma *sanctio juris*, de índole eminentemente político administrativa, consistente na desqualificação funcional daquele que neles incidiu. A desqualificação funcional, nesse caso, restringir-se-á: a) à perda do cargo; b) à inabilitação temporária, por cinco anos, para o exercício de qualquer função pública, eletiva ou de nomeação.

A Constituição federal, naquelas infrações, submete o chefe do Executivo da União e os seus ministros de Estado à posição de formal subordinação, perante os demais poderes do Estado, investidos de função jurisdicional.

Ela estabelece, no entanto, um rito procedimental, a ser necessariamente observado, que se desenvolve, quando o sujeito passivo

da relação processual for o presidente da República, em duas fases autônomas, conforme expressa preceituação consubstanciada no art. 83, *caput*, que assim dispõe, *in verbis:*

"O presidente, depois que a Câmara dos Deputados declarar procedente a acusação pelo voto de dois terços de seus membros, será submetido a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal, nos crimes comuns, ou perante o Senado Federal, nos de responsabilidade."

VI

PROCESSO E JULGAMENTO

Tribunal de Pronúncia *(judicium accusationis)* e
Tribunal de Julgamento *(judicium causae).*

O processo de responsabilização penal (infrações comuns) ou político-administrativa (crimes de responsabilidade) do presidente da República instaurar-se-á, *sempre,* perante a Câmara dos Deputados, a quem compete, privativamente, declarar, por dois terços dos seus membros, a procedência da acusação (ver CF, art. 40, n. I).

A Câmara dos Deputados atuará na condição de *tribunal de pronúncia,* incumbindo-lhe emitir o *judicium accusationis.*

A Constituição defere à Câmara dos Deputados, com exclusão de qualquer outro órgão do Estado, não importando a natureza do ilícito imputado ao presidente da República, a competência para proferir um julgamento da processabilidade da acusação que lhe foi dirigida.

Permite-se, desse modo, que a instituição parlamentar, por uma de suas Casas, efetue *controle de admissibilidade* sobre as acusações oferecidas contra o presidente da República, quer nos crimes comuns, quer nos de caráter político-administrativo.

Essa disposição constitucional é de ordem pública, conforme assevera Afonso Arinos de Melo Franco (ver parecer in *Revista Forense,* v. 221, p. 55, item n. 2).

Origina-se, ela, da primeira Constituição republicana que o Brasil teve (1891).

A *ratio* dessa norma, que enseja à Câmara dos Deputados o controle preliminar sobre os fundamentos de qualquer formulação acusatória deduzida contra o presidente da República, foi salientada por João Barbalho, Ministro do Supremo Tribunal Federal, que, sobre ela, nos seus magníficos comentários à Constituição de 1891, assim se pronunciou:

"Nos crimes comuns, o presidente, depois que a Câmara dos Deputados julga procedente a acusação (art. 53), o processo e julgamento são de competência do Supremo Tribunal. Não se verificando, então, as condições especiais que arredam dos tribunais ordinários o conhecimento e punição dos delitos do presidente, não se tratando dos de natureza funcional, melhor juiz não se lhe poderia dar do que a mais elevada corporação judiciária nacional. E é por altas razões de ordem política e para maior resguardo da autoridade do primeiro magistrado da Nação, que ele, mesmo em crimes particulares, só é processado depois que a acusação, apreciada pela Câmara dos Deputados, é por ela julgada procedente. Assim remover-se-ão denúncias caluniosas, evitar-se-á ao chefe do Estado o incômodo da posição de processado antes por vindicta e propósito hostil, do que por legítimo desagravo, e obstar-se-á que processos inoportunos e impertinentes, venham, quiçá em conjuntura gravíssima para o País, arredar de seu posto, e com prejuízo da Nação, o primeiro magistrado dela" (ver *Constituição federal brasileira – Comentários.* p. 236, 1902. p. 236).

Idêntico é o magistério de Pedro Lessa, para quem essa atribuição constitucional deferida à Câmara dos Deputados destina-se a obstar pleitos infundados ou lides penais temerárias, que possam envolver, com graves prejuízos ao interesse público, a figura do presidente da República:

"(...) temos para os próprios crimes comuns do presidente da República uma competência excepcional, a originária e privativa do Supremo Tribunal Federal, com a prévia declaração pela Câmara dos Deputados da procedência da acusação (...). Tem esta última providência por fim manifesto obstar a que prossigam denúncias abusivas, processos infundados, ações que inoportuna ou inconvenientemente poderiam arredar de seu pos-

to o chefe da Nação, em graves conjunturas da política nacional ou da política internacional" (ver *Do Poder Judiciário*. 1915, p. 45, § 12).

Essa mesma forma ritual, escalonada e sucessiva, aplica-se ao processo e julgamento do presidente da República, nos crimes de responsabilidade.

