— Constitucional, Penal, Processual Penal e Administrativo. Prevaricação. Dispensa de licitação para contratação de serviços publicitários. Imputação de sua prática a Governador, em co-autoria com Secretários de Estado.

1 — Autorização da Assembléia Legislativa para instauração da ação penal.

2 — Preliminar de prévia e necessária apreciação da procedência da acusação pelo legislativo estadual: sua rejeição, por não coincidir nem mesmo o núcleo da conduta imputada aos acusados com qualquer dos crimes de responsabilidade.

3 — Denúncia recebida, em face da satisfatória narração da conduta típica, com respaldo em inquérito e respectiva documentação.

4 — A necessidade ou não de realização de licitação para contratação de serviços publicitários envolve questão de alta indagação, a ser oportunamente aferida na instrução processual, sob o necessário crivo do contraditório.

5 — Suspensão do Governador, do exercício de suas funções, em conseqüência do recebimento da denúncia por crime comum: ato de competência da Assembléia Legislativa.

6 — Aplicação dos artigos 4º, Lei 1.079, de 10-04-50; 126, Decreto-lei 200, de 25-02-67; 1º, Lei 5.456, de 20-06-68; 2º, 12, 85, Decreto-lei 2.300, de 21-11-86; 319 do Código Penal; 41 e 43 do Código de Processo Penal; 6º, Lei 8.038, de 28-05-90; 86, § 1º, I da Constituição da República e 92, I e 63, XX da Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ação Penal nº 15
Autor: Ministério Público Federal
Réus: Marcelo Miranda Soares, Guilherme Rodrigues da Cunha, José Rodrigues Dias e Francisco de Lagos Viana Chagas
Relator p/ o acórdão: Sr. Ministro BUENO DE SOUZA

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos em que são partes as acima indicadas.

Decide a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, rejeitar a preliminar suscitada pela defesa. No mérito, por maioria, receber a denúncia em relação aos acusados Marcelo Miranda Soares, Guilherme Rodrigues da Cunha e José Rodrigues Dias, vencidos os Senhores Ministros William Patterson, Américo Luz, Flaquer Scartezzini, Geraldo Sobral, Eduardo Ribeiro, Assis Toledo e Gueiros Leite. E rejeitar a denúncia, por unanimidade, em relação ao acusado Francisco de Lagos Viana Chagas. Deliberar, ainda, por maioria, comunicar a decisão à Assembléia Legisla-

tiva do estado de Mato Grosso do Sul, vencidos os Srs. Ministros Pádua Ribeiro e Nilson Naves, na forma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Custas, como de lei.

Brasília, 11 de outubro de 1990 (data do julgamento). — *Torreão Braz*, Presidente. *Bueno de Souza*, Relator p/ acórdão.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro William Patterson: Trata-se de Ação Penal nº 15-MS, em que se transformou o Inquérito nº 01-MS, movida pelo Ministério Público Federal contra o Exmº Sr. Governador do estado de Mato Grosso do Sul, Dr. Marcelo Miranda Soares, o Ex-Secretário de Comunicação Social do mesmo estado, Guilherme Rodrigues da Cunha, e os cidadãos José Rodrigues Dias e Francisco de Lagos Viana Chagas.

Após algumas considerações doutrinárias opondo-se à necessidade de autorização das Assembléias Legislativas Estaduais para a instauração de ação penal contra os governadores dos estados, diz o douto representante do Ministério Público Federal:

"II — A denúncia.

José Rodrigues Dias — 3º denunciado — era, à época dos fatos, com Paulo Iran Nogueira Sardinha, dono da Matriz Propaganda Ltda. (consulte-se docs. às fls. 613/618).

Aliás, expressamente admite-o José Rodrigues, em suas declarações, *verbis*:

"Que na verdade a grande celeuma foi causada por *operações realizadas na firma Matriz Propaganda Limitada, firma da qual o declarante se desligou em novembro do ano próximo passado*" (vol. I — fl. 627, grifamos).

E ainda, *verbis*:

"Que, na verdade, *quando surgiram os problemas na divulgação destes documentos*, o declarante *se afastou* da firma Matriz Propaganda" (vol. I — fl. 628, grifamos).

Ocorre que, *concomitantemente* à sua condição de *dono* da empresa de propaganda, o recém-empossado governador do Mato Grosso do Sul, Marcelo Miranda — 1º denunciado — nomeia José Rodrigues Dias para a *função pública comissionada* de "Secretário Particular do Governador" (vide fl. 52), o que se deu em *março de 1987*.

Mas, no dia 17 de novembro de 1986, já se tendo por certa a vitória de Marcelo Miranda para Governador, este avaliza empréstimo no valor de *15 milhões* de cruzados, para a Matriz Propaganda (vide fl. 49 e v.); em fevereiro de 1987, novo aval, na ordem de *14 milhões e 200 mil* (fls. 13 e 13-A), fazendo o banco mutuante a observação de que, *verbis*:

"Trata-se de operação de *cunho político*. Outrossim informamos que a operação está sendo reformada, integralmente, inclusive juros, a pedido do Sr. Marcelo Miranda Soares, Governador eleito..." (vide fl. 51-v).

Mas o *extremo vínculo de amizade* não cessa.

Aos 08 de abril de 1987, novo aval de Marcelo Miranda à Matriz, no valor de *42 milhões*, com a mesma observação bancária de que, *verbis*:

"Somos favoráveis à renovação por tratar-se de *operação de responsabilidade* do Dr. Marcelo Miranda Soares, Governador do estado" (fls. 54/57, grifamos).

O Laudo Pericial de fls. 359/370 — especialmente às fls. 360/361 — *confirma a veracidade* da documentação aqui mencionada.

Na verdade, este derradeiro empréstimo de 42 milhões, tão logo entrou na conta corrente da Matriz foi transferido para a conta corrente, no mesmo Banco, da Bramazônia, empresa do 1º denunciado — fl. 61 — (coteje-se: demonstrativo às fl. 479 e fl. 486: *no mesmo dia 7 de abril* de 1987 há a transferência de Cr$ 41.999.930,00 para Cr$ 44.999.930,00, de José Rodrigues Dias para Marcelo Miranda).

Muito bem: tudo aqui se estancasse, e a constatação seria a da *enorme união de sentimentos* entre o 1º e o 3º denunciados.

Mas não é assim.

No curtíssimo período de abril a maio de 1987, a Matriz Propaganda passa a, *criminosamente*, obter favores dos cofres públicos estaduais.

Como?

Pelos processos n.os 4.153/87 (fls. 1.370/1.384); 4.172/87 (fls. 1.385/1.407); 4.205/87 (fls. 1.408/1.427); 4.206/87 (fls. 1.428/1.500) e 4.207/87 (fls. 1.501/1.516), todos da Secretaria de Comunicação Social, dirigida pelo *2º denunciado*, a Matriz abocanhou dos cofres públicos estaduais: Cz$ 11.924.358,00 (onze bilhões, novecentos e vinte e quatro mil, trezentos e cinqüenta e oito cruzados, na ocasião).

A desenvoltura de José Rodrigues Dias em dispor do numerário da Secretaria de Comunicação Social, fazendo-o *contra legem*, era tanta que apesar de só ter as importâncias relativas aos processos n.os 4.205 e 4.206, liberadas em 26 de maio de 1987 (fls. 1.425 e 1.487) — importâncias no valor de Cz$ 2.510.000,00 e 4.303.440,00, respectivamente — e tudo se faz em *24 horas, no mesmo dia 26*, todavia já aos *25 de maio, um dia antes, depositava os cheques* da Secretaria Estadual de Comunicação Social, na conta da Matriz, no Bamerindus (vide doc. à fl. 330).

Os três primeiros denunciados — Marcelo Miranda; seu secretário de Comunicação Social Guilherme Rodrigues da Cunha; e seu secretário particular José Rodrigues Dias —, *em conluio*, dado mesmo a *intimidade* presente entre Marcelo e José Rodrigues — "Que por já trabalhar há muitos anos, *mais de 20 anos*, junto ao Sr. Marcelo Miranda Soares, o declarante *também se encarrega de cuidar de seus negócios particulares, como sempre fez*" (fl. 627, grifamos) — engendraram forma simples de coonestar, administrativamente, a liberação de dinheiros públicos para a Matriz Propaganda.

Assim, o segundo denunciado — Gilherme Rodrigues da Cunha — singelamente, *em ofício de página e meia* ao 1º denunciado, dizia da característica técnico-profissional e dos *conhecimentos avançados* na execução dos serviços da Matriz Propaganda, que, como vimos, era do *3º denunciado*, e para quem o *1º denunciado* avalizava títulos bancários e, também singelamente, o 1º denunciado autorizava a execução dos serviços, *sem o devido processo licitatório*, praticando, com o concurso dos demais, portanto, "*indevidamente, ato de ofício, contra disposição expressa de lei*".

E a prova eloqüente do agir *contra legem* está no doc. à fl. 621, da Secretaria do Tesouro Nacional registrando que, à época dos fatos, *dispensava-se* o processo licitatório "para outros serviços que não o de engenharia, e compras, até Cz$ 15.000,00".

Ora, no *curtíssimo período* de abril a maio de 1987, a Matriz Propaganda embolsa dos cofres públicos estaduais, sem participar de qualquer processo licitatório, a importância de Cz$ 11.924.358,00 (consultem-se itens 14/17, desta denúncia).

E, enfático, diz o documento à fl. 621, *verbis:*

"Quanto ao segundo item de seu ofício, podemos afirmar que *as empresas citadas estão obrigadas ao processo licitatório para prestação de serviços com a Administração Pública*, não se enquadrando no art. 22, do Decreto-lei 2.300, de 21.11.86, como concessionárias de serviços públicos" (vide fl. 621).

Mas o *1º denunciado*, com a colaboração do *2º denunciado*, fazia encartar a cópia xerocopiada do ofício que este lhe endereçara, com seu simultâneo "autorizo", para franquear os pagamentos, com verba pública estadual, à Matriz Propaganda, do seu, *3º denunciado, secretário particular, e íntimo amigo* (vide fls. 1.375/6; 1.399/1.400; 1.417/18; 1.455/6 e 1.508/9).

Nem se alegue desatenção; ausência de querer; ou falha administrativa.

Os fatos, *aqui claramente expostos*, comprovam:

a) a *íntima amizade* que se devotaram, e devotam, o 1º e 3º denunciados, o que bem caracteriza "*o sentimento* e, mesmo, o *interesse pessoal*" que o tipo penal da *prevaricação* exige à sua configuração;

b) *amizade tão devotada* que perpassa mais de *2 decênios*; que faz do 3º denunciado *desempenhar a função pública* de secretário particular do 1º, e também quem "cuida de seus negócios particulares" (item 18, desta); que faz do 1º denunciado, já Governador do estado, *avalista incondicional* dos empréstimos bancários da firma do 3º denunciado, e *ordenador* de que se lhe pague, *com verbas públicas, em menos de*

1 mês, a cifra de Cz$ 11.924.358,00!! quando a dispensa de licitação estava *aquém* de Cz$ 15.000,00.

c) que todos, 1º, 2º e 3º denunciados *sabiam plenamente* das ilicitudes que perpetravam porque, na ocasião, também *vasto o noticiário* sobre os fatos (vide fls. 77/89); e, na verdade, após a divulgação das ilicitudes, o próprio 3º denunciado, pela petição de fls. 629/630, buscou "*arquivar o inquérito*", por cuja instauração pedira contra quem dera publicidade aos eventos: o 4º denunciado.

Então, pois, todos os três primeiros denunciados incursos no *delito de prevaricação — artigo 319*, do Código Penal —, porque o 1º denunciado, em concurso com os outros dois, "praticou, indevidamente, contra disposição expressa da lei, ato de ofício — autorizarem o 1º denunciado e 2º denunciado a liberação de *verbas públicas* para a firma do 3º denunciado, sem processo licitatório —, para a satisfação de sentimento e interesse pessoal", no caso (*a íntima amizade do 1º e 3º denunciados*).

A sanção há de sofrer o acréscimo legal, presente no § 2º, do artigo 327, do Código Penal.

II — a segunda parte da Denúncia.

Aqui, a acusação pública perfaz-se contra Francisco Lagos Viana Chagas, qualificado à fl. 271, porque, em primórdios do ano de 1987, aproveitando-se da inexperiência de duas bancárias do Bamerindus — Evanilda Rosa Braz e Márcia Regina Dias da Rocha —, obteve, na agência bancária da Av. Coronel Antonio, em Campo Grande, conhecimento de operações bancárias, que não lhe era dado obter, por não ser titular ou interveniente em ditas operações, *quebrando assim o sigilo*, e incidindo nas penas do § 7º, do artigo 38, da Lei nº 4.595/64.

III — do Requerimento Final:

Pede o Ministério Público Federal a *notificação* dos acusados para, querendo, responderem aos termos da presente, que se espera ver recebida e, a final, *julgada procedente*, com a condenação criminal dos acusados.

Determinada a notificação dos denunciados (fl. 1.666), dois deles, o 1º e o 3º, a título de colaboração para o rápido andamento do feito, compareceram à Secretaria e, pessoalmente, tomaram conhecimento da denúncia, da qual receberam cópia, conforme certidões de fl. 1.673, e apresentaram as suas respostas:

a) José Rodrigues Dias (fls. 1.677/1.689), buscando amparo em lições de doutos na matéria e em precedentes judiciais, afirma ser parte ilegítima para figurar no pólo passivo desta ação, além de acusar de inepta a denúncia por não precisar "em que teria consistido o ato do servidor imputado, causador do retardamento ou omissão".

b) O Sr. Governador Marcelo Miranda Soares (fls. 1.693/1.726), refutando, inicialmente, a denúncia no que diz respeito à prévia autorização da Assembléia Legislativa como pressuposto de procedibilidade para o exercício da ação penal (item 1.1). Ainda, em preliminar, alega ausência de interesse de agir (item 1.2), afirmando:

"Ora, como o Governador acusado não foi processado nos termos do art. 91, da Constituição Estadual, combinado com os arts. 14 e seguintes da Lei 1.079/50, e, portanto, não foi condenado pelo delito de responsabilidade, a ação penal objetivada na denúncia carece de uma condição imprescindível: interesse de agir do Ministério Público" (fl. 1.707).

Além disso, acusa de inepta a denúncia por não observar os requisitos exigidos no art. 41, do Código de Processo Penal (item 1.3).

No mérito, argumenta no sentido de demonstrar a ausência de justa causa para a ação penal, requerendo, afinal:

"a) o acolhimento das preliminares dededuzidas nos itens "1.1 e 1.2", para o fim de ser condicionada a instauração da ação penal à prévia licença da Assembléia Legislativa do estado de Mato Grosso do Sul;

b) em sendo acolhido o pedido da letra "a" que, ainda assim, fique condicionada a instauração do processo por crime comum, ao processamento, julgamento e condenação do Governador denunciado como incurso nas sanções da Lei nº 1.079/50, conforme exposto no item "1.2";

c) na remota hipótese de não ser albergado o pleito deduzido na letra "b", pelo mérito, nos termos do artigo 43, I e III, do CPP, que seja rejeitada a denúncia de fls. 02/12, *por falta de justa causa para ação penal* que se pretende instaurar contra o primeiro denunciado, por medida que dignificará essa Corte, honrará o direito e homenageará a Justiça".

Para dar respaldo doutrinário aos seus argumentos, trouxe aos autos pareceres de *experts* do porte do Ministro Rafael Mayer e dos Professores José Afonso da Silva e Celso Bastos.

Dando seqüência ao processamento do feito, foram os autos encaminhados à egrégia Presidência desta Corte, a fim de solicitar à Assembléia Legislativa de Mato Grosso do Sul autorização para o procedimento cogitado na denúncia, o que foi efetivado pelo ofício de fl. 1.876.

Nesse entretempo, vieram aos autos as respostas de Guilherme Rodrigues da Cunha (fls. 1.878 e 1.892) e Francisco de Lagos Viana Chagas (fls. 1.918/1.939), ambas instruídas com farta documentação, cada qual deduzindo suas razões para contestar as acusações que lhes foram irrogadas na exordial.

Concedida, por decisão unânime da Assembléia Legislativa do Estado de Mato Grosso do Sul, a licença para o procedimento iniciado, conforme se vê às fls. 2.334 e seguintes, determinei abertura de nova vista ao Ministério Público Federal, que opinou no sentido de que se cumpra o disposto no art. 6º, da Lei nº 8.038, de 1990, apresentando-se o feito a esta Corte para apreciação do cabimento ou não da denúncia.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro William Patterson: A primeira observação a ser feita, neste processo, pertine com a formal manifestação da Assembléia Legislativa do Estado de Mato Grosso do Sul favorável ao prosseguimento da ação.

Este STJ, ao apreciar o assunto (Ap. nº 04) condicionou o julgamento dos governadores, cuja competência advém da norma contida no art. 105, I, letra *a*, da Constituição Federal, ao juízo de admissibilidade do órgão político estadual. Disso não decorre, contudo, qualquer tipo de vinculação ou submissão. O Poder Judiciário, em casos que tais, permanece com a sua soberania inatacada, pois decide conforme lhe pareça mais consentâneo e ajustado ao Direito e às leis aplicáveis ao caso.

Existe, porém, motivação jurídica forte para esse posicionamento. É que o pronunciamento condicionante é realizado na esfera de um juízo de acusação (*judicium accusationis*), enquanto o Tribunal funciona como juízo da causa (*judicium causae*).

O primeiro ato qualifica-se na linha de sentença de pronúncia, onde a justificativa se exaure na convicção da existência de indícios, jamais na certeza da ocorrência do delito.