Neles, o *judicium accusationis* instaura-se, também, perante a Câmara dos Deputados, atuando, o Senado Federal, como tribunal de julgamento (*judicium causae*).

O processo de *impeachment* – que, no Brasil, não surgiu com a República, mas com o Império referentemente aos ministros e conselheiros de Estado (ver Leal, Aureliano, *Teoria e prática da Constituição federal brasileira*. 1925. 1. parte, p. 437) – instaura um juízo político e enseja a aplicabilidade de sanção jurídica, de caráter eminentemente político: a desqualificação funcional do presidente da República.

Pronunciado pela Câmara dos Deputados (*judicium accusationis*), o chefe do poder Executivo da União será julgado, nos crimes de responsabilidade, pelo Senado Federal (*judicium causae*), transformado em tribunal de colegialidade heterogênea, eis que presidido por autoridade estranha ao Legislativo – o presidente do Supremo Tribunal Federal.

A jurisdição constitucional do Senado Federal sobre o presidente da República, no processo por infrações político-administrativas por este cometidas, justifica-se: a) quer pela natureza dos ilícitos praticados; b) quer pelo objetivo pretendido pelo denunciante: a destituição presidencial do cargo. Por isso mesmo, esclarece Rui Barbosa: "Circunscrita a estas raias, a disposição da nossa lei orgânica é irrepreensível. A Constituição não podia dar à justiça comum o poder de depor o presidente da República" (ver *Comentários à Constituição federal brasileira*. 1933. v. 3, p. 426).

Constata-se, assim, que, em nosso direito constitucional positivo, o presidente da República, depois que a Câmara dos Deputados declarar procedente a acusação pelo voto de dois terços de seus membros, será submetido a julgamento: a) *nos crimes comuns*, perante o Supremo Tribunal Federal; b) *nos crimes de responsabilidade*, perante o Senado Federal.

VII

A RESPONSABILIDADE PENAL DO PRESIDENTE DA REPÚBLICA: UM CASO DE IMUNIDADE *FORMAL*?

O presidente da República é penalmente responsável. Não dispõe de imunidade *material*, de caráter penal, nos crimes comuns (ver. Marques, José Frederico. op. cit., v. 3, p. 316, item n. 819).

Goza, porém, de prerrogativa de foro, que a Constituição lhe assegura *ratione muneris*. O Supremo Tribunal Federal, nos termos da nossa Lei Maior, é o juiz natural do presidente da República, nas infrações penais comuns (ver. art. 119, n. I, *a*).

A competência penal originária do Supremo Tribunal Federal subsiste mesmo naqueles casos em que, cometido o delito durante o mandato presidencial, haja cessado a investidura do chefe do Poder Executivo no cargo. É o que assinala o enunciado nº 394 da Súmula da Jurisprudência daquela egrégia Corte: "Cometido o crime durante o exercício funcional, prevalece a competência especial por prerrogativa de função, ainda que o inquérito ou a ação penal sejam iniciados após a cessação daquele exercício."

Nota-se, claramente, do que se expôs no item anterior, que a instauração de *persecutio criminis* contra o presidente da República, perante o STF, por crimes comuns – assim entendidos quaisquer ilícitos penais, inclusive os de natureza contravencional –, depende, *em caráter necessário*, de ato do Poder Legislativo, consubstanciador da vontade política da Câmara dos Deputados (ver CF, art. 40, n. 1, c/c art. 83, *caput*), que, pela maioria qualificada de dois terços da totalidade de seus membros, venha a considerar admissível o ajuizamento de ação penal condenatória.

Sem esse prévio juízo de formação da culpa, privativamente deferido, pela Constituição, à Câmara dos Deputados, não será possível ajuizar-se ação penal tendente a sentença condenatória, perante o STF, nos crimes comuns imputáveis ao presidente da República.

Condiciona-lhe, o ajuizamento, esse requisito de procedibilidade, sem o que ficará configurada a carência absoluta do *jus actionis*.

Essa *improcessabilidade* do presidente da República, nos crimes comuns, traduz uma

situação de *imunidade formal*, constitucionalmente instituída (ver CF, art. 83, *caput*), que faz depender, a *persecutio in judicio*, do pronunciamento anterior e favorável da Câmara dos Deputados.

O juízo de acusação, que eventualmente possa emanar da Câmara dos Deputados, só a esta pertence. Ela não o partilha com qualquer outro órgão da soberania nacional. O monopólio constitucional de emitir esse juízo de probabilidade decorre de expressa regra de competência inscrita no texto de nossa Carta Política (ver arts. 40, n. I, e 83, *caput*).

O doutor José Frederico Marques, ao tratar deste tema, assinala:

"O foro especial do chefe da Nação desdobra-se, desse modo, em foro de *juízo de acusação*, e em foro de *juízo da causa:* o primeiro é a Câmara dos Deputados, e o segundo, o Supremo Tribunal Federal (...)

(...) Nos processos por crime comum, o presidente da República é submetido, antes, ao julgamento da Câmara dos Deputados, a respeito da admissibilidade da acusação. O procedimento segue, no caso, a normas especiais (...).

'Decretada a acusação', o processo será enviado ao Supremo Tribunal Federal, onde, então, seguirá, com as necessárias adaptações, ao que dispõe o Cód. de Proc. Penal, nos arts. 556 *usque* 562.

A denúncia já foi apreciada pela Câmara, sendo que, como fala Pontes de Miranda, a decretação da procedência da acusação 'é a *pronúncia* de direito processual penal comum'. Cumpre, por isso, ao procurador-geral da República oferecer *denúncia-libelo* contra o chefe da Nação, seguindo-se, daí por diante, ao que se contém no Cód. de Proc. Penal" (ver op. cit. v. 3, itens 819-20, p. 317).

Esse, igualmente, é o magistério de Heleno Cláudio Fragoso, em *Lições de direito penal – A nova parte geral.* 10. ed. Forense, 1986. p. 128/9, item n. 111:

"(...) o presidente da República só poderá ser processado depois que a Câmara dos Deputados (...) declarar procedente a acusação. Se se tratar de crime comum, o julgamento será feito pelo Supremo Tribunal Federal (...)",

e de Paulo de Lacerda, em *Direito constitucional brasileiro*, v. 1, p. 521, item n. 672:

"(...) Assim, em se tratando de crime comum, o Supremo Tribunal Federal é sempre competente para processar e julgar o presidente da República (...); mas, o decreto de acusação da Câmara dos Deputados é necessário para o processo do presidente (...)."

VIII

LEI DE IMPRENSA E INTERPELAÇÃO JUDICIAL

1. Natureza cautelar do pedido de explicações

A Lei nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967 – Lei de Imprensa –, que regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação, assim dispõe, *verbis*, no seu art. 25:

"Art. 25. Se de referências, alusões ou frases se infere calúnia, difamação ou injúria, quem se julgar ofendido poderá notificar judicialmente o responsável, para que, no prazo de 48 horas, as explique.

§ 1º Se neste prazo o notificado não dá explicação, ou, a critério do juiz, essas não são satisfatórias, responde pela ofensa.

§ 2º A pedido do notificante, o juiz pode determinar que as explicações dadas sejam publicadas ou transmitidas, nos termos dos arts. 29 e segs."

O pedido de explicações, igualmente previsto no art. 144, do Código Penal, constitui típica providência de ordem cautelar, destinada a aparelhar ação penal principal, tendente a sentença penal condenatória.

O interessado, ao formulá-lo, invoca, perante o Estado-Juiz, tutela cautelar penal, visando a que se esclareçam situações revestidas de equivocidade ou dubiedade, a fim de que se viabilize o exercício futuro de ação penal condenatória.

É incisivo, a esse respeito, o magistério de Rogério Lauria Tucci, eminente professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo:

"Constitui o *pedido de explicações*, em nosso direito processual penal, medida preparatória de ação penal relativa a crimes contra a honra – calúnia, difamação ou injúria, inclusive quando perpetrados por meio

de imprensa" (Ver Pedido de explicações. In: *Revista dos Tribunais*, v. 538, p. 297).

Esse ilustre autor acentua, no que se refere ao pedido de explicações, as notas que o caracterizam como medida penal cautelar: a) *provisoriedade* (a medida perderá a sua eficácia, uma vez consumada a decadência do direito de ação ou de representação); b) *instrumentalidade* (a providência impetrada destina-se a remover qualquer dúvida ou equívoco "em prol da configuração de fato típico cuja autoria é atribuída ao interpelado", assim como a assegurar resultado condenatório favorável no processo principal); c) *acessoriedade* (a interpelação existe em função do processo penal condenatório).

Por essa razão, a notificação do suposto ofensor processa-se, pela natureza penal cautelar de que se reveste, perante o *mesmo juízo* que é competente para julgar a ação principal e há de observar, por força de nosso sistema constitucional, no que se refere ao presidente da República, *o mesmo procedimento ritual* a que se submete a ação penal condenatória.

Os ilustres notificantes ignoram todos esses conceitos e cometem o absurdo de afirmar que a interpelação, respondida ou não, servir-lhes-á, alternativamente, de fundamento para *mandado de segurança* ou *habeas-corpus*. Nada mais inepto do que tal afirmação em pedido de explicações fundado na Lei de Imprensa.

2. A interpelação judicial não se equipara à subpoena do direito americano

Os ilustres interpelantes, por mais de uma vez, aludiram, em sua petição, ao *writ* da *subpoena* e invocaram a lição contida nas decisões proferidas em *United States* v. *Burr*, 25 Fed. Cas. 30 (nº 14.692) (C.C.D.Va. 1807), e *United States* v. *Nixon*, 418 US 683 (1974). Poderiam, igualmente, haver mencionado *outro* precedente, que envolveu a concessão do *writ of subpoena* contra o Presidente James Monroe (ver Tribe, Laurence H. op. cit. p. 206).