Pontes de Miranda, ao examinar a questão (*Comentários à Constituição de 1946* — art. 88), proclamou, de forma clara, que "A resolução quanto à denúncia ou queixa somente pode responder *se* é inadmissível o processo. Ainda não se entra em apreciação que importe cognição, ainda incompleta, ainda que superficial". E acrescenta:

"A pronúncia, disse muito bem W. Sauer (*Grundlagen des Prozessrechts*, 222), é o momento da submissão à acusação, à justiça penal, e da abertura do processo criminal. Antes somente houve pré-processo."

(...)

O conceito de pronúncia como pré-processo (*Vorverfahren*) foi bem apanhado, no seu tempo, por José Antônio Pimenta Bueno: "Formação de culpa é o *processo preliminar* ou série de atos determinados pela lei, por meio dos quais o juiz competente examina e comprova a existência do crime, reconhece seus elementos, esclarece suas circunstâncias, e colige as provas de quem sejam seu autor e cúmplice, quando haja..."

O consagrado mestre conclui seus notáveis comentários dizendo que a resolução do Poder Legislativo equivale à pronúncia mas não ao recebimento da denúncia.

Assim, dessas considerações ressai o entendimento de que o exame da denúncia, para seu recebimento ou rejeição, está isento de influências outras que não o livre convencimento da Corte.

Passo, agora, à análise da peça inaugural, que se resume em apenas duas imputações, a saber: art. 319, do Código Penal (prevaricação), em relação ao governador Marcelo Miranda Soares, Guilherme Rodrigues da Cunha e José Rodrigues Dias; art. 38, § 7º, da Lei nº 4.495, de 1964 (sigilo bancário), quanto a Francisco de Lagos Viana Chagas.

O crime de *prevaricação* não constitui figura penal recente, criada com o propósito de atender aos reclamos do desenvolvimento e progresso da sociedade moderna. Os especialistas da matéria noticiam que ele surgiu no Direito Romano para punir o "patrocínio infiel", somente vindo a alcançar a categoria dos funcionários públicos com o Código francês de 1810, sob o título de *forfaiture*. Entre nós, desde o Código de 1830, o delito vem ocupando espaço no elenco de infrações praticadas pelo servidor público, com pequenas alterações nos diplomas que se seguiram (1890 e 1940), sendo de destacar que o modelo inicial, relativamente à atividade do advogado, teve presença, como acréscimo, no texto do Código de 1890, que não prosperou na redação de 1940, até hoje vigente, onde se retornou ao critério restritivo de constituir a espécie "crime próprio do funcionário público".

Feito esse breve histórico, passo ao estudo do preceito da lei repressiva, objeto do enquadramento jurídico da denúncia, qual seja o art. 319, do Código Penal, que conceitua o crime de *prevaricação*, e está assim redigido:

"Art. 319. Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal."

No exame da peça acusatória, para fins de instauração do procedimento, a primeira providência, para mim, deve ser a repercussão da regra processual que autoriza o seu encerramento liminar. Refiro-me ao que estabelece o art. 43, do Código de Processo Penal, *verbis*:

"Art. 43. A denúncia ou queixa será rejeitada quando:

I — o fato narrado não constituir crime;

II — já estiver extinta a punibilidade, pela prescrição ou outra causa;

III — for manifesta a ilegitimidade da parte ou faltar condição exigida pela lei para o exercício da ação penal."

In casu, as hipóteses dos itens II e III estão, a meu sentir, afastadas. Com efeito, inexiste causa, de qualquer natureza, que importe em extinção da punibilidade, bem como não ocorrem os requisitos explicitados no item III (ilegitimidade da parte ou falta de condição para a ação). Sequer a alegação contida na defesa do primeiro denunciado, o governador Marcelo Miranda, pode prosperar, porquanto não vejo justificativa jurídica válida para subordinar a atuação judiciária ao exercício prévio do setor político. Com a devida vênia, parece-me pouco lógico afirmar-se que o crime comum, imputado ao governador, deve ser julgado após a decisão da Assembléia Legislativa no tocante ao crime de responsabilidade, considerando que o fato arrolado na denúncia pode configurar as duas modalidades. O princípio da autonomia das instâncias e a soberania do Poder Judiciário repelem a condicionante invocada na defesa.

Resta saber se a hipótese discutida neste processo estará amoldada ao inciso I, do citado dispositivo, vale dizer, se o fato narrado constitui ou não o crime de prevaricação. Nesse passo pontifica o princípio da tipicidade formal, onde se procura a perfeita conjugação dos elementos que compõem a atuação presumivelmente delituosa e figura penal invocada. Inexistindo tal identidade descabe falar na ocorrência de crime, para os fins de aplicação da lei penal. A propósito, trago à colação os ensinamentos do nosso eminente colega, Ministro Assis Toledo, contidos na sua magnífica obra *Princípios Básicos do Direito Penal* (p. 113):

"Ao estudar o conceito dogmático de crime, salientamos que a tipicidade é uma de suas notas essenciais. Para que uma conduta

humana seja considerada crime, é necessário que dela se possa, inicialmente, afirmar a tipicidade, isto é, que tal conduta se ajuste a um tipo legal de crime."

E, mais adiante, arremata, quando alude à conduta da vida real em confronto com o tipo legal de crime:

"A tipicidade formal consiste na correspondência que possa existir entre a primeira e a segunda. Sem essa correspondência não haverá tipicidade. Um fato da vida real será, portanto, típico na medida em que apresentar características essenciais coincidentes com as de algum tipo legal crime. Será, ao contrário, atípico se não se ajustar a nenhum dos tipos legais existentes."

Diante das considerações postas em destaque o caminho a seguir é o da busca de uma solução para o caso, através do estudo analítico do texto legal, de sorte a verificar *se existe tipicidade*, a sustentar a denúncia.

Nesse estudo, algumas certezas são incontestáveis, como, por exemplo: sujeito ativo e passivo, além do objeto jurídico. Não há impugnação de espécie alguma.

Todavia, na composição textual outros elementos de igual importância ensejam ponderações, para evitar críticas ao resultado final. Como se sabe, a prevaricação insere-se na categoria de crime doloso, consubstanciado o dolo, que é o elemento subjetivo genérico, na vontade de retardar, deixar de praticar ato de ofício, ou praticá-lo contra expressa disposição de lei. Mas isso não é o bastante, o delito exige, também, para sua configuração, ao lado daquele elemento genérico, outro de ordem específica, qual seja o fim de satisfazer interesses ou sentimentos pessoais. Para que ocorra o crime é imprescindível a coexistência desses dois elementos, sob pena de se chegar a uma figura atípica.

Pois bem, a denúncia, quanto ao elemento subjetivo geral indica, apenas, a forma comissiva, caracterizada na prática de ato contra expressa disposição de lei, e no tocante ao elemento subjetivo específico (satisfazer interesse ou sentimento pessoal) alude à "íntima amizade do primeiro e terceiro denunciados".

O exame desse último requisito entendo inoportuno nesta fase, porquanto sujeito à dilação probatória a ser feita no curso da instrução processual, embora conceba carente a acusação de melhor explicitação quanto ao assunto.

Portanto, para a composição plena do modelo penal inscrito no art. 319, do CP, falta, tão-somente, perquirir acerca do dolo anunciado na denúncia, que se perfez, segundo a mencionada peça, na prática de ato contra expressa disposição legal.

Nesse ponto começa a fragilidade da exordial. Com efeito, nenhum dispositivo legal está citado no seu contexto, a não ser por via oblíqua, ao referenciar, em seu socorro, expediente administrativo inserido nos autos. Diz a denúncia:

"E a prova eloqüente do agir *contra legem* está no doc. à fl. 621, da Secretaria do Tesouro Nacional registrando que, à época dos fatos, dispensava-se o processo licitatório 'para outros serviços que não o de engenharia, e compras, até Cz$ 15.000,00.

Ora, no curtíssimo período de abril a maio de 1987, a Matriz Propaganda embolsa dos cofres públicos estaduais, sem participar de qualquer processo licitatório, a importância de Cr$ 11.924.358,00 (consultem-se: itens 14/17, desta denúncia).

E, enfático, diz o documento à fl. 621, *verbis*:

'Quanto ao segundo item de seu ofício, podemos afirmar que as empresas citadas estão obrigadas ao processo licitatório para prestação de serviços com a administração pública, não se enquadrando no art. 22, do Decreto-lei nº 2.300, de 21.11.86, como concessionária de serviços públicos" (*vide* fl. 621).

O documento citado (fl. 621) é representado por ofício do delegado do Tesouro Nacional/MS em resposta a esclarecimentos solicitados pelo delegado de polícia, onde se pergunta sobre os limites estabelecidos pelo Decreto-lei nº 2.300, de 21.11.86, para fins de dispensa de licitação.

Como visto, a consulta, feita de forma simplória, não permitiu senão respostas sumárias, a relacionar os limites quantitativos

que a lei estabelece. Não se pôs em relevo circunstância fundamental para o deslinde da questão, isto é, a natureza dos serviços prestados e a posição regulamentar sobre a espécie. Inexiste referência ao fato de que se tratava de serviços técnicos especializados, timbrados com a cláusula de "notória especialização", aspectos que não estão à margem do disciplinamento específico, pois expressamente contemplados com a inexigibilidade de licitação. Assim, forçoso é admitir que o documento em que se fundamenta a denúncia para sustentar que o acusado agiu em flagrante desrespeito à lei não cuidou da espécie, fato que, por si só, já é o bastante para demonstrar a inconseqüência da acusação, nesse ponto.

Mas, para não deixar dúvida de qualquer natureza, admitamos, *ad argumentandum*, que o mencionado expediente tenha afastado a hipótese de que os serviços prestados não se enquadram na categoria de "técnicos especializados" e "notória especialização". Estaria, desta forma, suprida a falha apontada e aperfeiçoado o último componente do crime? Claro que não. O entendimento interpretativo, principalmente unilateral, não serve para o caso, pois o Código exige que o ato afronte expressa disposição legal, e nenhuma regra foi invocada no sentido de reprimir a dispensa de licitação para os serviços anunciados, considerando a especialidade de sua natureza. Nem poderia porque, ao contrário, o Decreto-lei nº 2.300, de 1986, prescreve, expressamente, a possibilidade.

É claro que se pode contestar a argüida natureza dos serviços. Isso, porém, importa em atender à condição requerida no preceito em debate? A resposta é negativa. A doutrina é uníssona na defesa da tese de que a norma deve ser clara e induvidosa. Para a configuração delituosa não se presta norma que propicie dúvidas ou interpretações divergentes. O sentido congregado no conceito de prevaricação repele artifícios no campo da hermenêutica. Qualquer esforço exegético utilizado para demonstrar a contrariedade do ato à disposição legislativa conduz à impropriedade de aplicação do art. 319, do CP.

Gilberto Passos de Freitas, em trabalho publicado na revista *Justitia* sobre o assunto, adverte: "Por derradeiro, praticar ato contra a disposição expressa em lei, é, na lição de Ribeiro Pontes, 'fazer exatamente o contrário do que a lei quer que se faça'."

Mais contundente mostra-se Mirabete quando, em sua conhecida obra, proclama:

"Referindo-se o art. 319 à disposição expressa de lei, conclui-se que o erro sobre a interpretação do mandamento legal pelo funcionário exclui o crime quando este não é suficientemente claro" (*RTJ* 94/25 e 41; *RT* 451/414, 486/356; *RJTJESP* 69/209).

Desse entendimento não discrepa Magalhães Noronha, ao afirmar.

"Dolo. É o genérico, como em qualquer delito. A nosso ver, mais do que em outras espécies, avulta aqui a consideração do elemento normativo da antijuridicidade, pois se o Código fala que o ato deve ser como vimos praticado contra expressa disposição legal, é preciso haver consciência desse elemento, o que não sucederá se o dispositivo em questão for obscuro ou ambíguo. Haverá, então, erro de direito extrapenal, que muitos equiparam ao erro de fato. Em tal hipótese, parece-nos não existir consciência da antijuridicidade material ou substancial.

A norma em questão é *em branco*, pois a ilicitude ou ilegitimidade do ato é dada por outra norma — *a expressa disposição* de lei" (*Direito Penal*, vol. 4, 15ª ed., p. 268).

Nelson Hungria (*Comentários ao Código Penal*, p. 376-7), ao cuidar da matéria, é peremptório:

"Por *disposição expressa de lei* se entende a escoimada de qualquer dúvida ou obscuridade. É indiferente que do ato (administrativo ou judicial) caiba, ou não, recurso.

(...)

O crime é excluído pelo erro de fato (segundo a regra geral) e até mesmo pelo erro ou desatenção na interpretação da lei, quando esta não é suficientemeente clara. Os próprios juízes não estão adstritos a uma impecável inteligência na norma legal, notadamente se esta apresenta redação dúbia

ou ambígua. Já prescrevia o direito medieval *"in dubio judex non dolo sed per imperitiam male judicasse praesumitur"*.

Voltando, ainda, a Magalhães Noronha, vale lembrar essas suas incisivas palavras:

"O ato há de ser, evidentemente, indubitavelmente, praticado contra disposição expressa de lei. É preciso que seja absolutamente indiscutível a desconformidade com lei expressa. Lei expressa quer dizer lei clara, lei insuscetível de duas interpretações, lei que dispensa, lei que não admite qualquer trabalho de exegese. Qualquer dúvida possível, qualquer aspecto opinativo que apresente a lei, será recebível como excludente do dolo de agir contra lei expressa."

Na mesma linha de entendimento filia-se Heleno Cláudio Fragoso (*Lições de Direito Penal*, vol. II, 4ª ed., p. 426).

No particular, subentende-se que a denúncia pretendeu, utilizando informação da Delegacia do Tesouro Nacional/MS, considerar violado o art. 22, do Decreto-lei nº 2.300, de 1986, que relaciona os casos de dispensa de licitação.

Acontece, porém, que a hipótese, tal como noticiada neste processo, não se vincula à disciplina da "dispensa", mas, sim, da "inexigibilidade", regulada no artigo 23, do mesmo Decreto-lei, *verbis*:

"Art. 23 É inexigível a licitação quando houver inviabilidade jurídica de competição, em especial:

(...)

II — para a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 12, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização."

Por sua vez, o parágrafo único, do citado art. 12, traduz o conceito de "notória especialização" nesses termos:

"Art. 12 (...)

Parágrafo único. Considera-se de notória especialização o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato."

Nenhuma dúvida pode pairar sobre o critério que definiu a contratação dos serviços. O ato do Governador refletido na expressão "Autorizo de acordo com a legislação em vigor" não foi praticado de forma aleatória ou propósito escuso. Muito pelo contrário. Fê-lo com base nos estudos de setores técnicos, que indicavam a perfeita adequação às normas reguladoras da espécie, tanto no âmbito federal como no âmbito estadual. E mais, restou evidenciado que a empresa contratada já havia, em administrações anteriores, executado serviços de igual natureza, com eficiência e capacidade, que a qualificavam como de "notória especialização", dentro do próprio conceito objetivo contido no Decreto-lei nº 2.300, de 1986.

No exame dessa questão não será necessário usar outra argumentação senão aquela expressa no brilhante parecer oferecido pelo insigne Ministro Rafael Mayer, acostado às fls. 1.857/1.871, onde todos os aspectos do discutido problema foram analisados com profundidade, daí resultando a demonstração irrecusável de que o ato que se inquina eivado de manifesta ilegalidade, para justificar o alcance do art. 319, do CP, está, ao contrário, em perfeita consonância com a ordem jurídica vigorante. Parece-me, assim, aconselhável ensejar à Corte o conhecimento das razões que ilustraram o pronunciamento em questão. Ei-las:

"O Decreto-lei nº 2.300/86 que dispõe sobre licitações e contratos de Administração Federal, sendo legitimamente extensível aos Estados, Municípios, Distrito Federal e Territórios, nos termos do seu art. 85, por indiscutível trato de matéria financeira, contém disciplina bem mais ampla, clara e delimitada sobre o tema.

A contratação direta de serviços de notória especialização não resulta apenas de ser dispensável a licitação, como faculdade conferida à Administração, na conformidade da legislação anterior, mas, bem mais corretamente, pois em atenção à impossibilidade ontológica de confrontar realidades desi-

guais, diz a norma ser "'inexigível a licitação quando houver inviabilidade de competição", mas logo especifica, como hipótese que aí se subsume "a contratação de serviços técnicos enumerados no art. 12, de natureza singular, com profissionais ou empresas de notória especialização" (art. 23).

Reportando-se ao artigo 12, a que se remete o art. 23, acima referido, vem ao propósito, o pertinente comentário da preciosa monografia de Toshio Mukai, *Estatuto Jurídico, das Licitações e Contratos Administrativos*, Ed. Saraiva:

"Lembramos que a enumeração do art. 12, do que se consideram serviços técnicos profissionais especializados, não é e não pode ser taxativa; outros serviços, desde que possam ser tidos como técnico-especializados (tais os de informática, p. ex.), poderão ser contratados com base não nesta hipótese mas com fundamento no *caput* do art. 23, que também demonstra não ter esgotado os casos de inexigibilidade de licitação. Para isso, todavia, a firma ou profissional deve ser de notória especialização, nos termos do parágrafo único do art. 12" (p. 33).

É o que vem confirmado por Raul Armando Mendes, nos *Comentários ao Estatuto das Licitações e Contratos Administrativos*, Ed. Rev. dos Tribunais:

"O elenco não pode ser taxativo. Outros serviços técnicos especializados podem surgir, em face do crescente progresso das artes, da ciência, da tecnologia e das necessidades humanas que configurem uma especialização técnica do domínio de poucos ou de alguns" (p. 38).