Registre-se, porém, que há um ponto comum e peculiar aos três casos referidos: *nenhum deles, por óbvias razões, se aplica à espécie dos autos*, seja por absoluta ausência de identidade de situações, seja por nenhuma pertinência ou similitude, em conseqüências jurídicas, com a figura do pedido de explicações, *disciplinada pela lei brasileira*.

Esclareça-se que, ao contrário da *subpoena* do direito norte-americano, a interpelação judicial, fundada no art. 25 da Lei de Imprensa ou no art. 144 do Código Penal, *não se reveste de conteúdo mandatório*.

O despacho judicial que determina a notificação não veicula e nem transmite qualquer ordem ao destinatário desse ato processual, razão pela qual o notificando não pode ser compelido a comparecer em juízo e nem constrangido a prestar esclarecimentos ou a exibir documentos, ou, ainda, a fazer, deixar de fazer ou tolerar que se faça alguma coisa.

Daí, a advertência de Darcy Arruda Miranda sobre a finalidade exclusiva da interpelação judicial:

"O objetivo do pedido de explicações é para fixar a intenção do responsável pelo escrito, no endereço da calúnia, difamação ou injúria contidas no mesmo, ou, como diz Galdino Siqueira: 'o fim do pedido de explicações não é constituir meio de prova, mas precisar o verdadeiro sentido dos termos em questão" (ver *Comentários à Lei de Imprensa*. RT. 1969. v. 2, p. 486, item n. 417).

A *subpoena*, inexistente com esse *nomen juris* em nosso direito e que em *tudo* difere do pedido de explicações em juízo, constitui, na definição de Henry Campbell Black:

"A process to cause a witness to appear and give testimony, commanding him to lay aside all pretenses and excuses, and appear before a court or magistrate therein named at a time therein mentioned to testify for the party named under a penalty therein mentioned. Alexander v. Harrison, 2 Ind. App. 47, 28 N.E. 119, 121" (ver *Black's law dictionary*. West Publishing, Rev. 4. ed. 1968. p. 1595).

O *writ of subpoena*, de caráter essencialmente cominatório, objetiva, em suas duas modalidades: a) compelir alguém a depor *subpoena ad testificandum);* b) ordenar alguém a exibir ou produzir algum documento em seu poder, pertinente à controvérsia (*subpoena duces tecum*).

O descumprimento da *ordem* consubstanciada no *writ of subpoena* torna possível executá-la coercitivamente contra aquele que a desatendeu.

Essa conseqüência, no entanto, *não* decorre, por juridicamente impossível em face

de nosso direito positivo, do comportamento de quem, interpelado para produzir explicações em juízo, deixa, *potestativamente*, de fazê-lo.

IX

O CASO CONCRETO: INIDONEIDADE JURÍDICA DESTE PEDIDO DE EXPLICAÇÕES

O pedido de explicações, *tal como deduzido*, mostrou-se absolutamente inviável, *eis que ausente o pressuposto que lhe é essencial:* a existência de imputações ofensivas, revestidas de equivocidade, ambigüidade ou dubiedade.

Por isso mesmo, tem-se decidido que "só se justifica pedido de explicações na hipótese de alguém se julgar atingido em sua honra por frases, referências ou alusões de que possa inferir calúnia, difamação ou injúria. É o caso das chamadas *ofensas equívocas*" (ver *Revista dos Tribunais*, v. 534, p. 377).

Ou ainda:

"Se a referência ou alusão considerada ofensiva não se reveste de forma dubitativa ou equívoca, não se vislumbrando o emprego de palavras de duplo sentido, evidentemente a convocação judicial do suposto infrator da lei penal, no capítulo dos crimes contra a honra, para prestar explicações em juízo, além de desnecessária, é injustificável" (ver *Revista dos Tribunais*, v. 488, p. 316).

Mesmo porque:

"(...) as explicações só se justificam na equivocidade do termo, na frase evasiva, indeterminada ou lacunosa, no oblíquo do discurso ou assertiva reticente" (Tribunal de Justiça de São Paulo, Pleno, decisão unânime, *RT 546*/305).

A inviabilidade jurídico-processual do pedido é flagrante, posto que ao intento de certificar autoria de palavras ou frases, de confirmar intenções, de exibir documentos, de devassar atos intransitivos ou de fazer ou deixar de fazer alguma coisa, a esse intento, *repita-se, não socorre o pedido de notificação*, cuja função *singular, única e exclusiva* restringe-se, tão-somente, ao esclarecimento de tópicos frasais ambíguos, dúbios ou equívocos, mas que *se refiram* ao notificante.

Veja-se, por exemplo, a questão do *terrorismo moral*, que tanta repercussão causou no espírito dos ilustres interpelantes. Ela, na verdade, não se reveste do sentido interpretativo por eles dado ao discurso e à entrevista presidenciais de Jales (SP).

Naquela ocasião, ressaltou-se que somente o exercício da tolerância, inerente à prática democrática, poderia justificar o estado de ânimo presidencial, "de aceitar todas as injustiças, aceitar a violência verbal, *aceitar o terrorismo moral* (...)".

Ao explicitar o conteúdo desse tópico frasal, em entrevista concedida à imprensa, esclareceu o chefe do Poder Executivo:

"Eu acho que em certos momentos estamos vendo uma extrapolação daquilo que é a própria liberdade. O que eu disse é que a liberdade de cada um termina onde começa a liberdade dos outros. E, no momento em que se procura, *através da violência verbal, através do terrorismo moral, que é pior que outra espécie de terrorismo, desintegrar a sociedade democrática*, nós estamos, quer dizer, combatendo a própria democracia."

Vislumbraram, os ilustres interpelantes, nessa afirmação, um agravo ao seu patrimônio moral, como se eles fossem o centro do universo e tudo acontecesse em função deles ou a eles se dirigisse.

Não entenderam, especialmente, *o sentido kantiano* da expressão *terrorismo moral*.

Com efeito, o grande filósofo de Koenigsberg, Immanuel Kant (1724-1804) – que lançou, em sua vasta obra filosófica, a doutrina do direito racional (*Vernunftrecht*) –, exprime, com o seu sistema de filosofia crítica, construído após mais de três décadas de estudos e reflexão, uma concepção filosófica que, projetada no campo do direito, baseia-se "no pressuposto de um dualismo entre o *subjetivo* e o *objetivo*, entre a *razão* e a *realidade* (...)" (ver Ráo, Vicente. *O direito e a vida do direito*. 2, tir. Max Limonad, v. 2, p. 76, item n. 30).

Pois bem, o pensador alemão utilizou a expressão *terrorismo moral*, impugnada pelos interpelantes, em um trabalho escrito no final do século XVIII (1798), denominado Disputa das faculdades, que foi publicado juntamente com a *Antropologia sob o ponto de vista pragmático*, seu último livro.

Consigne-se, neste ponto, que também Kant, com essa obra, foi vítima da intolerância de seus coetâneos, dado que a publicação da primeira parte de seu trabalho filosófico foi censurada e proibida pelo governo prus-

siano, o mesmo tendo ocorrido com a segunda parte, igualmente vetada pelos mecanismos censórios então existentes.

O tema versado pelo filósofo alemão nesse trabalho – a polêmica doutrinária entre a Faculdade de Filosofia e a Faculdade de Direito – propiciou-lhe a análise das relações entre a liberdade, a história, o Estado, a ética e a razão.

As observações, a seguir transcritas – livremente traduzidas da versão alemã da obra (ver Edição Félix Meiner, Hamburg, 1959) –, refletem as graves preocupações de Kant com os aspectos contraditórios da Revolução Francesa e com a separação, que se impunha, em face das necessidades empíricas do Estado, entre a anti-razão e a violência (onde se distingue, especificamente, o sentido de *terrorismo moral),* de um lado, e a razão. a liberdade e os valores éticos, de outro.

O filósofo alemão, ao desenvolver o seu pensamento, formula esta indagação – *está, o gênero humano, em contínuo aperfeiçoamento e progresso para o melhor?* –, para assim respondê-la:

"3.
DIVISÃO DO CONCEITO DE O QUE PODE O HOMEM CONHECER ANTECIPADAMENTE PARA O FUTURO

Os casos que podem conter uma formulação antecipada são três. *O gênero humano encontra-se, ou em contínua regressão para o conflito;* ou em permanente progresso para o melhor, em relação ao seu destino moral; ou em eterna condição estacionária no degrau atual da sua significação moral entre os membros da criação (o que equivale a eternamente girar em torno do mesmo ponto).

A primeira acepção pode ser denominada terrorismo moral; a segunda, eudemonismo (o qual, se se analisar o progresso em marcha sob uma ampla perspectiva, também poderá chamar-se quiliasmo); e a terceira, abdeterismo (...)

A.
DA CONCEPÇÃO TERRORISTA DA HISTÓRIA DA HUMANIDADE

Permanecer no pior, em condições adversas, não pode representar situação em que continue, indefinidamente, o gênero humano; porque, a partir de certo grau, ele se destruiria a si mesmo. Pelo que, quando crescem e se acumulam, como montanhas enormes, os defeitos e as situações adversas e os males correspondentes, poderá dizer-se: agora não pode ser pior. O dia do julgamento está diante de nós; e o piedoso visionário sonha já apenas com o retorno de todas as coisas e de um mundo renovado, depois que o que aí está já estiver terminado pelo fogo."