Ora, seria um total desconhecimento de realidade recusar aos profissionais ou empresas de publicidade e propaganda, por meios audiovisuais, a qualificação de prestadores de serviços técnico-especializados. Quer pelo aspecto material da tomada e transmissão televisiva, quer pelo conteúdo da mensagem visando a atenção e a adesão do telespectador, toda uma série de delicados ingredientes, de ordem cultural, psíquica e artística sobreleva a consideração de que tais serviços se devam considerar simples serviços técnicos comuns. A complexidade da comunicação audiovisual, como é sabido, já tem acolhida nos foros universitários, e os eventos de cada dia nos ensinam, cada vez mais, o peso e a importância da transmissão de imagens e idéias pela televisão, sempre em busca de aprimoramento e refinamento na sua técnica. É a própria realidade cotidiana que impõe catalogar, sob o prisma da lei em comento, como serviços técnicos especializados.

E se são serviços técnicos especializados, tais como os enumerados no art. 12, da Lei, como visto, eles independem de licitação, para serem contratados, se se tratar de prestação por profissionais ou empresas de notória especialização.

Nesse suposto de que se trata de serviços técnicos especializados — a propaganda e a publicidade das ações do Governo —, a Administração Estadual contratou, dispensada a licitação, a empresa Matriz Propaganda Ltda., sob a razão de sua notória especialização.

É a notória especialização, como se vê, que torna inexigível a licitação. E a lei mesma, em vigor, avança um novo degrau conceitual ao fazer o delineamento do que considera como de notória especialização, ou seja, "'o profissional ou empresa cujo conceito no campo de sua especialidade, decorrente de desempenho anterior, estudos, experiências, publicações, organização, aparelhamento, equipe técnica, ou de outros requisitos relacionados com suas atividades, permita inferir que o seu trabalho é o mais adequado à plena satisfação do objeto do contrato" (art. 12, parágrafo único).

Em que pese o aclaramento da norma, o que se tem aí "são conceitos indeterminados, determináveis em cada caso concreto" (Mukai, *ob. cit.*, p. 21).

A autoridade administrativa que, para contratar serviços técnicos especializados, dispensa a licitação por motivo de notória especialização da empresa contratada, está legal e necessariamente incumbida de uma margem de juízo discricionário, no aquilatar as condições e requisitos profissionais — ou seja o suposto fáctico posto na norma —, que sejam conducentes à segurança de que

o trabalho a ser por ela realizado é o mais adequado ao objeto que se tem em mira.

Quem poderia fazer essa apreciação discricionária a não ser a autoridade competente para contratar, portanto competente para dispensar a licitação?

Nem se diga tratar-se de ato arbitrário, pois nesse juízo a autoridade é submissa à lei e se pauta pelo interesse público, sob pena de invalidade por desvio de finalidade ou excesso de poder, judicialmente controláveis.

Entretanto, até que sejam invalidados pelos meios próprios, o ato administrativo detém a presunção de legalidade, como é princípio inconcusso.

Diante dos elementos que me foram dados a exame, especialmente as manifestações oficiais do Secretário de Estado competente, resulta a convicção de que foram atendidos os ditames da lei. Empresa que já prestou serviços idênticos com proficiência, conceituada no ambiente local, devidamente aparelhada e com equipe técnica habilitada, especialmente capacitada para a melhor adequação do trabalho pretendido é conotação que atende ao pressuposto legal.

Desses dados se verifica que ela se reveste daquela singularidade que justifica a escolha direta, singularidade que não se infirma pela existência de outras que se tenham por tecnicamente habilitadas, pois como lembra Celso Antonio Bandeira de Mello, a singularidade não significa que outros não possam realizar o mesmo serviço, "isto é, são singulares, embora não sejam necessariamente únicas" (*in Elementos de Direito Administrativo*, p. 108).

A apreciação e a valoração de tais fatos e circunstâncias, conducentes à escolha da contratante pela autoridade administrativa, para a realização do serviço que tem por mais adequada ao objetivo da administração, são condizentes com a lei e se identificam com aqueles comportamentos administrativos que, no dizer do emérito administrativista Celso Antonio Bandeira de Mello,

"...acodem quando a norma jurídica habilitante, ao invés de configurar de antemão a conduta necessária perante situações predefinidas com rigor e precisão absoluta, compete ao agente administrativo o encargo de identificar, perante o caso concreto, qual a medida mais adequada para atender a finalidade legal. Nesta hipótese, a autoridade administrativa fica investida de certa margem de "liberdade" para decidir, pois terá de sopesar as circunstâncias presentes, avaliar o caso concreto e resolver sobre a providência apta para atender com perfeição o objetivo legal, a fim de que ela seja a mais conveniente e oportuna, tendo em conta a finalidade da norma de competência" (RDP 86/44).

De acordo com os dados oficiais as informações propiciadas pelo ilustre consulente, a legislação local (Decreto-lei nº 19/79) dispunha no art. 8, inciso V, ser dispensável a licitação "para a contratação de serviços profissionais ou firma de notória especialização, a critério do Governador do Estado, mediante justificativa do órgão ou entidade interessada". Lei estadual posterior (Lei nº 316, de 16.12.81) alterou esse inciso para suprimir aquela cláusula final.

À vista daquela exigência, atualmente revogada, é que vários precedentes foram submetidos a governadores anteriores em busca de autorização para serem contratados diretamente, tais ou quais empresas, por motivo de notória especialização, a qual sempre foi deferida, sendo de anotar, *en passant*, que a empresa, ora sob referência, fora incluída numa das relações autorizadas pelo ex-governador, Wilson Barbosa Martins".

Disso resultaram as seguintes conclusões (fls. 1.870/1871):

"Deduzem-se, portanto, ao longo das proposições desenvolvidas neste parecer, as respostas às indagações formuladas, no sentido de que: a) a prestação de serviços de propaganda e publicidade, do teor descrito, se enquadram no conceito de notória especialização; b) a subsunção da empresa Matriz Propaganda Ltda., no molde legal resulta de legítima margem de discricionariedade no julgamento pela autoridade administrativa competente, diante do exame de circunstâncias e situações concretas; c) reconhecida a singularidade das prestações dos serviços

técnico-especializados de propaganda e publicidade, como conceituada, têm incidência à hipótese o art. 12, parágrafo único e o art. 23, II, do Decreto-lei nº 2.300/86; d) de acordo com a legislação local o inteiro procedimento de dispensa de licitação e contratação se perfaz ao nível da Secretaria de Comunicação Social, desnecessária, porque não prevista legalmente, a participação do governador do estado no referido procedimento; desse modo, o ato praticado pelo governador se situa em outro plano, distinto e separado, como ato de controle, visando à concordância do ato do órgão subordinado com a legislação aplicável.'

Diante de tais evidências, chega-se à conclusão de que a questionada dispensa de licitação não viola disposição expressa de lei, sequer foi adotada com apoio em regras que ensejam interpretações divergentes, por sua obscuridade, por sua falta de clareza, o que já seria o suficiente para se negar a imputação da denúncia. Viu-se que a decisão administrativa apoiou-se na legislação estadual, e também, na federal.

A defesa traz à colação precedente que se amolda em toda a sua extensão, principalmente às particularidades do presente caso. É ler-se:

"A dispensa — agora inexigibilidade de licitação — em serviços de propaganda e publicidade-execução já foi, inclusive, reconhecida como legítima pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo, conforme decisão proferida no processo SNM-18/76 e publicado no Diário Oficial do Estado em 17.08.78 e posteriormente no processo C.C.-5/77, publicado no Diário Oficial do Estado em 16.02.79, pág. 50. Vale a pena transcrever o que ficou decidido pela Corte de Contas de São Paulo, naquela primeira oportunidade:

"Fosse o estado obrigado a proceder à licitação na contratação dessa espécie de serviço, arcaria com ônus do real valor dos planos de propaganda que viessem a concorrer à licitação, e, inclusive, sujeito à absurda situação de ter que pagar a esse concorrente, mais do que pagaria a um dos concorrentes e, mesmo a todos os outros individualmente, mais do que pagará à proposta vencedora, eis que o julgamento de matéria de natureza imaginativa-criativa, somente pode obedecer a fatores culturais de natureza eminentemente subjetiva e não ao custo do material de elaboração".

E aduziu, ainda, a Corte de Contas:

"Os planos de campanha publicitária, necessariamente, hão de ser inéditos e normalmente incomuns, sob pena de falsidade criativa de natureza cultural, constituindo, assim, procedimento legítimo a dispensa de licitação na contratação de serviços dessa natureza..."

Tem-se, destarte, que a peça acusatória carece de sustentação, pois o crime atribuído ao governador (prevaricação), pelas razões acima expostas, não se configuram, à falta de um dos seus elementos integrativos, no caso, o dolo.

Geraldo Batista de Siqueira, *in Rev. dos Tribunais*, vol. 618, p. 266, ao cuidar da "denúncia: viabilidade da ação penal", assinala:

"Crime de ação penal pública a prevaricação, a denúncia surge como seu instrumento formal. O ato acusatório, segundo tipificado no art. 41, do CPP, deve descrever a totalidade dos componentes do tipo. O elemento descritivo da imputação deve abranger o tipo na sua integralidade objetiva, normativa e subjetiva".

O Egrégio Supremo Tribunal Federal, em julgamento onde examinou hipótese semelhante (AP nº 253-DF, Relator Ministro Cunha Peixoto, *in RTJ* 94/1), proclamou, conforme reflete a ementa do acórdão:

"Ação Penal. Crime de Prevaricação. Rejeita-se a denúncia quando os fatos nela descritos, embora possam caracterizar falta disciplinar, não demonstram o elemento subjetivo tipificador do crime definido no art. 319, do Código Penal".

Também aqui não restou comprovado elemento subjetivo tipificador do crime de prevaricação, motivo pelo qual não pode subsistir a denúncia, no tocante a tal delito.

Ante o exposto, rejeito a denúncia, com fulcro no art. 43, I, do CPP, em relação ao crime de prevaricação (art. 319, do CP) imputados aos três primeiros acusados. De-

termino a remessa dos autos à Justiça Estadual (Tribunal de Justiça do estado de Mato Grosso) para apreciação da denúncia no tocante ao crime de quebra de sigilo bancário (art. 38, § 7º, da Lei nº 4.595, de 1964).

VOTO

O Sr. Ministro Bueno de Souza: Senhor Presidente, tendo ouvido com toda a devida atenção o substancioso voto do Sr. Ministro Relator William Patterson, estou suficientemente esclarecido quanto aos aspectos de fato e de direito que a causa comporta, a serem considerados nesta fase do procedimento que ora se oferece à nossa apreciação.

Assim, relativamente à objeção preliminar (aliás, já afastada pelo Senhor Ministro Relator), segundo a qual não seria possível a instauração da ação penal por crime comum contra governador de estado, sem sua prévia condenação por crime de responsabilidade pela assembléia legislativa, comungo nos fundamentos aduzidos por S. Exa., limitando-me a acrescentar que do cotejo da narrativa do fato imputado na denúncia, segundo o art. 319 do Código Penal, com o disposto na lei que define os crimes de responsabilidade e estabelece o processo para o seu julgamento não resulta a coincidência dos tipos legais, muito ao contrário do que foi propugnado por um dos pareceres trazidos aos autos pela defesa.

A este propósito, observo que a Lei nº 1.079, de 10 de abril de 1950, estabelece:

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

I — a existência da União;

II — o livre exercício do Poder Legislativo, do Poder Judiciário e dos poderes constitucionais dos Estados;

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 — a guarda e o legal emprego dos dinheiros públicos;

VIII — o cumprimento das decisões judiciárias (Constituição, art. 89)."

Como se vê, somente os crimes de que cuidam os incisos V e VII aludem a atos praticados contra a probidade da administração ou contra a guarda e legal emprego dos dinheiros públicos, aspectos dessas figuras típicas relativos aos bens penalmente tutelados, que poderiam exibir a conotação necessária à caracterização dos ilícitos imputados ao governador do Mato Grosso do Sul e aos demais acusados como crimes definidos na Lei 1.079, citada.

Certo é, contudo, que o art. 9º desse diploma, ao tipificar as diversas figuras de crimes contra a probidade da administração, não capitula delito algum que possa corresponder à definição do art. 319 do Cód. Penal (prevaricação), desde que não consta, em qualquer das condutas ali incriminadas, a expressa referência ao motivo contemplado expressamente na prevaricação, como elemento do tipo.

De pronto se verifica a falta de identidade de características da hipótese concreta e dos elementos caracterizadores da hipótese legal abstrata, a ponto de impor o prévio pronunciamento da Casa Legislativa sobre a procedência da acusação.

Já as demais figuras contempladas na lei especial, por sua vez, ainda mais se distanciam da prevaricação, pois nem mesmo cogitam da tutela penal da probidade da administração ou dos dinheiros públicos, bens que a citada lei especial trata de tutelar.

Por mais esta razão (não fossem, por si mesmas, bastantes aquelas já aduzidas no d. voto do Sr. Ministro Relator), a evidente disparidade das realidades fáticas contempladas, respectivamente, nestes autos e na lei dos crimes de responsabilidade afasta a necessidade de prévio pronunciamento da casa legislativa, que poderia considerar-se necessário pré-requisito da ação penal, convindo notar que a prevaricação acentua, precisamente, o elemento subjetivo que, em nenhum momento, comparece nas diversas figuras típicas da lei sobre crimes de responsabilidade.

Cuida-se, por conseguinte, de figuras penais distintas; e, assim, entendo que, tal como também acentuou o Sr. Ministro Patterson, considerar indispensável o pronunciamento do legislativo sobre a procedência da acusação, no caso, redundaria, inevitavelmente, em quebra da autonomia das responsabilidades que a lei distingue; bem assim, em comprometer a soberania do pronunciamento estritamente jurisdicional atribuído pela lei maior a esta Corte.

2. No ponto, porém, em que o eminente Ministro Relator rejeita a denúncia dirigida contra Marcelo Miranda Soares, governador do estado do Mato Grosso do Sul; José Rodrigues Dias, dono de Matriz Propaganda Ltda. e Secretário Particular do governador e Guilherme Rodrigues da Cunha, ex-Secretário de Comunicação Social, tendo em vista o art. 43, I, do Código de Processo Penal, ou seja, por entender que a denúncia e os elementos em que ela se baseia não proporcionam a imediata aferição da ocorrência do crime de prevaricação, peço respeitosa vênia para dissentir do d. voto de S. Exa.

Muito embora reconheça em sua minuciosa exposição razões e argumentos que, sem dúvida, se recomendam à devida ponderação da Corte, penso, todavia, que esta ponderação, para ser exaustiva e fundadamente conclusiva (tal como se apresenta o d. voto a que me reporto), há de aguardar o momento processual adequado à enunciação do juízo sobre o mérito da acusação, para usar a linguagem do Código de Processo Penal.

De fato, veja-se que S. Exa. não se limita a deixar de receber a denúncia, decisão que poderia refletir tão-somente a falta de alguma condição de procedibilidade que, no entanto, pudesse vir a ser suprida, nada se adiantando quanto à própria realidade social que o Ministério Público quer ver juridicamente qualificada por esta Corte Especial, à luz da norma penal.

Já a este propósito, é oportuna a avisada observação de Borges da Rosa, dos mais acatados dentre os processualistas brasileiros esforçados na sistematização de nosso casuístico Cód. de Proc. Penal.

Eis o que anotou aquele egrégio Magistrado.

"Chama a atenção o fato de não ter o art. 43 do Código se referido a todos os requisitos da denúncia (ou da queixa) exigidos no art. 41, a saber:

1) quando a denúncia (ou a queixa) não traz a exposição do fato criminoso com todas as suas circunstâncias;

2) quando não traz a qualificação do acusado ou esclarecimento pelos quais se possa identificá-los;

3) quando não traz a classificação do crime;

4) quando não traz o rol das testemunhas, sendo necessário.

O art. 43 não contempla tais casos, porque a ocorrência de qualquer deles dá lugar apenas ao não recebimento, isto é, à recusa temporária da denúncia (ou da queixa); pois pode ser repetida, isto é, novamente apresentada com o preenchimento da falta; — a) da minuciosa exposição do fato, ou — b) da qualificação ou identificação do acusado, ou — c) da classificação do crime, ou — d) do rol das testemunhas.

Coisa diferente é a rejeição da denúncia (ou da queixa), porque não dá lugar à sua repetição" (*Processo Penal Brasileiro*, ed. Globo, 1942, I/197/8).

Pronunciando-se diversamente, o ilustre Relator, desde logo, pela rejeição da peça acusatória (Cód. de Proc. Penal, art. 43, I), julga S. Exa., já e agora, a própria demanda penal, conferindo juízo de licitude à conduta alvejada na acusação ministerial. Neste sentido, não me furto de, ainda uma vez, reportar-me ao sempre lembrado Juiz há pouco invocado, *verbis*:

"Examinemos os casos mencionados.

1) O 1º caso, em que o Juiz pode rejeitar a denúncia, ocorre quando o fato narrado não constitui crime. Isto porém deve ser evidente, como exige o texto legal; isto é, deve ser claro, manifesto, percebível facilmente sem necessidade de discussão nem de exame ou estudo aprofundado, que o fato narrado não constitui crime. Desde que haja alguma dúvida, a respeito, já se não mais pode dizer

que é evidente a não-criminalidade do fato; — e desaparece então a faculdade concedida ao Juiz de rejeitar a queixa, ou a denúncia, por esse motivo" (*op. cit.*, p. 196).