Texto original:

("3. EINTEILUNG DES BEGRIFFS VON DEM, WAS MAN FUER DIE ZUKUNFT VORHERWISSEN WILL

Der faelle, die eine vorhersagung enthalten koennen, sind drei. Das menschliche geschlecht ist entweder im kontinuierlichen rueckgange zum aergeren; oder im bestaendigen fortgange zum besseren in seiner moralischen bestimmung; oder im ewigen stillstande auf der jetzigen stufe seines sittlichen werts unter den gliedern der schoepfung (mit welchem die ewige umdrehung im kreise um denselben punkt einerlei ist).

Die erste behauptung kann man den moralischen terrorismus; die zweite den eudaemonismus (der, das ziel des fortschreitens im weiten prospekt, gesehen, auch chiliasmus genannt werden wuerde); die dritte aber den abderitismus (...).

A.
VON DER TERRORISTISCHEN VORSTELLUNGSART DER MENSCHENGESCHICHTE

Der verfall ins aergere kann im menschlichen geschlechte nicht bestaendig fortwaehrend sein, denn bei einem gewissen grade desselben wuerde es sich selbst aufreiben. Daher beim anwachs grosser, wie berge sich auftuermender greueltaten und ihnen angemessener uebel gesagt wird: nun kann es nich mehr aerger werden. Der juengste tag ist vor der tuer; und der fromme schwaermer traeumt nun schon von der wiederbringung aller dinge und einer erneuerten welt, nachdem diese im feuer untergegangen ist.".

O termo *terrorismo moral,* criado por Kant, define, pois, a interpretação da história como processo involutivo, de caráter decadente ou regressivo.

Essa expressão, no *significado referido*, pertence aos domínios da filosofia, e assim deve ser interpretada, conforme assevera Nicola Abbagnano, *Dicionário de filosofia.*

O termo nasceu da preocupação de Kant "de saber se a raça humana (em geral) progride de uma maneira constante em direção ao melhor". Ele considerava a "descrição, *a priori*, dos fatos que devem acontecer", de augural (profética). Isto é, "o adivinho faz e organiza ele mesmo os acontecimentos que prediz com antecipação", levando um Estado (Nação/povo) muitas vezes, "cedo ou tarde, não somente à decadência, mas a uma ruína completa"

E acrescenta Kant, que isso acontece quando os políticos se obstinam "com teimosia em sua idéia de uma Constituição impossível, estabelecida por eles próprios; e assim eles podiam prever por si sós, de maneira infalível, o que adviria".

Na divisão do conceito do que se quer saber antecipadamente para o futuro, Kant apresenta três casos ou situações possíveis:

1º o gênero humano acha-se em perpétua regressão (terrorismo moral);

2º em constante progresso rumo ao melhor em relação ao seu destino moral (eudemonismo);

3º ou ainda permanece, estacionário, eternamente no grau atual do seu valor moral (abdeterismo).

Na sua definição da concepção terrorista da humanidade, Kant afirma que "recair no pior não pode durar constantemente no gênero humano". Conseqüentemente, explica, sua concepção eudemonística da história de "avançar sempre rumo ao melhor (...); de constante progresso no caminho do bem". Esse sentido eudemonístico contrapõe-se ao de "terrorismo moral".

A história ensina que nenhum país pode sair de suas dificuldades se não existir uma animação (ver Léauté, Jacques. In: *Concepciones políticas y jurídicas de la información).* Um exemplo atual, animador, é que do otimismo de Juscelino Kubitschek originou-se o Brasil moderno.

Define-se de transição o primeiro Governo da Nova República. Transição como sinônimo de trajetória, de travessia, de ponte. Ponte – no significado místico – simbolizando a passagem de um estado a outro, a mudança ou o próprio desejo dessa mudança (ver Cirlot, Juan-Eduardo. In: *Diccionario de símbolos).*

No improviso de Jales, o presidente Sarney externou seu inconformismo com qualquer sentimento de regressão que, em filosofia, *reitere-se,* assume o significado de um movimento inverso ou de retorno, isto é, movimento oposto ao sentido indicado pelo progresso.

O terrorismo moral, como assinalado por Kant, conduz à regressão os agrupamentos humanos que, além de serem devolvidos a etapas primitivas de sua experiência social, vêem paralisado o seu processo de desenvolvimento histórico.

Dentro dessa perspectiva, é fácil constatar que o processo de regressão social constitui deformação a ser evitada no curso das relações entre os indivíduos e entre estes e o Estado.

Há, em toda formação social, valores que devem ser preservados e cuja intangibilidade se projeta como condição existencial dessa complexa rede que agrupa os seres humanos em torno de objetivos comuns.