3. Este meu modo de ver se inspira no que recolho do próprio teor da denúncia que, em sua parte substancial, transcrita no relatório cuja cópia tenho em mãos, explicita mais amplamente o significado do tópico de documento (ofício) constante dos autos, neste trecho da acusação, a que se refere o Sr. Ministro Relator (v. fls. 8-10, 1º vol.):

"No curtíssimo período de abril a maio de 1987, a Matriz Propaganda passa a, criminosamente, obter favores dos cofres públicos estaduais.

Como?

Pelos processos nºs 4.153/87 (fls. 1370-84); 4.172/87 (fls. 1385-407); 4.205/87 (fls. 1408-27); 4.206/87 (fls. 1438-500) e 4.207/87 (fls. 1501-16), todos da Secretaria de Comunicação Social, dirigida pelo 2º denunciado, a Matriz abocanhou dos cofres públicos estaduais: Cz$ 11.924.358,00 (onze milhões, novecentos e vinte e quatro mil, trezentos e cinqüenta e oito cruzados), na ocasião.

A desenvoltura de José Rodrigues Dias em dispor do numerário da Secretaria de Comunicação Social, fazendo-o *contra legem*, era tanta que apesar de só ter as importâncias relativas aos processos n.ºs 4.205 e 4.206, liberadas em 26 de maio de 1987 (fls. 1425 e 1487 — importâncias no valor de Cz$ 2.510.000,00 e Cr$ 4.303.440,30, respectivamente — e tudo se faz em 24 horas, no mesmo dia 26, todavia já aos 25 de maio, um dia antes, depositava os cheques da Secretaria Estadual de Comunicação Social, na conta da Matriz, no Bamerindus (*vide* doc. a fl. 330).

Os três primeiros denunciados — Marcelo Miranda; seu secretário de comunicação social Guilherme Rodrigues da Cunha; e seu secretário particular José Rodrigues Dias —, em conluio, dado mesmo a intimidade presente entre Marcelo e José Rodrigues — 'Que por já trabalhar há muitos anos, *mais de 20 anos*, junto ao Sr. Marcelo Miranda Soares, o declarante *também se encarrega de cuidar de seus negócios particulares, como sempre fez*' (fl. 627, grifamos) — engendraram forma simples de coonestar, administrativamente, a liberação de dinheiros públicos para a Matriz Propaganda.

Assim, o segundo denunciado — Guilherme Rodrigues da Cunha — singelamente, em ofício de página e meia ao 1º denunciado, dizia da característica técnica-profissional e dos conhecimentos avançados na execução dos serviços da Matriz Propaganda, que, como vimos, era do 3º denunciado, e para quem o 1º denunciado avalizava títulos bancários, e, também singelamente, o 1º denunciado autorizava a execução dos serviços, sem o devido processo licitatório, praticando, com o concurso dos demais, portanto, 'indevidamente', ato de ofício, contra disposição expressa de lei.'

E a prova eloqüente do agir *contra legem* está no doc. a fls. 621, da Secretaria do Tesouro Nacional registrando que, à época dos fatos, dispensava-se o processo licitatório 'para outros serviços que não o de engenharia e compras, até Cz$ 15.000,00'.

Ora, no curtíssimo período de abril a maio de 1987, a Matriz Propaganda embolsa dos cofres públicos estaduais, sem participar de qualquer processo licitatório, a importância de Cz$ 11.924.358,00 (consultem-se: itens 14/17, desta denúncia).

E, enfático, diz o documento a fl. 621, *verbis*:

'Quanto ao segundo item de seu ofício, podemos afirmar que as empresas citadas estão obrigadas ao processo licitatório para prestação de serviços com a administração pública, não se enquadrando no art. 22 do Decreto-lei nº 2.300, de 21.11.86, como concessionárias de serviços públicos.' "

4. Aprofundando o exame da denúncia, consoante este tópico, S. Exa. o Sr. Ministro Relator expõe que a lei sobre licitações admite a dispensa da concorrência, precipuamente naqueles casos em que o contrato do poder público com empresa privada diz respeito à prestação de serviços de natureza técnica, em que a reputação e a comprovação de eficiência, conferidas em vista do

cumprimento de contratos anteriores, deva influir sobre a decisão da administração pública, de contratar diretamente com a empresa eleita.

Assim, ao aludir este tópico da denúncia a uma conduta discrepante da lei, não preencheria ela, segundo S. Exa., os requisitos de precisão necessários à peça de acusação, porquanto certo é que a lei contém exceções (exatamente, entre outras, aquela que legitima a conduta imputada aos acusados como se ilícita fosse).

Acrescenta o d. voto a que me reporto que a denúncia não aponta expressamente, como deveria fazê-lo, a norma legal que consubstanciaria os deveres negligenciados pelos acusados.

Por outro lado, entende também S. Exa. que a acusação nada contém, relativamente ao elemento subjetivo da atuação dos acusados na realização do fato típico definido no art. 319 do Código Penal, ao qual a acusação subsume os fatos nela descritos.

5. Estou, não obstante, convencido de que a denúncia (a qual, sob o aspecto técnico-formal, não me animaria a louvar, nem a criticar) contém adequada enunciação de fatos concretos, circunstanciados, imputando aos acusados a prática de prevaricação, nos termos do Código Penal:

"Art. 319. Retardar ou deixar de praticar, indevidamente, ato de ofício, ou praticá-lo contra disposição expressa de lei, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal."

De fato, a peça acusatória, em resumo, diz que o governador Marcelo Miranda dispensou licitação, ao autorizar sucessivos contratos de prestação de serviços de publicidade, única e exclusivamente por Matriz Propaganda Ltda. ao estado de Mato Grosso do Sul, mediante vultosas retribuições, assim tendo agido em razão de seu antigo e sólido relacionamento com aquela empresa, cujo sócio principal (dono), outro acusado, é seu secretário particular; empresa da qual o governador é tradicional avalista junto a estabelecimentos bancários, alguns destes avais tendo sido prestados pouco antes e pouco depois de sua eleição.

O desconto bancário dos títulos avalizados somente foi autorizado pela diretoria do estabelecimento de crédito em virtude de se tratar de "operação de cunho político" ou "de interesse do governador" (denúncia, itens 7 e 9).

Do produto de uma destas operações, a quantia de Cr$ 41.999.930 foi transferida da conta do acusado José Rodrigues Dias para a de Marcelo Miranda (denúncia, item 11).

O acusado Guilherme Rodrigues da Cunha, ex-secretário de comunicação social, em "união de sentimentos" com os demais (denúncia, item 12), agindo "em conluio" (denúncia, item 18), contribuiu para a prática delituosa ao, "singelamente, em ofício de página e meia ao primeiro denunciado", dizer do caráter técnico-profissional e dos conhecimentos avançados na execução dos serviços da Matriz Propaganda, que... "era do terceiro denunciado e para quem o primeiro avalizava títulos em banco" (denúncia, item 19).

6. Assim meticulosamente reunidos todos os elementos objetivos e subjetivos da conduta adequada à concreta realização do tipo definido no art. 319 do Código Penal; achando-se a acusação razoavelmente respaldada, a este primeiro exame, nas provas documentais e testemunhais constantes dos autos; e salientado que os três primeiros acusados agiram em conluio, movidos por interesses contrários ao da administração pública lesada para satisfazer interesses e sentimentos pessoais, não vejo o que mais se possa reclamar ou exigir, para o recebimento da denúncia e abertura da instrução probatória a se pautar pelo contraditório processual necessário à satisfatória elucidação dos fatos, na sua completa inteireza.

Estas alegações parecem-me suficientes para demonstrar que, na verdade, a denúncia está a entender que a dispensa de licitação, por um lado, não está devidamente justificada, porquanto em prol dessa dispensa de licitação existe apenas um ofício escasso de justificativa relevante, e que este ofício é, ademais, proveniente de quem tinha interesse pessoal na dispensa da licitação,

sendo, aliás, dirigido a quem estava igualmente empenhado nesse estratagema.

O Sr. Ministro William Patterson (Relator): V. Exa. me permite fazer um esclarecimento? Este ofício de página e meia a que V. Exa. se refere é do diretor de comunicações sociais. Na verdade, ele faz um ofício sumário, mas fazendo remissão a um parecer técnico. Existe, portanto, um parecer técnico sobre o problema da dispensa da licitação.

O Sr. Ministro Bueno de Souza: Mas o que a denúncia quer ressaltar é que as razões que levaram à dispensa da licitação, em várias negociações do governo de Mato Grosso do Sul sempre com a mesma empresa, sempre excluída qualquer outra, por um lado se ressentem, do ponto de vista formal, de insuficiência de justificação; e, por outro lado, denotam a prática de conluio (palavra que está expressa na denúncia) entre os denunciados, com o propósito de facilitar este tratamento diferenciado e privilegiado, pelo qual a empresa pode celebrar estes contratos. Conluio que encontraria sua motivação em amizade antiga, em comunhão de interesses que aproxima ou reúne os três denunciados, ou sejam, o governador (que autorizou tais contratos) e seus auxiliares de confiança.

Isto é o que me parece bastante para o recebimento da denúncia.

Em outras palavras, diz a denúncia que o governador deixou de praticar, indevidamente, ato de ofício (ou seja, o de determinar a licitação pública); ou praticou ato de ofício (dispensou a licitação) contra disposição de lei, para satisfazer sentimentos pessoais que o levam a avalizar títulos da empresa eleita, não se achando suficientemente justificada qualquer hipótese da lei sobre licitações que dispensasse a licitação, assim procedendo, juntamente com os demais acusados, em conluio fundado em amizade antiga que todos nutrem uns pelos outros, segundo a denúncia expressamente expõe.

7. Longe de mim descartar, insisto, o relevo das razões, aliás, elegantemente deduzidas em parecer que também li, do eminente Ministro Raphael Mayer, no sentido de qualificar os serviços da empresa como de alta especialização, de natureza técnica, de modo a se dispensar licitação.

O que se me afigura preponderante é que a denúncia contém exposição adequada e suficiente da base empírica da demanda penal. Assim, tanto para a utilidade e a segurança da defesa como para aferição da prova em contraste da imputação com o teor da lei, os autos contêm o indispensável e o mais se há de remeter para outro momento do processo.

8. Acentua, entretanto, o Sr. Ministro Relator que a denúncia não aponta a norma legal, à luz de cujo teor se pudesse patentear a alegada omissão da prática de ato de ofício imputada ao governador, quando dispensou a licitação; tanto mais quanto, ao fazê-lo, valeu-se da cláusula euremática, "na forma da lei", que serviria para escusá-lo de qualquer responsabilidade pela decisão incriminada.

Com a devida vênia, desde logo cumpre ter em vista o princípio, aqui também aplicável, segundo o qual *jura novit curia.* A regra, aqui também, é a mesma: *da mihi factum...*

Não é mister ensinar o direito aos juízes, que se presumem conhecedores da lei.

9. Na verdade, a lei (a expressa disposição legal) postergada pela reiterada contratação de uma única empresa de publicidade, excluída qualquer outra, é induvidosamente categórica.

Assim, o Decreto-lei nº 200, de 25.2.67, estabelece:

"Art. 126. As compras, obras e serviços efetuar-se-ão com estrita observância do princípio da licitação."

E a Lei nº 5.456, de 20.6.1968, por sua vez, dispõe:

"Art. 1º Aplicam-se aos estados e municípios as normas relativas às licitações para as compras, obras, serviços e alienações previstas nos arts. 125 a 144 do Decreto-lei nº 200, de 25 de fevereiro de 1967, que dispõe sobre a organização da administração federal, estabelece diretrizes para a reforma administrativa e dá outras providências, atendidas as modalidades contidas nesta Lei."

A este propósito, anotou Hely Meirelles:

"A sistemática da licitação sofreu fundamental modificação no direito brasileiro, com o advento do Decreto-lei nº 200, de 27.2.1967, que derrogou os princípios obsoletos do velho Código da Contabilidade Pública da União e de seu Regulamento, atualizando, agilizando e simplificando esse procedimento, de modo a atender com mais eficiência e presteza às exigências do serviço público e às modernas técnicas de administração. Norma subseqüente — Lei nº 5.456, de 20.6.1968 — determinou a aplicação dos preceitos gerais das licitações federais aos estados e municípios, facultando à legislação estadual a regulamentação supletiva, em face das peculiaridades regionais e locais" (*Licitação e contrato administrativo*, 8ª ed., RT, 1988, p. 17).

E, tendo em conta que a denúncia se reporta a prática delituosa verificada no período de abril a maio de 1987 (item 14, fl. 8, 1º vol.), rege a espécie o Decreto-lei nº 2.300, de 21.11.86, que preceitua:

"Art. 2º As obras, serviços, compras e alienações da administração, quando contratadas com terceiros, serão necessariamente precedidas de licitação, ressalvadas as hipóteses previstas neste decreto-lei."

(*Omissis.*)

"Art. 12. Para os fins deste decreto-lei, consideram-se serviços técnicos profissionais especializados os trabalhos relativos a:

I — estudos técnicos, planejamentos e projetos básicos ou executivos;

II — pareceres, perícias e avaliações em geral;

III — assessorias ou consultorias técnicas e auditorias financeiras;

IV — fiscalização, supervisão ou gerenciamento de obras ou serviços;

V — patrocínio ou defesa de causas judiciais ou administrativas;

VI — treinamento e aperfeiçoamento de pessoal."

(*Omissis.*)

"Art. 85. Aplicam-se aos estados, municípios, Distrito Federal e Territórios as normas gerais estabelecidas neste decreto-lei.

Parágrafo único. As entidades mencionadas neste artigo não poderão:

a) ampliar os casos de dispensa, de inexigibilidade e de vedação de licitação, nem os limites máximos de valor fixados para as diversas modalidades de licitação;

b) reduzir os prazos de publicidade do edital ou do convite, nem os estabelecidos para a interposição e decisão de recursos."

É oportuno recordar, a propósito, o espólio de Vitor Nunes:

"A doutrina não pode deixar de ser a mesma entre nós.

As leis federais prevalecem sobre as Constituições e leis estaduais, mas não nos esqueçamos: leis federais válidas. Para que a lei federal seja válida é preciso: 1º, que regule matéria da competência da União, isto é, que tenha sido baixada pela União na esfera de sua competência (*"in its own sphere"* — diz Mathews), e 2º, que, embora conforme com as regras constitucionais de competência, não desrespeite qualquer outra disposição constitucional. Quer infrinja a primeira, quer infrinja a segunda recomendação, tanto num como noutro caso, a lei federal não será válida, porque é inconstitucional, e, sendo inconstitucional, não pode ser aplicada, ficando fora de propósito a questão da sua prevalência sobre leis estaduais. Por isso, diz A. Gonçalves de Oliveira: 'Não existe, em princípio, uma supremacia da lei federal... O problema é, antes, de constitucionalidade ou inconstitucionalidade das leis.' Realmente, no domínio das competências privativas, a declaração da prevalência da lei federal consiste, substancialmente, na declaração de inconstitucionalidade das leis estaduais que com ela estejam em conflito. Na competência concorrente, porém, a supremacia da lei federal é indiscutível. E o desrespeito às leis federais por parte dos estados chega a justificar a intervenção federal nestes. Por isso mesmo, como existe nos regimes federais uma questão de preponderância da lei federal (competência concorrente), ao lado de uma questão de constitucionalidade (competências exclusivas), a conhecida regra da hierarquia das leis na federação é perfeitamente acertada, desde

que se entenda que somente as leis federais válidas preponderam sobre as estaduais" (*Problemas de direito público*, ed. Forense, 1960, p. 127-8).

Pouco importa, por conseguinte, que a denúncia não tenha feito expressa menção das normas legais das quais advém o dever legal de licitar.

Dever, note-se bem, que não é afastado, ao argumento da qualificação do serviço como de natureza técnica, desde que esta exceção não se acha contemplada no art. 12 do Decreto-lei nº 2.300, citado.

Como quer que seja, esta é questão concernente ao mérito, que não se aconselha apreciada e decidida prematuramente, nesta assentada, pois inaplicável, no momento, o disposto na Lei nº 8.038, de 28.5.90:

"Art. 6º A seguir, o relator pedirá dia para que o Tribunal delibere sobre o recebimento, a rejeição da denúncia ou da queixa, ou a improcedência da acusação, se a decisão não depender de outras provas."

Se, portanto, os contratos noticiados e documentados nos autos, ajustados em circunstâncias tão suspeitosas, poderiam (ou não) dispensar a licitação a que se eximiram em meio a notícias consistentes de interesses escusos articulados em conluio, é, esta sim, questão de alta indagação, a depender de acurada avaliação crítica da prova, precipuamente a da defesa, em ocasião propícia.

Pois, como recomenda Frederico Marques:

"Se a *notitia criminis* provoca a instauração do procedimento investigatório (inquérito policial, processo administrativo, inquérito judicial na falência, etc.), — a propositura da ação penal terá por base a suspeita de crime, ou *opinio delicti*: desde que o órgão da acusação suspeite, em face das informações colhidas na investigação preliminar, que alguém praticou um fato enquadrável em tipo penal a ação penal deve ser proposta. Daí exigir o art. 41, do Código de Processo Penal, que se contenha na denúncia ou queixa a 'exposição do fato criminoso', tanto que inexistindo adequação típica porque o fato narrado evidentemente não constitui crime, a queixa ou denúncia será rejeitada, *ex-vi* do art. 42, nº I, daquele estatuto processual" (*Curso de direito penal*, Saraiva, 1956, p. II/88).

Neste sentido, aliás, são nossos precedentes, dos quais menciono, exemplificativamente, por suas ementas:

RHC 642, Paraíba, Quinta Turma, unânime, 18.06.90 (*DJU* 06.08.90), Rel. Min. Assis Toledo:

"Processual penal. Inépcia da denúncia e falta de justa causa para a ação penal e para o decreto de prisão preventiva.