É estranha, em conseqüência, a toda ação social, a idéia de *neutralidade axiológica.*

A busca e a realização da constelação de valores, subjacente ao organismo social, apresentam-se como noções absolutamente inconciliáveis com a idéia do terrorismo moral, pelo fato, real e necessário, de que a idéia do progresso e do aperfeiçoamento constante da sociedade, constitui força imanente e impulsionadora da própria história da humanidade.

É fácil concluir, portanto, que os ilustres interpelantes não conheciam a lição do mestre alemão, que deu à expressão *terrorismo moral* uma conotação evidentemente filosófica, que não podia por eles ser degradada, *ainda que em interpretação ligeira,* ao plano da ofensa moral e pessoal. Faltou-lhes, quem sabe, a justa percepção do sentido maior emprestado àquela afirmação... Esse desconhecimento, no entanto, é até compreensível, porque, conforme nos mostra a petição dos suplicantes, o seu douto patrono revelou-se um exímio cultor da jurisprudência e do direito norte-americanos, mas completamente alheio à evolução do pensamento filosófico europeu, tanto que, laborando em inaceitável equívoco, interpretou a expressão kantiana *terrorismo moral* como sinônima de guerra psicológica... e igualmente alheio às regras

processuais do direito brasileiro, tanto que, em simples pedido de explicações, declara pretender, com a resposta ou com o silêncio, instruir ação penal, ou mandado de segurança, ou *habeas corpus*...

X
O DIREITO AO SILÊNCIO NO PEDIDO DE EXPLICAÇÕES

O silêncio é, em alguns casos, pleno de *expressão semiológica*, atribuindo-lhe, o ordenamento estatal, *em situações específicas*, eficácia jurídica irrecusável.

Não se pode, no entanto, *em sede processual penal*, conferir valor probatório ao silêncio manifestado pelo sujeito passivo da relação processual.

Este dispõe, inequivocamente, *do direito* ao silêncio, não se lhe aplicando o princípio segundo o qual *qui tacet consentire videtur*.

O silêncio, no processo penal, não se confunde com a confissão ficta, mesmo porque, com o advento do regime das liberdades públicas, não há, nessa instância, a prova por presunção.

O silêncio pode constituir um comportamento *processual* de quem figura no pólo passivo da relação jurídica que se instaura com o pedido de explicações.

Dele, não se pode extrair elementos que fundamentem qualquer juízo condenatório.

Daí, a observação de Ada Pellegrini Grinover, para quem essa atitude *processual* constitui a modalidade "(...) mais incisiva do *nemo tenetur se detegere*". A eminente jurista enfatiza que, "em sua plenitude, o princípio não pode ter como conseqüências o estabelecimento de indícios ou presunções (...)" (ver *Ciência Penal*, ano 3, v. 23, 1/15, 1976).

Esse, igualmente, é o magistério de Fernando da Costa Tourinho Filho, que reconhece ao sujeito passivo da relação processual penal o direito pleno de silenciar, sem que dessa conduta decorra qualquer presunção de culpa, pelo simples fato de que "a confissão ficta ou presumida não tem amparo na lei processual penal (...)" (ver *Processo penal*, Jalovi, 1975. v. 3, p. 140/1 e 151).

Para Damásio E. de Jesus, o princípio da verdade real não se coaduna com os sistemas jurídicos que extraem do silêncio do imputado conseqüências jurídicas a este prejudiciais. Nos domínios da ciência penal e do direito positivo nacional, baniu-se, para sempre, a aplicabilidade do adágio "quem cala, consente" *(Qui tacet consentire videtur)*. Por essa razão, acentua esse eminente penalista, o

"Silêncio do acusado por si só não significa responsabilidade penal" (ver *Código de processo penal anotado*. 5. ed. Saraiva, 1986. p. 134).

Convém observar, por necessário, que as informações não foram prestadas pelo presidente da República, muito mais em função da própria inatendibilidade da postulação, que se revelou tecnicamente inepta, do que por qualquer outro motivo.

XI
CONCLUSÃO

1. A notificação judicial, ordenada com fundamento no art. 25 da Lei de Imprensa ou no art. 144 do Código Penal, não se reveste de conteúdo cominatório. Não veicula determinação, nem ordem ao notificando.

Abrem-se, ao destinatário da interpelação, quatro opções possíveis:

a) poderá, *querendo*, atender ao pedido formulado;

b) poderá, *igualmente a seu exclusivo critério*, abster-se de responder à notificação efetivada, deixando escoar *in albis* o prazo legal: ver Celso Delamanto, *Código penal anotado*, 1986, Freitas Bastos, p. 244. O Supremo Tribunal Federal, pronunciando-se a respeito do tema, entendeu caracterizada a injusta coação nos casos em que a autoridade judiciária impôs, coercitivamente, ao interpelando, em caso sua recusa, o dever de prestar as explicações em juízo:

"Crimes contra a honra. Pedido de explicação em juízo. Recusa do interpelado em comparecer para prestá-las. Constrangimento judicial a prestá-las (Ilegalidade). Código Penal, art. 144 (exegese). 1. Se o art. 144 do Código Penal prevê a hipótese de o interpelado recusar-se a atender ao pedido de explicações em juízo, não pode o juiz constrangê-lo a prestá-las, posto que, feita a notificação e realizada a audiência, com ou sem o seu comparecimento, está exaurida a tarefa judicial. 2. A designação de nova audiência para explicações do interpelado constitui constrangimento ilegal, remediável por *habeas-corpus*. 3. Recurso de *habeas-corpus*, provido" (ver. *RTJ*, v. 107/160, Rel. Ministro Rafael Mayer).

c) poderá, ainda, em atenção ao Poder Judiciário, comunicar-lhe, de modo formal, as razões pelas quais entende não ter o que responder aos interpelantes;

d) poderá, finalmente, prestar as explicações solicitadas, no prazo legal, *por procurador com poderes especiais* (cf., nesse sentido, Tucci, Rogério Lauria. Pedido de explicações. In *RT, 538*/297, 303; Faria, Bento de. *Código Penal Brasileiro comentado.* 2. ed. 1959,v. 4/243; Jesus, Damásio E. de. *Código de Processo Penal anotado.* ed. cit. p. 319).

No caso sob exame, o Sr. presidente da República optou pela solução descrita na alínea *c* e, em assim o fazendo, agiu corretamente. Os interpelantes nada poderão argüir contra o chefe do Poder Executivo, em face do conteúdo daquela Mensagem dirigida ao egrégio Supremo Tribunal Federal. Simplesmente, nada.

2. A absoluta inviabilidade da medida processual adotada pelos ilustres interpelantes evidencia-se pelo fato de que estes não souberam definir o interesse jurídico objetivado em seu pedido.

Os próprios interpelantes explicitaram, em sua petição, que "não se pode, na espécie, argüir a configuração de crime, e, de outro lado, ato não há que invoque o mandado de segurança ou o *habeas-corpus*" (ver item n. 1, fl. 2).

Se, portanto, não há crime a perseguir, fato que, *por antecipação,* os interpelantes reconhecem de modo expresso, e se a interpelação judicial, enquanto medida cautelar preparatória de futura ação penal, com esta deve manter necessária relação de acessoriedade, *qual, então, o processo penal condenatório que os notificantes pretendem ver instaurado?* Não consta que mandado de segurança seja ação penal. O *habeas-corpus* seria em favor dos notificantes, sem que tenham eles definido o tipo de coação que estariam sofrendo na sua liberdade de ir e vir.

3. O pedido de explicações, reitere-se, cumpre, em nosso ordenamento jurídico, apenas *uma* função específica: para efeitos penais, *esclarecer* situações cuja ambigüidade poderia ser encarada como ofensiva à incolumidade moral das pessoas. Não é medida preparatória de mandado de segurança que, pela certeza e liquidez do direito que tutela, não comporta processo acessório antecedente. O mesmo se diz do *habeas-corpus* na esfera penal.

Por isso mesmo, a interpelação judicial, fundada nas regras legais invocadas pelos requerentes, *não legitima* a veiculação de qualquer pretensão *ad exhibendum,* que objetive a produção e apresentação em juízo de quaisquer documentos ou papéis, outro pedido eivado de espantosa inépcia.

A *actio ad exhibendum,* com finalidade probatória, não se confunde com o instituto do pedido de *explicações* em juízo, subsumindo-se, a sua disciplina jurídica, ao que se contém na legislação processual *civil.*

Simples pedido de explicação, de caráter acessório, preparatório e cautelar, *não é* meio de produção da prova pretendida pelos interpelantes, somente admissível em ação de cognição plena, demonstrados, antes e na formação do processo, o interesse de agir e a legitimidade das partes, para que se possa, então, julgar a pertinência do pedido de exibição de documento a elas comum pelo conteúdo, conforme alegam os notificantes.

IV. Impende observar, finalmente, no que concerne aos documentos públicos, que estes se revestem, em regra, de *certificabilidade,* posto que são acessíveis a qualquer pessoa, segundo comando constitucional.

A concreção do direito público subjetivo de acesso a tais documentos realiza-se mediante expedição de certidão requerida, na forma da lei, à repartição administrativa competente.

Sem prejuízo da necessidade de o interessado atender, para esse efeito, aos requisitos legais (ver *RT, 483*/61 e *488*/67), saliente-se que, *em tese,* a administração pública *não pode* certificar sobre documentos *inexistentes* em seus registros (ver *Revista Forense,* v. 231/152).

Conclui-se, pois, que, tanto quanto o pedido de explicações, a "ameaça" dos interpelantes em utilizar-se da mensagem presidencial para representar contra o presidente da República é, igualmente, desamparada pelo direito.

É o parecer, s.m.j.

Brasília, 14 de junho de 1988. – *J. Saulo Ramos,* Consultor-geral da República.