Não é inepta a denúncia que descreve fato que constitui crime e possibilita a ampla defesa dos acusados.

Havendo prova do crime e indícios suficientes da autoria, caracteriza-se justa causa para a ação penal.

Justifica-se o decreto de prisão preventiva quando se demonstra ser a medida necessária para assegurar a garantia da ordem pública, a aplicação de lei ou por interesse da instrução criminal."

RHC 596, Pernambuco, Sexta Turma, unânime, 07.08.90 (*DJU* 20.08.90), Rel. Min. William Patterson:

"Penal. Ação penal. Trancamento. Denúncia. Inépcia. Vícios. Inocorrência.

O acórdão recorrido demonstrou que, tecnicamente, está perfeita a denúncia, ausente os vícios argüidos com o propósito de torná-la inepta, motivo pelo qual deve ser prestigiada de decisão que recusou o trancamento da ação penal.

Recurso desprovido."

Assim também o Supremo Tribunal, por sua Primeira Turma, unânime, Rel. o Min. Néri da Silveira, 10.05.85 (*DJ* 27.09.85):

"*Habeas Corpus*. Alegação de inépcia da denúncia.

Código de Processo Penal, art. 41. Imputação, na peça acusatória, da prática de delito, nela descrito, aos pacientes. Fato comum atribuído a todos os co-réus. Enquadramento legal do fato. No curso do procedimento pode, eventualmente, ser alterado. Os réus defendem-se do fato a eles atribuído, como criminoso. Recurso desprovido.

10. Por tudo isso, ouso resumir esta respeitosa divergência e, assim, concluir no

sentido de se receber a denúncia contra os três primeiros acusados.

Quanto, porém, ao último, por se tratar de reunião de causas em um mesmo processo, por conexão, penso, Senhor Presidente, que cabe, tal seja o *eventum litis*, retomar o pronunciamento do eminente Relator, se por acaso este entendimento vier a prevalecer.

Assim, repito, divergindo respeitosamente de S. Exa., recebo a denúncia quanto aos três primeiros acusados; e, quanto ao quarto acusado (a quem se imputa o crime de violação de sigilo bancário), reservo meu pronunciamento para o momento oportuno, pois que ainda não tenho conhecimento do exato teor da denúncia, no que lhe diz respeito.

VOTO (VOGAL)

O Sr. Ministro José Cândido: Sr. Presidente — Quero destacar, inicialmente, o magnífico voto do eminente Relator. Mas dele discordo, por haver firmado, em julgamentos anteriores, certas posições que considero importantes na solução de temas desta natureza.

Começo por assinalar, que para efeito de rejeição da denúncia não se pode levar em conta o problema da culpabilidade, a menos que ela resulte de evidência incontestável. Observe-se que a denúncia foi oferecida com base em inquérito policial, sem qualquer alusão aos aspectos subjetivos do fato delituoso.

Por outro lado, não se pode afirmar, de plano, que inexiste crime na hipótese dos autos. Ao acusado assiste o dever de esclarecer melhor a ocorrência, de modo a excluir a hipótese de crime. Até agora isto não ocorreu. Há crime, pelo menos em tese, o que por si só justifica o acolhimento da denúncia.

Observe-se para a condição das pessoas comprometidas, com o fato delituoso. São membros do governo que se envolvem com um contrato de publicidade, facilmente identificado com a obtenção de uma vantagem que não pode deixar de ser melhor explicada. Só na instrução processual será possível o exame das alegações até agora oferecidas pelos acusados.

Também divirjo do voto, na parte que determinou o prosseguimento da ação contra o quarto denunciado, Francisco Chagas, o único que, na verdade, não podia ter sido denunciado pelo crime que lhe foi apontado, desde que, não sendo bancário, não podia praticá-lo. Basta que se examine a Lei nº 4.595, de 31.12.64, para se chegar a essa conclusão.

Sr. Presidente, pedindo desculpas ao eminente Relator, de quem sou profundo admirador pela sua inteligência e equilíbrio, dele discordo. Recebo a denúncia quanto aos três primeiros denunciados, e a rejeito quanto ao último.

É o meu voto.

VOTO

O Sr. Ministro Pedro Acioli: Sr. Presidente, era o meu desejo, após o voto do eminente Ministro-Relator, pedir vista, porque me encontro afônico, mas devido aos esclarecimentos dos eminentes Ministros Bueno de Souza e José Cândido estou mais do que suficiente para acompanhá-los, pois reconheço que, na verdade, a denúncia haverá de ser recebida, porque a tese abordada pelo Sr. Ministro-Relator seria a questão de dolo subjetivo, cujo conhecimento levaria evidentemente a uma condenação, o que não é o caso dos autos, porque, aqui, se busca apenas o recebimento de denúncia.

A inexistência de dúvida quanto à responsabilidade dos acusados na prática do ilícito que lhes é imputado e dos indícios incriminando-os constituem elementos suficientes para o recebido de peça acusatória.

Data venia do eminente Ministro-Relator, a quem admiro pela sua retidão, valor e cultura, acompanho os Srs. Ministros Bueno de Souza e José Cândido.

É como voto.

VOTO

O Sr. Ministro Américo Luz: Sr. Presidente. Quanto à preliminar pertinente ao crime de responsabilidade, voto com o eminente Ministro-relator, no sentido de que não há precedência nessa apreciação por parte da Assembléia Legislativa. Quanto à parte de mérito, sustentou-se que as operações autorizadas pelo governador dispensavam licitação pública, com fulcro em norma legal pertinente. Sustentou-se, também, que a empresa realizara, em governos anteriores, serviços técnicos especializados da mesma natureza, com dispensa de licitação. Não se apontou na denúncia qualquer norma legal, quanto a ser obrigatória a licitação pública. Ao contrário, ela é inexigível, segundo entendo, *ex vi legis*.

Todos esses aspectos foram minuciosos e competentemente demonstrados, em seu douto voto, pelo eminente Ministro-relator. Também compreendo o inciso I do art. 43 do Código de Processo Penal, assim: (lê)

"Evidência de não constituir crime pressupõe evidência de que o fato denunciado constitua crime."

No caso, a meu ver, não há essa evidência.

Com a devida vênia aos eminentes Ministros que discordaram de S. Exa., o Sr. Ministro-relator, acompanho na íntegra o seu douto voto.

VOTO

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro: Indago do eminente Relator se a Assembléia Legislativa concedeu a licença pedida pelo Tribunal para processar o governador por maioria ou dois terços de votos?

O Sr. Ministro William Patterson (Relator): O Ofício da Assembléia Legislativa, acostado à fl. 2.334, diz que a decisão foi unânime.

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro: Sr. Presidente, o fato da unanimidade ainda não me permite resolver uma questão que, a meu ver, é fundamental. Irei fazer considerações no sentido da necessidade de a licença ser aprovada por dois terços dos membros da Assembléia Legislativa. Portanto, preciso saber qual a totalidade dos membros e quantos votaram, pois a decisão pode ser unânime, mas pode não ter sido tomada pelo quorum de 2/3. Pergunto se V. Exa. tem esses dados para me fornecer.

O Sr. Ministro William Patterson: Respondo a V. Exa. fazendo referência à Resolução nº 2, de 1990, da Assembléia Legislativa, que regulamentou exatamente esse aspecto. Regulamento, inciso VIII do art. 63 da Constituição Estadual. Foi aprovado exatamente para discutir a licença do governador. Nessa Resolução no art. 10, estabelece-se o seguinte, *verbis*:

"Vencida a fase de discussão, dar-se-á a fase de votação, considerando-se aprovada se obtiver o voto favorável de pelo menos 2/3 dos membros da Assembléia".

Parece-me evidente que, se não tivesse sido atingido o *quorum* de 2/3, não seria concedida a licença.

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro: Agradeço os esclarecimentos prestados por V. Exa.

No tocante à preliminar, no sentido de que a condenação quanto ao crime de responsabilidade seria pressuposto da presente ação penal, acompanho o voto de V. Exa., corroborado pela fundamentação do voto do eminente Ministro Bueno de Souza.

Quanto ao mais, afigura-se-me que, no caso, a denúncia, em tese, narrou os fatos tipificadores do crime previsto no art. 319 do Código Penal. Para que pudesse estabelecer a subsunção dos fatos à norma, apurar a existência de culpabilidade e verificar se foi ou não infringida a Lei de Licitações Públicas, enfim, para fazer exame mais aprofundado da matéria, tenho por necessário ampla produção da prova, que há de ser feita no contexto desses autos, uma vez recebida a denúncia.

Com essa breve argumentação, e reportando-me, mais uma vez, aos votos aqui proferidos, no sentido do recebimento da denúncia, peço vênia ao ilustre Relator, para dele divergir e, portanto, receber, também, a denúncia.

VOTO (VOGAL)

O Sr. Ministro Flaquer Scartezzini: Sr. Presidente, no que tange à preliminar, também acompanho o eminente Ministro-Relator.

No mérito, o ilustre Relator, a meu ver, também não examinou a culpabilidade. Prendeu-se aos termos da denúncia, para saber qual a prática delituosa que estava sendo imputada aos acusados. A eles se imputou a prática do delito de prevaricação. A Lei é clara e estabelece:

"Retardar ou deixar de praticar indevidamente ato de ofício ou praticá-lo contra disposição expressa de lei para satisfazer interesse ou sentimento pessoal."

S. Exa. deixou claro em seu voto, que pela leitura da denúncia constatou-se não haver sido infringida qualquer disposição legal com a atitude tomada pelos acusados. Bem ao contrário, o que se viu é que nenhuma regra foi invocada, no sentido de proibir a dispensa de licitação para os serviços anunciados, e esta por sua vez tem sua regulamentação no Decreto-lei 2.300/86, que dispensa tal formalidade. Assim não se há falar em disposição legal contrariada pela atitude tomada pelos acusados.

Ademais, como bem frisou o eminente Relator, o ato do governador contratando os serviços estava de acordo com a legislação em vigor e não foi praticado de forma aleatória ou com fins escusos.

Ao contrário, foi precedido de estudos técnicos dos setores competentes que deram seu "aprovo" quanto sua perfeita adequação às normas federal e estadual, reguladoras da espécie.

Não bastasse, serviços de igual natureza já haviam sido prestados, a administrações anteriores, pela mesma empresa ora contratada, que sempre se houve com proficiência e idoneidade, qualidade que a punha em total harmonia com os objetivos do Decreto-lei 2.300/86.

S. Exa. não está fechando a porta. Desde que existam outros fatos tidos como delituosos, outra denúncia poderá ser oferecida. O que entende S. Exa., *in casu*, é que não há elementos para que se aceite uma denúncia sobre prevaricação. Nisto resumiu-se seu voto.

APARTE

O Sr. Ministro Bueno de Souza: V. Exa. permite-me uma ponderação? Em primeiro lugar, parece-me que a recusa, na denúncia, fecha a porta para o exame. Se se rejeita a denúncia não se vai aprofundar, porque tudo termina.

O Sr. Ministro Flaquer Scartezzini: Por este fato, entretanto se se constituir outro fato delituoso não há problema que venha ser oferecido.

O Sr. Ministro Bueno de Souza: Mas que outro fato delituoso? Rejeitada a denúncia sim, porque tudo termina.

O Sr. Ministro Flaquer Scartezzini: Rejeitada a denúncia, porque nela não existem os elementos necessários para a prática do delito.

O Sr. Ministro Bueno de Souza: Não sei se ficou claro, naquela minha observação ao eminente Relator, mas a denúncia, a meu ver, não precisa apontar necessariamente o dispositivo. O que a denúncia está dizendo, é que nós juízes sabemos, é que a lei exige, em princípio, a licitação, salvo naqueles casos de valor abaixo do limite da lei e naqueles casos em que a lei expressamente dispensa.

O que o Ministério Público quer dizer é que o ato de ofício foi praticado contra a lei, porque se dispensou, em hipótese que a lei não prevê como comportando a dispensa. Penso que não se há de exigir do Ministério Público que aponte um dispositivo, porque a lei é conhecida dos juízes.

O Sr. Ministro Bueno de Souza: Mas S. Exa. acabou de informar claramente, em seu voto, que não havia uma norma que obrigasse essa licitação. Se não há essa lei, nem essa necessidade, não podemos dizer que se possa ficar caracterizado o delito de prevaricação.

O Sr. Ministro Pedro Acioli: Só na instrução. Após esta denúncia é que se vai verificar.

O Sr. Ministro Flaquer Scartezzini: Aí, não haveria necessidade. Uma vez que não há uma determinação legal, não podemos admitir a validade da peça inaugural.

Com essas considerações, acompanho o eminente Ministro-Relator.

É o meu voto.

VOTO

O Sr. Ministro Costa Lima: Parece-me que, se nos termos do artigo 86, da Constituição, a Assembléia Legislativa admitiu a acusação contra o governador do estado pela prática de crime comum, cabe a esta Corte, na forma prevista no inciso I, do artigo 105 da mesma Carta, julgar o chefe do Executivo, independentemente do que o faça a Assembléia Legislativa quanto a delito de responsabilidade.

Data venia do eminente Ministro Relator, entendo que os fatos descritos na denúncia se adequam à figura inscrita no artigo 319 do Estatuto Punitivo, porquanto a licitação constitui a regra a ser observada quando a Administração contrata obras e serviços com terceiros. Dentre as exceções não se encontra expresso em lei que se inclua a prestação de serviços de propaganda.

A autora sequer foi contestada.

Para o recebimento da denúncia o Tribunal, de acordo com o artigo 222 do Regimento Interno, não precisa adentrar no exame do mérito, mas observar como regra geral, os requisitos do artigo 53, do Código de Processo Penal.

Em suma, porque não me deparo com prova da inocência dos três primeiros denunciados, recebo a denúncia e voto pelo prosseguimento da ação penal, *data venia* dos ilustres Ministros que pensam diversamente.

VOTO

O Sr. Ministro Nilson Naves: Sr. Presidente, quanto à preliminar de não poder o governador ser processado por crime comum antes de ser condenado à perda do cargo, em decisão definitiva, no processo por crime de responsabilidade, também acompanho o Sr. Relator. Aliás, Pontes de Miranda, em seus comentários, escreveu, em lição que tem certa aplicação ao caso:

"A respeito de crimes que são de responsabilidade e que são comuns (mesmidade de suporte fáctico), se está pendente o processo de responsabilidade, a absolvição ou a punição não impede que se processe e julgue o crime comum" (*Comentários à Constituição de 1967*, Tomo IV, p. 19).

Quanto ao tema principal, rogo licença ao Sr. Relator, para acompanhar o voto do Sr. Ministro Bueno de Souza, recebendo a denúncia.

É certo que, quando do recebimento de denúncia, nos procedimentos de competência de juiz singular, os princípios de regência são os descritos nos arts. 41 e 43 do Cód. de Processo Penal. Mas, nos procedimentos de competência originária dos tribunais, afora os aludidos princípios, o exame da inicial acusatória acha-se, também, regido pelo art. 559 do mesmo Código, que assim dispõe: "Se a resposta ou defesa prévia do acusado convencer da improcedência da acusação, o relator proporá ao Tribunal o arquivamento do processo." A propósito, quanto ao Superior Tribunal de Justiça, dispõe o art. 6º da Lei nº 8.038/90: "A seguir, o relator pedirá dia para que o Tribunal delibere sobre o recebimento, a rejeição da denúncia ou da queixa, ou a improcedência da acusação, se a decisão não depender de outras provas."

A meu ver, nesse exame (juízo de delibação — *giudizio de delibazione*, dos italianos —, ou prelibação, de prelibar, do francês *préliber*), os tribunais podem aprofundar-se um pouco mais, pois, se assim não fosse, não teriam condições de se manifestar sobre "a improcedência da acusação". No entanto, é necessário, para que assim procedam, que a resposta, oferecida pelo réu, afaste a imputação de maneira evidente e irreversível. Só que, no caso presente, as respostas apresentadas não afastaram, desse modo, a acusação contida na peça vestibular. Daí que, voltando a rogar vênia, recebo

a denúncia, nos termos do voto do Sr. Ministro Bueno de Souza.

VOTO

O Sr. Ministro Eduardo Ribeiro: Acompanho o eminente Relator ao repelir a preliminar, assim como o fizeram os que votaram em seguida.

Peço vênia para discordar de S. Exa. na parte em que acolheu o entendimento de que não haveria cogitar de crime de prevaricação porque, na hipótese, inexigível a licitação. Não está presente, a meu ver, o requisito da inviabilidade da competição, de maneira a que se pudesse tê-la como compreendida pela previsão de dispensa, caracterizada pela notória especialização. A circunstância de haver alguma dose de subjetivismo, na apreciação de uma campanha publicitária, não exclui possa ser avaliada por expertos, em condições de afirmar qual a tecnicamente melhor.

Irrelevante também, segundo penso, a abstenção do Ministério Público em consignar, expressamente, a norma administrativa que teria sido desatendida pelo acusado. Como salientou o Ministro Bueno de Souza, cabe a nós apontá-la.

Isto posto, adianto que, não obstante, acompanho o Relator, em suas conclusões.

Cumpre observar, de início, que não se trata de aplicar simplesmente o artigo 43 do Código de Processo Penal. Para as ações penais de competência originária deste Tribunal, existe regra específica que é o artigo 6º da Lei nº 8.038/90. O juízo de admissibilidade da denúncia haverá de exercer-se muito mais amplamente do que nos processos de competência do juiz singular, uma vez que compreende o exame de eventual improcedência da acusação, desde que não sejam necessárias outras provas. Trata-se de situação análoga à que ocorre no processo civil quando se dá o julgamento antecipado da lide.

A acusação é de que haja sido realizado o tipo descrito no artigo 319 do Código Penal. Aí se requer tenha sido o ato praticado "contra disposição expressa de lei". Não basta que, para satisfazer interesse ou sentimento pessoal, tenha o agente infringido a lei. Necessário que a violação refira-se a disposição expressa. Isto significa texto claro, isento de dúvidas razoáveis. Não me parece que isso se verifique na espécie em julgamento. Embora tenha eu opinião firme, no sentido de que a licitação se impõe, forçoso reconhecer que o tema é muito controvertido, havendo, em contrário, opiniões abalizadas. Se assim é, entendo que não se reuniram todos os elementos da prevaricação.

Assim não fosse, parece-me que se estaria diante de erro sobre a ilicitude do fato, escusável, posto que o acusado fundou-se em parecer do órgão próprio.

Acompanho as conclusões do ilustre Ministro Relator.

VOTO

O Sr. Ministro Ilmar Galvão: Sr. Presidente, também acompanho o eminente Relator, quanto à preliminar. No mais, peço vênia ao eminente Ministro Patterson, para aderir ao voto do eminente Ministro Romildo Bueno de Souza.

Tenho como certo que existe lei expressa, estabelecendo a exigência de licitação para os contratos administrativos.

Está, assim, atendido, no presente caso, o requisito do art. 319 do Código Penal, para configuração do crime nele descrito.

É certo que há exceções para as licitações.

Como os demais contratos, o de publicidade não está, entretanto, compreendido, de maneira indistinta, nessas exceções, conforme mostrou o eminente Ministro José Cândido.

Para tanto, é de mister que se trate de caso de extrema necessidade e de emergência. Ou que seja um contrato para, v.g., uma campanha singular, que só possa ser realizada por um determinado profissional, de notórias qualificações.

É o que se dá, também, com os contratos de obra, de prestação de serviço, etc. Aqui no Distrito Federal, por exemplo, conven-

cionou-se que os projetos arquitetônicos devem ser executados, preferencialmente, pelo Prof. Oscar Niemayer.

Só numa situação dessa, Sr. Presidente, é que a lei dispensa a licitação, valendo essa interpretação para os contratos de publicidade.

Trata-se, na verdade, de espécie de contrato que, mais do que qualquer outro, exige a observância das regras de licitação, já que o serviço prestado não deixa vestígios, impossibilitando uma verificação posterior de sua efetivação.

Não tenho dúvida em afirmar que esses contratos são os que mais exigem fiel observância dos requisitos da licitação.

Aliás, se o Tribunal entendesse que o contrato de publicidade dispensa licitação, *data venia* do eminente Relator, estaria concedendo um *bill* de indenidade a todo ordenador de despesa que dissipa os dinheiros públicos em publicidade, porque, na verdade, como se sabe, é por essa via que passa a maioria dos casos de malversação do dinheiro público.

Ademais, se pela circunstância de tratar-se de contrato de serviços de natureza técnica, entender-se que os contratos de publicidade são insuscetíveis de licitação, o mesmo tratamento haveria de ser dispensado aos contratos de obras de construção de portos, de estradas, etc., que também são de natureza técnica, o que levaria a um absurdo.

Parece-me, *data venia*, que não podemos, num julgamento sumário como o que ora faz o Tribunal, onde não nos é dado examinar as provas, atribuir tamanha elasticidade à interpretação do art. 319 do Código Penal, para o fim de concluir-se, de já, pela ausência de norma instituidora de licitação para contratos de publicidade.

Por essas razões, Sr. Presidente, é que, pedindo mais uma vez permissão ao eminente Relator, de quem somos fiéis admiradores, desde antes, mesmo, de nossa vinda para o Tribunal, acompanho o voto do eminente Ministro Bueno de Souza, recebendo a denúncia.

VOTO

O Sr. Ministro José de Jesus Filho: Sr. Presidente, a exemplo dos Ministros que me antecederam, também acompanho o eminente Ministro-Relator no tocante à preliminar. Quanto à outra parte, estou em que a regra é a licitação e as exceções contidas na lei, a meu ver, devem ser interpretadas restritivamente.

Não classifico a publicidade como matéria de notória especialização. Em princípio, tenho que afronta a liberdade de trabalho, de expressão, e possibilita aflorar o monopólio, não desejado. Lembro-me de que anualmente se faz neste País uma premiação dos melhores comerciais de televisão, com estímulo à competitividade.

De outro lado, não devemos nos preocupar agora com a definição jurídica do fato, esta pode ser alterada pelos julgadores ao final da instrução, conforme prevê o art. 384, do Código de Processo Penal.

Para efeito de recebimento da denúncia — só para esse efeito — estou em que os autos contêm o mínimo exigido para tanto. Por isso, com a devida vênia do eminente Ministro-Relator, que tanto admiro e costumo louvar-me na sua conhecida inteligência, mas, acompanho o voto do eminente Ministro Bueno de Souza.

VOTO

O Sr. Ministro Assis Toledo: Sr. Presidente, no tocante à questão prejudicial, estou de pleno acordo com os demais votos que me precederam, unânimes a respeito. Quanto à questão central, ou seja, o recebimento ou não da denúncia, julgo necessárias algumas considerações preliminares.

Em primeiro lugar, parece-me que já não se pode desconhecer, como salientou o eminente Ministro Eduardo Ribeiro, a Lei nº 8.038/90, específica dos procedimentos nesta Corte. Isto significa que, em relação a tais procedimentos, o art. 43, I a III, do CPP, sofreu alterações.

É que o art. 6º da referida lei instituiu o julgamento antecipado da lide, na oportuni-

dade do recebimento da denúncia, sempre que a decisão da causa não depender de novas provas.

APARTE

O Sr. Ministro Bueno de Souza: O Sr. Ministro Assis Toledo me permite um aparte? Antes de mais nada, peço escusas a V. Exa. por já ter tantas vezes intervindo no debate e agora interrompê-lo, quando V. Exa. apenas começa o seu voto. V. Exa. sabe que ouço com o máximo interesse o seu pronunciamento, como os dos demais eminentes pares. Ocorre, porém, que a alusão à Lei nº 8.038 de 28.05.90, está a reclamar a observação de que, em face dos termos em que a questão foi examinada e decidida pelo Senhor Ministro-Relator, não há senão manifestar-me, tão-somente, a propósito do recebimento ou não da denúncia. De fato, como poderia adiantar-me, na decisão de mérito, se considero a denúncia digna de recebimento?

Seria, *data venia*, uma incongruência.

Agradeço a atenção de V. Exa.

O Sr. Ministro Assis Toledo: É com prazer que ouço V. Exa. Prossigo no meu voto. Não é possível, *data maxima venia*, que esta Corte desconheça o mencionado art. 6º, *in verbis*:

"A seguir, o Relator pedirá dia para que o Tribunal delibere..."

Delibere sobre o quê? Prossegue o art. 6º:

"... sobre o recebimento, a rejeição da denúncia ou da queixa ou a improcedência da acusação..."

O que significa este art. 6º? Significa que, se não depender de outras provas, nesta sessão, pode o Tribunal ingressar no mérito da acusação e rejeitar a queixa por improcedência da acusação.

Não se aplica ao Tribunal, a menos que se queira desconhecer a lei, as restrições do Código de Processo Penal, neste aspecto.

Aliás, já não se aplicava antes, como salientou o Ministro Nilson Naves, quando fez referência ao art. 559. Todavia, peço vênia para dizer que o Capítulo VII (arts. 556 a 562 do CPP) foi *derrogado* pela Lei nº 8.038/90.

Posta a questão nestes termos, devo dizer que o art. 319 do Código Penal é o único que está referido na denúncia e, mais ainda, o Dr. Procurador da República, subscritor da denúncia, foi expresso quanto a uma das modalidades do crime de prevaricação, previsto no art. 319 do Código Penal.

Vejam os eminentes Ministros que o art. 319 contempla três modalidades de crime de prevaricação; duas são condutas omissivas: "retardar" ou "deixar de praticar". A terceira é uma modalidade comissiva: "praticar contra disposição expressa de lei", ato de ofício. Essas três modalidades não se confundem, não se interpenetram, não se assemelham entre si. Qual delas foi descrita na denúncia e foi imputada aos acusados?

Di-lo o Dr. Procurador, de modo expresso:

"Estão, pois, todos os três primeiros denunciados incursos no delito de prevaricação, art. 319 do Código Penal, porque o primeiro denunciado, em concurso com os outros dois, praticou indevidamente, contra expressa disposição de lei, ato de ofício", etc.

Essa a imputação. Não há outra. Na descrição dos fatos contidos na denúncia não há nenhuma referência a enriquecimento ilícito deste ou daquele agente, deste ou daquele indiciado, deste ou daquele acusado. Não se fala em desvio de dinheiro em benefício de terceiros. Fala-se em pagamento de publicidade, só que o beneficiário desse pagamento seria um dos membros desse governo que teria participação na sociedade beneficiária do serviço publicitário. Não se fala na denúncia, em qualquer tópico, que esse serviço não foi prestado. Aliás, se assim fosse, o crime não seria o de prevaricação e sim de peculato.

Então, temos que nos ater ao seguinte: os fatos descritos na denúncia, para ser crime, precisam ter sido praticados contra expressa disposição de lei. E essa é a imputação.

Sendo assim, devo dizer que, particularmente, também penso que a prestação de serviço de publicidade deveria estar submetida à prévia licitação pública.

Vou mais além. Sou mais exigente que os eminentes Ministros Eduardo Ribeiro e Ilmar Galvão. Penso que deveria ser proibida a prática de publicidade de atos do governo. Acredito que seria medida extremamente salutar se o Congresso Nacional proibisse o governo de fazer publicidade de seus atos, a não ser através de notícias ou de publicação no Diário Oficial. Mas essa é uma opinião pessoal minha. Não é a prática constante e usual dos governos e até do próprio Governo Federal. Recebi memorial que está instruído com publicações de jornais deste País.

A primeira publicação diz que a Presidência da República, através do seu chefe de comunicação, baixou normas e dispensou a licitação pública para o serviço federal ("Folha de São Paulo" de 1º de julho de 1990). Existe outra publicação, também da *Folha de São Paulo,* entrando em detalhes quanto à dispensa de licitação para serviços de publicidade no âmbito federal.

Para não ficar só na *Folha de São Paulo,* o ilustre autor do memorial apresenta exemplar de *O Estado de São Paulo* onde se lê: "IBGE faz campanha sem licitação". "Agência ganha outro anúncio sem licitação", e assim por diante.

Isso revela a prática governamental neste País. O eminente Ministro-Relator diz, no seu brilhante voto, que a agência beneficiária vinha prestando serviços em outros governos, também sem licitação, no mesmo estado.

Ora, não estamos julgando, na via de um mandado de segurança ou na via de ação civil, a licitude administrativa dessa contratação publicitária sem licitação...

Não nos foi colocada, nesta oportunidade, a questão de saber da perfectibilidade da realização dessas concorrências ou da dispensa de licitações, para efeito de contratação de publicidade. O que não se pode desconhecer, neste momento, é que havia uma praxe no governo de Mato Grosso, na concessão desses serviços de publicidade, sem prévia licitação. Tal praxe vinha de governos anteriores e prosseguiu no governo atual.

Por outro lado, não é uma prática exclusiva do governo de Mato Grosso, mas no próprio Governo Federal, ainda recentissimamente, assim se procede, conforme amplamente noticiado pela imprensa.

Nessas circunstâncias, o problema penal sofre um enfoque diferente. Um secretário de comunicação, como foi salientado da tribuna, pelo Professor Waldir Troncoso Teles, encaminha o problema da exigência de licitações ao setor jurídico e recebe parecer técnico, com referência a esses precedentes, dizendo da não-exigibilidade de licitação prévia, o que vem a ser aprovado pelo Governador, o mínimo que se poderá dizer é que se trata de matéria extremamente controvertida. Não posso desconhecer o parecer subscrito pelo ex-Ministro Rafael Mayer, administrativista de renome neste País, sustentando e demonstrando a inexigibilidade da licitação para a hipótese dos autos.

Parece-me, pois, com toda razão o voto do eminente Ministro Eduardo Ribeiro, quando diz que não se poderia exigir, nas circunstâncias, dentro do quadro como o que nos é apresentado, que o novo governador viesse a modificar totalmente o procedimento de contratação de publicidade. Posso admitir que — voltando ao voto do eminente Ministro Bueno de Souza — o fato de ter o governador dado preferência a uma empresa, à qual era ligado a um dos seus auxiliares diretos, seja um fato reprovável do ponto de vista moral. Mas o Tribunal que julga os atos humanos sob o aspecto exclusivamente moral ainda não foi constituído sobre a Terra. Aqui estamos para julgar os acusados sob o aspecto jurídico. E, não demonstrada a prática de ato de ofício "contra disposição expressa de lei", não há o crime imputado na denúncia. Fora disso, estaríamos criando um tipo penal diferente, que não o do art. 319, não objeto da acusação.

Chego, portanto, à conclusão do Ministro Eduardo Ribeiro, e acompanho, na conclusão, o eminente Ministro-Relator, esclarecendo que, em verdade, estou julgando impro-

cedente a acusação pelas razões expostas. Somo o meu voto ao do eminente Ministro-Relator.

É como voto.

VOTO (VOGAL)

O Sr. Ministro Edson Vidigal: Senhor Presidente, o dinheiro público, resultante da contribuição sofrida dos cidadãos mediante os tributos que lhes são impostos, não pode ser gasto fora dos parâmetros do bem comum, sem considerar prioridades voltadas para as questões mais urgentes da coletividade.

A autoridade do poder público, responsável pela guarda e emprego do dinheiro público, não pode se afastar, ademais, de um princípio ético que o preserve no respeito geral, sem suspeitas. Essa postura ética é indissociável da moral imprescindível ao exercício da sua autoridade.

Uma pessoa investida de autoridade do poder público tem que estar sempre muito atenta para que, nem à sua sombra e nem ao seu derredor, prosperem ações que possam comprometer a moral de que sempre precisa para respaldar a eficácia de seus atos

Infelizmente temos notado o quanto a falta de espírito público tem conseguido, acolá ou alhures, em prejuízos ao interesse público. Vez por outra inventam obras por perto de onde há água. Ora, não há maior sumidouro de dinheiro público do que obra em subsolo, em córregos, em rios, beiras de oceano e em praias. Isso ocorre, muitas vezes criminosamente, diante da cumplicidade geral.

Outro caso em que o dinheiro público some rápido é o da publicidade oficial. Os resultados, pela própria natureza do serviço, são pouco aferidos ou quase não os são e a eficácia, quando é possível haver, desaparece em pouco tempo, perdendo-se na maré da memória coletiva.

Neste caso concreto há a notícia de que, com afronta a princípios éticos e a determinações legais, gastou-se indevidamente significativa quantia do dinheiro público. Gastos com publicidade! A mim me parece que os fatos descritos na denúncia do Ministério Público carecem de uma apuração mais profunda. Há um crime em tese, não há dúvida, que precisa ser apurado.

Por outro lado, em respeito à autoridade de quem, dentre outros, subscreveu a tese suscitada na preliminar de vinculação do crime de responsabilidade ao crime comum, peço vênia para algumas considerações. Busca-se sustentar que os fatos descritos na denúncia tipificam crimes de responsabilidade e crime comum. E que sendo assim esses crimes se vinculam. E que, vinculados assim, não poderia este Superior Tribunal de Justiça se manifestar recebendo ou não a denúncia sobre o crime comum enquanto a Assembléia Legislativa não se pronunciar antes, decidindo se houve ou não crime de responsabilidade.

Ora, não há essa vinculação em hipótese legal nenhuma. Crime de responsabilidade é um e crime comum é outro, ambos são autônomos e as competências são distintas. Um é crime de natureza administrativa a ser processado e julgado por um colegiado político, no caso a Assembléia Legislativa do estado. O outro, crime descrito como comum, tipificado na lei federal, no Código Penal, estando a competência, neste caso, remetida pela Constituição Federal (art. 105, I, *a*) a este Tribunal.

Havendo esses dois crimes — o de responsabilidade e o comum ao mesmo tempo, nada impediria que a Assembléia Legislativa, em ação de sua soberania decorrente da autonomia do estado, promovesse, conforme seu melhor entendimento, o processo e julgamento do governador em relação ao crime de responsabilidade, que a douta defesa entende também existir, em tese, conforme o parecer do sempre brilhante José Afonso da Silva, juntado aos autos.

Nessa questão preliminar, estou de inteiro acordo com o eminente Ministro Relator, juntando-me aos demais ministros que, nessa linha, me antecederam, a partir do ilustre Ministro Bueno de Souza.

E, quanto ao mérito, entendendo que a questão a estas alturas já está muito bem

debatida, peço vênia apenas para me reportar à advertência feita pelos nobres Ministros Eduardo Ribeiro e Assis Toledo no que concerne à Lei nº 8.038/90, cujo art. 6º diz: "A seguir, o Relator pedirá dia para que o Tribunal delibere sobre o recebimento, a rejeição da denúncia ou da queixa, ou a improcedência da acusação, se a decisão não depender de outras provas." Penso que a decisão está, sim, a depender de outras provas; que só estará madura para efeito terminativo se houver instrução criminal. Daí ser necessário o recebimento da denúncia.

Meu voto, no mérito, portanto, acompanha o do Ministro Bueno de Souza, mas registrando o brilhantismo do voto do eminente Ministro Relator, William Patterson.

Assim, recebo, eu também, a denúncia.

É o voto.

VOTO (MÉRITO)

O Sr. Ministro Garcia Vieira: Sr. Presidente: Quanto à preliminar, estou inteiramente de acordo com o eminente Ministro Relator. Quanto à matéria central, de fundo, lamento e peço vênia à S. Exa. para discordar. Acho que, no caso, depende de prova. Saber se o contrato de publicidade constitui natureza dos serviços especiais que dispensam, ou não, a licitação, talvez tenhamos que ouvir até pareceres de técnicos, porque, de duas, uma: ou são daqueles de natureza que dispensam a licitação, e aí não tenho dúvida, seria o caso de não recebimento; mas, e se for caso daqueles serviços de natureza especial? Aí, então, teremos o Decreto-lei nº 2.386, que exige a licitação; nesse caso, a ação seria contra disposição expressa de lei.

Com essas brevíssimas considerações, Sr. Presidente e Srs. Ministros, peço licença e vênia ao eminente Ministro Relator, a quem tanto admiro, para discordar e receber a denúncia, quanto aos três primeiros denunciados.

VOTO

O Sr. Ministro Armando Rolemberg: Sr. Presidente, *data venia* do eminente Ministro Relator, recebo a denúncia.

VOTO

O Sr. Ministro José Dantas: Sr. Presidente, sou um juiz temente dos poderes de Deus; por isso que, em toda causa criminal que se me depara, predisponho a me filiar às razões da defesa, pelo temor do erro, sempre irreparável em matéria criminal.

Procedi desse modo no presente caso, predispondo-me a acatar a brilhante sustentação de que, primeiro, o fato descrito na denúncia constituiria igual tipo previsto como crime de responsabilidade. Como essa minha predisposição não significa convencimento abstrato, buscando convencer-me por razões objetivas, as encontrei no voto do Ministro Bueno de Souza, ao negar a alegada similitude dos tipos a confrontar entre o delito comum e o delito de responsabilidade. Segundo, noutro ponto, predispus-me a acompanhar o Sr. Ministro Relator em não enxergar a tipicidade do fato descrito na denúncia. Mas, reli os termos da denúncia e vi que, muito antes de se indagar se é possível ou não dispensar-se da licitação legal a prestação de serviços de divulgação (cerrada argumentação de S. Exa.), muito antes disso, outra seria a indagação, isto é, a de que, dispensada a concorrência, seria possível contratar a prestação com uma empresa "doméstica", da forma do "conluio" qualificadamente aduzido na denúncia, empresa da qual os administradores acusados fariam parte, direta ou indiretamente?

No que pese aos interesses da defesa, não me convenci de que não constitua crime o fato descrito pela denúncia, com suficiente indicação de indícios da autoria, do modo como se tem dito que o denunciado se defende do fato irrogado e não da capitulação temporária feita pela denúncia.

Cumprido esse juízo de prelibação, passo então ao da delibação sumária, que nos é permitido pela Lei nº 8.038/90 (o qual, diga-se de passagem, não constitui novidade, pois nos próprios Tribunais de Apelação, de onde vimos, exerce-se tão sumário juízo delibatório, sobre, em face da resposta do denunciado, proceder ou não a denúncia).

O Sr. Ministro Nilson Naves: Se V. Exa. me permite um aparte, gostaria de dizer que não só nos Tribunais de Apelação, mas também no Supremo Tribunal Federal assim se procede. Eu gostaria, ainda, de fazer um pequeno acréscimo: a meu ver, a Lei nº 8.038 não revogou os arts. 41, 43 e 559 do Código de Processo Penal.

O Sr. Ministro José Dantas: Agradeço o aparte de V. Exa.

Pois bem, Sr. Presidente, vencida a prelibação, que autorizaria a rejeição da denúncia por não constituir crime o fato descrito, ou por inépcia formal, que também não ocorre, passo àquele exame sumário da resposta do denunciado, para saber se procede ou não a acusação, no estado atual do processo, e em face da prova até agora coligida. Não vi nessa prova — nem ouvi da defesa — nenhuma convincente escusa à realidade do fato acusado; nenhuma escusa à irrogada participação dos denunciados naquele "conluio" que, em suma, constitui a grande acusação que se lhes faz em termos de crime contra a administração pública.

Com essas razões, Sr. Presidente, que evidentemente esclarecem apenas as bases do meu convencimento, mas que não devem pesar aos ilustrados votos que me antecederam, peço vênia ao eminente Ministro Relator para acompanhar o Sr. Ministro Bueno de Souza, recebendo de logo a denúncia contra os três primeiros denunciados, nos termos por S. Exa. propostos.

VOTO

O Sr. Ministro Gueiros Leite: Sr. Presidente, acompanho o eminente Ministro Relator na preliminar e no mérito, com a devida vênia aos ilustres ministros que votaram pelo recebimento da denúncia. Muito embora não me pareçam transparentes, no âmbito administrativo ou na esfera moral, as atividades relatadas na denúncia, peca esta na qualificação do delito de prevaricação.

É como voto.

QUESTÃO DE ORDEM

Sr. Presidente, em face da decisão desta Corte, pelo recebimento da denúncia contra os três primeiros denunciados, penso que cumpre decidir, em continuação, primeiramente, quanto às conseqüências imediatas desse julgado, no tocante ao governador do estado do Mato Grosso do Sul, ou seja, sobre seu afastamento; e, depois, sobre a denúncia relativa ao quarto acusado, Francisco de Lagos Viana Chagas. Sobre estes pontos, penso que se impõe ouvirmos o eminente Relator.

QUESTÃO DE ORDEM (VOTO)

O Sr. Ministro William Patterson (Relator): Sr. Presidente, já me predispunha a declarar voto no sentido contrário a uma decisão deste Tribunal, para declarar afastado do cargo o governador de Mato Grosso do Sul, pela simples ocorrência do recebimento da denúncia, por entender que esse problema é um ato político e somente a Assembléia Legislativa é que tem, na sua alta sabedoria, a competência para definir a questão.

Agora, ajudado pelo Ministro Eduardo Ribeiro, vejo que realmente a questão está expressamente prevista na Constituição do estado, no seu art. 63, item XX:

"Suspender e declarar procedente acusação nos crimes comuns e de responsabilidade o exercício de mandado do governador do estado destituído quando condenado definitivamente."

Portanto, meu voto é no sentido de fazer a comunicação à Assembléia Legislativa do estado de Mato Grosso do Sul, dizendo, apenas, que, por maioria, foi recebida a denúncia.

VOTO (QUESTÃO DE ORDEM)

Sr. Presidente, de acordo com o entendimento propugnado pelo Sr. Ministro Patterson, também considero que nos basta comunicar à presidência da Assembléia Legislativa do Mato Grosso do Sul a decisão desta Corte, pelo recebimento da denúncia.

A decisão quanto a afastar ou não o governador pertence àquela casa legislativa, na consonância da Constituição do estado, art. 92, I, e art. 63, XX, *verbis*:

"Art. 92. O governador ficará suspenso de suas funções:

I — nas infrações penais comuns, se recebida a denúncia, ou queixa-crime, pelo Superior Tribunal de Justiça."

"Art. 63. Compete privativamente à Assembléia Legislativa:

(*Omissis.*)

XX — suspender, se declarar procedente a acusação, nos crimes comuns e de responsabilidade, o exercício do mandato do governador do estado, e afastar os secretários de estado, e destituí-los, quando condenados definitivamente."

De fato, é omissa, no ponto, a Constituição da República, art. 86, § 1º, I, ou seja, quanto ao órgão a decidir do afastamento.

A Constituição estadual tem, portanto, ensejo de suprir a lacuna.

É como voto.

QUESTÃO DE ORDEM (VOTO)

O Sr. Ministro Costa Lima: Sr. Presidente, em aparte ao eminente Ministro Pádua Ribeiro, já adiantei meu voto, no sentido de que a Carta Federal não diz qual é o órgão competente, e, a meu ver, seria o órgão político, a Câmara Federal. O princípio foi adotado pela Constituição do estado de Mato Grosso dizendo competir à Assembléia Legislativa decidir sobre a suspensão das funções. Acompanho o Sr. Ministro Relator, *data venia* do Sr. Ministro Pádua Ribeiro.

QUESTÃO DE ORDEM (VOTO VENCIDO)

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro: Sr. Presidente, decidiu o plenário deste Tribunal que, em tema de processo por crime comum movido contra governador, devem ser observadas as regras consubstanciadas na Constituição Federal. Naquele ensejo fiquei parcialmente vencido, porque entendi que não se compatibilizava com o regime da nossa Constituição depender de licença da Assembléia Legislativa do estado, para processar o governador, quando acusado de crime praticado em detrimento de bens e serviços da União. Mas, no tocante aos demais crimes, entendeu o Tribunal que se deveria seguir o modelo federal e, por isso mesmo, decidiu oficiar a Assembléia Legislativa, indagando sobre se concedia ou não licença para processar o governador.

O Sr. Ministro José Dantas: V. Exa. me permite um esclarecimento do assunto? V. Exa. está equivocado. Fui Relator do assunto, e o que o Tribunal decidiu é que se tem que resolver na forma da Constituição estadual, se dispuser o que está dispondo a Federal; tanto é que conferi um texto estadual com o Federal, para poder me orientar naquele sentido. Então, se a Constituição do estado agora é chamada à colação, é para efeito de dizer que a Assembléia, tomando conhecimento, suspenda ou não o governador.

O Sr. Ministro Costa Lima: Sr. Presidente. A Constituição Federal, no art. 86, § 1º, inciso I, ao que penso, se aplica à hipótese em julgamento, mas sem as conseqüências que o eminente Ministro Pádua Ribeiro entende.

Ali está dito que o presidente da República ficará suspenso de suas funções "nas infrações penais comuns, se recebida a denúncia" pelo Supremo Tribunal Federal. Não adianta que é essa Corte quem determina a suspensão das funções. Penso que se trata de competência exclusiva, nesta fase, do Congresso. Havendo sentença condenatória, sim, o afastamento, a destituição é decorrência natural.

Aplicando-se, *mutatis mutandis*, essa disposição aos governadores de estado, e sendo este Tribunal competente para julgá-los nas infrações penais comuns, o recebimento da denúncia é ato da exclusiva deliberação desta Corte. Porém, o afastamento das funções, ato da Assembléia Legislativa, pois não é lícito do texto constitucional federal se intuir o contrário.

Peço escusas, Sr. Ministro Pádua Ribeiro, pela intervenção.

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro: Com grande prazer ouvi as doutas opiniões do eminente Ministro José Dantas e também do ilustre Ministro Costa Lima, mas o que sustentei — e esse é o aspecto importante — é que o Tribunal definiu um princípio maior, qual seja, no sentido de que a Constituição estadual haveria de disciplinar essa matéria. O que é que já decidiu a Corte constitucional, que é o Supremo Tribunal Federal? Há vários precedentes perfeitamente adequados à espécie, precedentes invocados, inclusive, no parecer do Prof. José Afonso da Silva, que, aliás, já era do conhecimento de todos nós, no sentido de que, em tal tema, as Constituições estaduais hão de observar a Constituição Federal. Se não o fizerem, eivam-se de inconstitucionalidade. Os textos das Constituições estaduais que não se harmonizem com a Constituição Federal não podem ser cumpridos, não podem ser observados. Quais são esses precedentes?

Na Representação nº 999, do Amazonas, Relator o Sr. Ministro Cordeiro Guerra, diz:

"I — Exigindo, o art. 40, I, da Constituição Federal, o *quorum* de dois terços dos membros da Câmara Federal para a declaração de procedência da acusação contra o presidente da República, afasta-se do paradigma federal, a cláusula de maioria absoluta dos seus membros, inserta no inciso XIII do art. 21 e do art. 47 da Constituição do estado do Amazonas pela Emenda Constitucional nº 7, de 30 de maio de 1978.

II — A obediência aos modelos federais tem sido um *standart* da constitucionalidade dos dispositivos das leis maiores dos estados, segundo a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal" (Rel. Min. Cordeiro Guerra, *RTJ* 81/332, adotando manifestação do Min. Rodrigues Alckmin, de acordo com voto prolatado na Representação nº 892-RS, *RTJ* 66/667).

No mesmo sentido, na Representação nº 826, do Mato Grosso, Relator o Sr. Ministro Barros Monteiro:

"Exigindo o art. 40, I, da Constituição Federal, o *quorum* de dois terços dos membros da Câmara Federal para a declaração da procedência da acusação contra o presidente da República, afasta-se do paradigma federal, a cláusula por maioria absoluta dos seus membros inserta no art. 21, VI, bem como no art. 46 da Constituição do Mato Grosso." O parecer do douto Procurador-Geral da República esclarece, em texto apoiado pelo voto do Relator: "Em matéria que se prende estritamente à distribuição de competência dos poderes, é certo que o direito estadual tem que ser modelado pelo texto federal, sem que lhe altere um mínimo de substância. Estabelecido pela Lei maior o *quorum* de 2/3 dos membros do colegiado que deva declarar a procedência da acusação contra o chefe do Executivo e seus ministros, necessariamente será o mesmo *quorum* a deliberar no plano estadual."

Nessa mesma linha de entendimento o decidido na Representação nº 755, do Rio de Janeiro, Relator o Sr. Ministro Adauto Cardoso, na Representação nº 749, do Rio Grande do Sul, Relator o Sr. Ministro Adalício Nogueira. Conforme se vê, são vários os precedentes. A diferença única entre eles é que a Constituição de 1946 falava em maioria absoluta. A partir da Constituição de 1967, passou-se a exigir a maioria de dois terços para fim de Assembléia estadual autorizar o processamento dos governadores de estado ou então a Câmara Federal do presidente da República.

Em tal circunstância, o que ocorre é que a Constituição estadual há de cingir-se a cumprir a Constituição Federal. Foi o que fez a Constituição de Mato Grosso, que, no seu art. 92, diz:

"Art. 92. O governador ficará suspenso de suas funções:

I — nas infrações penais comuns, se recebida denúncia ou queixa-crime pelo Superio Tribunal de Justiça."

Ao assim dispor a Constituição do estado, nada mais fez do que repetir o texto do art. 86, § 1º, inciso I, da Constituição da República. Diz esse texto:

"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.

§ 1º O presidente ficará suspenso de suas funções:

I — nas infrações penais comuns, se recebida a denúncia ou queixa-crime pelo Supremo Tribunal Federal."

Portanto, em tal caso, o aspecto político que poderia existir no tocante a este tipo de crime já foi superado com a licença da Assembléia Legislativa estadual concedida por dois terços dos seus integrantes. Feito isso, o que deve fazer este Tribunal é julgar e dar conseqüência jurídica ao seu julgamento, nos termos da Constituição Federal, aliás, no caso respaldado por expresso dispositivo da Constituição do estado de Mato Grosso.

O Sr. Ministro Garcia Vieira (aparte): Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, parece que a questão posta pelo eminente Ministro Relator é a de saber de quem é a atribuição para suspender o governador: se seria desta Corte ou se seria da Assembléia. Pelo art. 86 da Constituição Federal diz que o presidente da República ficará suspenso de suas funções. Mas não diz, não esclarece, não diz o eminente Ministro Costa Lima, não diz de quem é essa atribuição. A questão se centra neste fato.

O Sr. Ministro Bueno de Souza: O texto da Constituição estadual diz que é a Assembléia.

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro: A meu ver, esta é exatamente a questão que estou solucionando, e nos cabe apenas declarar que, como conseqüência do recebimento da denúncia, o governador está suspenso do exercício do seu cargo.

O Sr. Ministro Garcia Vieira: É um ato da Assembléia?

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro: Não. É uma decisão nossa. Essa decisão nós temos meio de fazer cumpri-la. O descumprimento de decisão judicial enseja, inclusive, a intervenção no estado. Há, pois, remédio constitucional para fazer cumprir a nossa decisão. Pelos fundamentos citados meu entendimento diverge dos votos até aqui proferidos.

VOTO

O Sr. Ministro Costa Lima: Sr. Presidente. A Constituição Federal, no art. 86, § 1º, inciso I, ao que penso, se aplica à hipótese em julgamento, mas sem as conseqüências que o eminente Ministro Pádua Ribeiro entende.

Ali está dito que o presidente da República ficará suspenso de suas funções "nas infrações penais comuns, se recebida a denúncia" pelo Supremo Tribunal Federal. Não adianta que é essa Corte quem determina a suspensão das funções. Penso que se trata de competência exclusiva, nesta fase, do Congresso. Havendo sentença condenatória, sim, o afastamento, a destituição é decorrência natural.

Aplicando-se, *mutatis mutandis*, essa disposição aos governadores de estado, e sendo este Tribunal competente para julgá-los nas infrações penais comuns, o recebimento da denúncia é ato da exclusiva deliberação desta Corte. Porém, o afastamento das funções, ato da Assembléia Legislativa, pois não é lícito do texto constitucional federal se intuir o contrário.

Peço escusas, Sr. Ministro Pádua Ribeiro, pela intervenção.

QUESTÃO DE ORDEM

O Sr. Ministro Nilson Naves: Sr. Presidente, dispõe a Constituição, no art. 86 e § 1º, quanto ao presidente da República:

"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.

§ 1º O presidente ficará suspenso de suas funções:

I — nas infrações penais comuns, se recebida a denúncia ou queixa-crime pelo Supremo Tribunal Federal;

II — nos crimes de responsabilidade, após a instauração do processo pelo Senado Federal."

No caso, trata-se de infração penal comum. Não creio, por isso, que o ato de suspensão, de que ora tratamos, caiba ao órgão político. Se o modelo a ser seguido é o federal, e creio que sim, recebida a denúncia pelo Superior Tribunal de Justiça — Tribunal nacional, juízo natural dos governadores —, cabe-lhe, em conseqüência, declarar a suspensão. A suspensão é simples efeito do ato de recebimento da denúncia. Suponhamos que a Assembléia Legislativa não suspenda o governador, ou que suspenda mas dela discorde o Tribunal de Justiça local, como ficará este Superior Tribunal, que deu início ao processo-crime? É preciso que o Tribunal cumpra e acate o ofício jurisdicional, e só cumprirá e acatará com a declaração que faço, *data venia.*

O Sr. Ministro Bueno de Souza (aparte): V. Exa. sabe do apreço que tenho por suas opiniões e por isso é que não me furto de ponderar este aspecto da questão: se a competência para o processo-crime contra o governador permanecesse no Tribunal de Justiça, este entendimento em que V. Exa. comunga com o Sr. Ministro Pádua Ribeiro, com excelentes razões, talvez contasse com nossa adesão, ainda que desvaliosa, porquanto um governador submetido a processo, no exercício do mandato, poderia constituir constrangimento para o exercício da jurisdição penal pelo Tribunal de Justiça do estado. Mas, desde o momento em que a nova Constituição trouxe o processo-crime para este Tribunal, que, como disse V. Exa. muito bem, passou a ser o juiz natural do governador, já não percebo aquela razão tão distante para que a decisão de afastamento deva residir nesta Corte. É o que desejava ponderar, quanto ao argumento trazido por V. Exa.

O Sr. Ministro Nilson Naves: Findando, Sr. Presidente, declaro, neste momento, suspenso de suas funções o Sr. Governador, acompanhando, assim, o voto do Sr. Ministro Pádua Ribeiro, *data venia.* Em conseqüência, suspensos os Srs. Secretários denunciados.

QUESTÃO DE ORDEM

O Sr. Ministro Eduardo Ribeiro: Sr. Presidente, que a Constituição de Mato Grosso do Sul reservou para a Assembléia a competência para afastar o governador, não me parece possível duvidar, *data venia,* tal a clareza do que se contém em seu art. 63, XX. Para não aplicarmos essa norma teríamos que declará-la inconstitucional.

Alega-se que isto se verificaria porque não se teria obedecido ao modelo federal. Não parece que essa obediência tenha que ser servil. O texto federal não precisa ser repetido *ipsis litteris* nas Constituições estaduais. A inspiração geral é que tem que ser seguida.

O Sr. Ministro Pádua Ribeiro (aparte): É da sistemática das nossas diversas Constituições que, quando as Assembléias Legislativas ou então a Câmara dos Deputados profere decisão por dois terços de votos aceitando a acusação, isso enseja a suspensão do exercício do cargo. Trata-se de uma votação muito qualificada, de dois terços dos votos, isto é, dois terços dos integrantes do órgão legislativo. No caso do crime de responsabilidade, o julgamento se faz pelo Senado Federal, presidido pelo presidente do Supremo Tribunal Federal. Instaurado o processo pelo Senado, no caso de crime de responsabilidade, dá-se a suspensão do exercício do cargo, segundo a nossa tradição constitucional. Ora, no caso já houve esse julgamento prévio da Assembléia Legislativa, concedendo a licença por dois terços. Evidentemente, ao recebermos a denúncia, no caso de crime comum, proferimos um outro julgamento, também ensejador da suspensão do exercício das funções. Diante disso, a conseqüência jurídica do recebimento da denúncia é, na espécie, a suspensão do exercício do cargo do governador. Se a instauração do processo pelo Senado no caso de crime de responsabilidade acarreta a suspensão do exercício do cargo, quanto mais há de ensejá-la um julgamento jurídico decorrente do recebimento da denúncia, à vista das próprias disposições da Constituição. A meu ver, se assim não entendermos, o nosso

julgamento será inócuo. Será apenas uma mera sugestão a órgãos políticos do estado, para que se quiserem dêem conseqüência às nossas decisões. Penso que isso, sem dúvida alguma, não é de bom alvitre para um órgão jurisdicional do porte do Superior Tribunal de Justiça.

O Sr. Ministro Eduardo Ribeiro: O Ministro Pádua Ribeiro me permitirá a ousadia, mas sou obrigado a discordar.

A Assembléia Legislativa limitou-se a conceder licença para que se iniciasse o processo e a Constituição do estado reserva-lhe a competência para, também, por maioria qualificada, declarar a perda do cargo.

Acompanho o Relator.

VOTO (QUESTÃO DE ORDEM)

O Sr. Ministro Ilmar Galvão: Sr. Presidente, acompanho o eminente Relator, sem, contudo, comprometer-me com esta tese, para que possa examiná-la em nova oportunidade.

QUESTÃO DE ORDEM (VOTO)

O Sr. Ministro José de Jesus Filho: Sr. Presidente, a Constituição do Mato Grosso é bem clara quando cuida de responsabilidade do governador. Diz assim: (lê)

"Art. 92. O governador (...)

I — nas infrações (...) ou queixa-crime pelo Superior Tribunal de Justiça."

É uma conseqüência lógica.

Então, Sr. Presidente, acompanho o Sr. Ministro Relator, também me reservando, a exemplo do Sr. Ministro Ilmar Galvão, e não me comprometendo com a tese, para, oportunamente, examiná-la com mais cuidado.

QUESTÃO DE ORDEM (VOTO)

O Sr. Ministro Assis Toledo: Sr. Presidente, pelo que inferi dos debates, formei a convicção de que o afastamento político do governador do estado, em razão de recebimento de denúncia, é competência da Assembléia Legislativa, como previsto na Constituição estadual (art. 92).

Não nos cabe, aqui, proferir essa decisão política.

Por outro lado, parece-me que, do ponto de vista processual penal, o afastamento do governador é possível através de decisão desta Corte, como são possíveis aplicações de medidas cautelares previstas no Código de Processo Penal, desde que se receba a denúncia e que haja um processo penal em curso.

Todavia, identifico o afastamento do governador de sua função, no curso do processo, antes da sentença condenatória irrecorrível, como aplicação de medida provisória de interdição de direito no curso do processo. Essa aplicação está prevista no Código de Processo Penal, art. 373 e seguintes.

Todavia, segundo o Código de Processo Penal, não poderia, em hipótese alguma, ser aplicada nesta oportunidade, sem observância do rito estabelecido no art. 373 e parágrafos.

Note-se que estamos suspendendo o mandato de um governador de estado, em pleno exercício, o que é muito mais do que se suspender o simples exercício de uma função de carteiro dos Correios e Telégrafos.

Por estas razões, como o eminente Relator concluiu pelo descabimento do afastamento, o meu voto é nesse sentido, concluindo que não cabe a suspensão automática por parte desta Corte.

O Sr. Ministro Bueno de Souza: V. Exa. disse que o afastamento político é da Assembléia.

O Sr. Ministro Assis Toledo: Sim, é da Assembléia.

O Sr. Ministro Bueno de Souza: O processual é que, diz V. Exa., pertence a este Tribunal...

O Sr. Ministro Assis Toledo: Sim. Não afasto a possibilidade de o Tribunal, em outros processos, em outros casos, vir a afastar o denunciado, depois do recebimento da denúncia, mas observando-se os princípios gerais de toda a medida cautelar. Interpreto a Constituição nestes termos. A Constituição estipulou essa possibilidade de afastamento, mas não afastou a observância das normas processuais adequadas, nem das normas de

competência. O afastamento político se faz pela Assembléia. O afastamento processual, como medida cautelar, se faz pelo Tribunal. E, no caso, não vejo possibilidade de o Tribunal nem declarar o automático afastamento, nem usar o poder de ofício, porque não é o caso de se aplicar, aqui, uma medida provisória. Comunica-se à Assembléia e a Assembléia que decida o aspecto político da questão.

É o meu voto.

VOTO

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro: Sr. Ministro Assis Toledo, ficou uma questão a ser esclarecida. Fiz umas declarações das quais discordou o eminente Ministro Eduardo Ribeiro. Vou ler os textos constitucionais. Eu disse que, de acordo com a nossa tradição e com a Constituição em vigor, quando a Câmara declara a procedência da acusação contra o presidente da República, ele é suspenso do exercício do cargo. Diz o art. 86 da Constituição em vigor:

"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.

§ 1º O presidente ficará suspenso de suas funções:

I — nas infrações penais comuns, se recebida a denúncia ou queixa-crime pelo Supremo Tribunal Federal;

II — nos crimes de responsabilidade, após a instauração do processo pelo Senado Federal."

E, ao assim dispor, o texto atual nada mais fez do que repetir textos que já existiam nas Constituições anteriores, na Constituição de 67, inclusive na Constituição de 46. A Constituição de 67 dispunha no art. 85:

"Art. 85. 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.

§ 1º Declarada procedente a acusação, o presidente ficará suspenso de suas funções."

E, ainda mais, assim dizia a Constituição de 1946, sendo, pois, uma regra muito antiga, no seu art. 88:

"Art. 88. O presidente da República, depois que a Câmara dos Deputados pelo voto da maioria absoluta dos seus membros, declarar procedente a acusação, será submetido a julgamento perante o Supremo Tribunal Federal nos crimes comuns, ou perante o Senado Federal nos de responsabilidade.

Parágrafo único. Declarada a procedência da acusação, ficará o presidente da República suspenso das suas funções."

Portanto, acredito que o que afirmei está rigorosamente respaldado na Constituição em vigor e nos textos constitucionais anteriores, pelo menos desde a Constituição de 46. Só não consultei a Constituição de 34 e a de 91.

O Sr. Ministro Eduardo Ribeiro: O que entendi claramente V. Exa. dizer, da primeira vez, é que, admitida a acusação, desse ato resultava o afastamento do presidente da República. E isso é que não me parece exato. Se V. Exa. não disse isso, retiro minhas observações, pedindo que me escuse.

O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro: O que eu disse foi o que acabei de ler na cristalinidade dos textos em vigor. Só isso. Se V. Exa. assim não entendeu...

O Sr. Ministro Eduardo Ribeiro: Não, os textos estão claríssimos.

O Sr. Ministro Torreão Braz: O voto de V. Exa. é no sentido de apenas comunicar à Assembléia o recebimento da denúncia.

O Sr. Ministro Assis Toledo: Nessa parte, acompanho o eminente Relator. Só comunicar à Assembléia que foi recebida a denúncia sem maiores considerações.

QUESTÃO DE ORDEM

O Sr. Ministro José de Jesus: Ministro Assis Toledo, V. Exa. deve ter percebido que desde o primeiro instante venho sustentando aqui que a decisão é política e da

Assembléia Legislativa. Apenas li o dispositivo da Constituição de Mato Grosso do Sul, que é taxativo. Isso é problema político deles. Gostaria de deixar claro para V. Exa. que também sou liberal. Entendo que a decisão é política, e cabe à Assembléia resolver o problema: se afasta ou não o governador. No meu voto apenas disse que a Constituição do estado, quando cuida da responsabilidade do governador, diz que ele ficará suspenso das funções, desde que recebida denúncia pelo Superior Tribunal de Justiça.

O Sr. Ministro Assis Toledo: Considero que é competência da Assembléia Legislativa a decisão política de afastamento. Admito que, em determinados crimes que incompatibilizam o exercício da função, o próprio Tribunal possa aplicar a medida provisória de afastamento, mas tem que observar o Código de Processo, que nós não observamos.

VOTO (PRELIMINAR)

O Sr. Ministro Garcia Vieira: Sr. Presidente. Entendo que a suspensão de um governador é ato político, da competência da Assembléia.

Embora admita que esta Corte possa suspender o governador em determinados crimes, como bem frisou o eminente Ministro Assis Toledo, é bom salientar que, no caso, vários ministros desta Corte votaram pelo não recebimento da denúncia. Então, o caso não é assim tão grave. E temos que considerar que o governador está em fim de mandato. Se ele for suspenso automaticamente, e essa decisão sair depois do fim do seu mandato, o que por certo acontecerá, como ele será reparado? Como será a reparação dos milhares de eleitores que votaram nele? Esta Corte tem que ponderar muito e examinar caso a caso.

Assim sendo, Sr. Presidente, acompanho o eminente Ministro Relator.

VOTO (VOGAL)

O Sr. Ministro Edson Vidigal: Sr. Presidente, inicialmente, registro que ainda me mantenho no entendimento que expendi no voto vencido na Ação Penal nº 04-SP, quando me posicionei contra o prévio juízo de admissibilidade da Assembléia Legislativa do estado para o processo e julgamento de governador por este Tribunal (Constituição Federal, art. 105, I, *a*).

Neste caso dispõe a Constituição do estado de Mato Grosso do Sul:

"Art. 63. Compete privativamente à Assembléia Legislativa:

(...)

XVIII — conceder licença para processar o governador do estado nos crimes comuns;

XIX — processar e julgar o governador do estado nos crimes de responsabilidade e os secretários de estado nos crimes da mesma natureza, conexos com os daqueles;

XX — suspender, se declarar procedente a acusação, nos crimes comuns e de responsabilidade, o exercício do mandato do governador do estado, e afastar os secretários de estado, e destituí-los, quando condenados definitivamente."

Há, então, dois juízos de admissibilidade? Já houve um, quando da concessão da licença para o Superior Tribunal de Justiça decidir sobre o recebimento ou não da denúncia (art. 63, XVIII). Agora o Tribunal recebe a denúncia e a Assembléia Legislativa ainda vai submeter essa decisão judicial ao crivo de dois terços dos seus membros para declarar se a acusação, constante da denúncia ora recebida, é procedente ou não?

Não pode ser por aí. Essa declaração de procedência de acusação pela Assembléia Legislativa constitui outro momento político em que a Assembléia Legislativa, diante de denúncia contra o governador do estado por crime de responsabilidade ou por crime comum, pode, desde logo, suspender o exercício do mandato do governador e afastar os seus secretários. Mais tarde, então, havendo condenação definitiva, é que pode destituir todos dos seus cargos.

Esta hipótese não se confunde com a destes autos que acabamos de julgar. Neste caso o Ministério Público ofereceu denúncia a este Tribunal que, por sua vez, pediu licença à Assembléia Legislativa para apreciar e

resolver. A Assembléia concedeu a licença e a denúncia é agora recebida para que se inicie então a instrução criminal. O que o legislador constituinte estadual prescreve neste inciso XX é a possibilidade de penalização do governador com o seu afastamento imediato desde que dois terços dos deputados estaduais, diante de alguma denúncia, entendam que ela é procedente. Sendo crime de responsabilidade, suspende o governador e instaura o processo. Sendo crime comum, suspende o Governador e envia a denúncia, com a declaração de procedência da acusação, a este Superior Tribunal de Justiça. Essa declaração de procedência da acusação supre, a meu ver, a licença prevista no inciso XVIII porque na hipótese de crime comum o processo e julgamento da competência não é da Assembléia, que também não poderia declarar que a acusação contra o governador é procedente, afastá-lo do cargo e sonegar providências, deixando uma acusação procedente sem conseqüências judiciais.

Daí eu entender, *data venia*, que não cabe trazer agora à colação este dispositivo (art. 63, XX) da Constituição estadual, por ser inaplicável à hipótese que agora examinamos.

O afastamento do governador do estado de Mato Grosso do Sul, como conseqüência do recebimento de denúncia apresentada a este Superior Tribunal de Justiça, é hipótese tratada na Constituição do estado de Mato Grosso do Sul:

"Art. 92. O governador ficará suspenso de suas funções:

I — nas infrações penais comuns, se recebida a denúncia, ou queixa-crime, pelo Superior Tribunal de Justiça;

II — nos crimes de responsabilidade, após a instauração do processo pela Assembléia Legislativa, se recebida a denúncia por dois terços de seus membros.

Parágrafo único. Se, decorrido o prazo de cento e oitenta dias, o julgamento não estiver concluído, cessará o afastamento do governador, sem prejuízo do regular processamento do processo."

Há aqui, novamente, clara distinção entre crime comum e crime de responsabilidade na competência política. O crime comum na competência judiciária, o crime de responsabilidade na competência política.

O que a Constituição estadual diz é que "o Governador ficará suspenso de suas funções". É diferente de "o governador será suspenso de suas funções". Em qualquer situação, isso não é conosco. Poderemos até decretar esse afastamento, conforme lembrou o Ministro Assis Toledo, mas conforme cada caso, em providência cautelar.

Aqui apenas me inclino para que se comunique a nossa decisão à Assembléia Legislativa. Suspender ou não o governador em decorrência disso é tarefa que resta à Assembléia Legislativa do estado de Mato Grosso do Sul.

Acompanho, portanto, o eminente Relator.

É o voto.

VOTO (EFEITOS DO RECEBIMENTO DA DENÚNCIA)

O Sr. Ministro José Dantas: Sr. Presidente, a dificuldade aventada após o recebimento da denúncia, e dele conseqüente, realmente se apresenta.

Apreciando a questão, lembro que pedi um aparte ao Ministro Pádua Ribeiro, justamente para frisar que o nosso *leading case* não diz, propriamente, que se aplica diretamente a Constituição Federal ao julgamento dos governadores, no que disponha sobre o julgamento do presidente da República; diz, isso sim, que se aplicam as Constituições estaduais no que elas disponham conforme a Constituição Federal. No caso, a Constituição de Mato Grosso do Sul está conforme a Federal, ao dizer dos efeitos do recebimento da denúncia, que seria a suspensão do governador. Mas, por outra, adianta que essa suspensão não se dará *hic et nunc*, como parece à Constituição Federal, já que dita suspensão é prevista como atribuição exclusiva da Assembléia.

Nesse segundo ponto, estabeleceu-se claramente um juízo político que se diz não estar na Constituição Federal. Tenho dúvida, porém, se estará ou não tal juízo político admitido na expressão "o presidente da República ficará suspenso de suas funções se recebida a denúncia". Há considerar-se que,

no crime comum, essa imediata cassação do direito político de o presidente exercer o mandato causa séria perplexidade, incompatível, aliás, com o sistema da própria Constituição de 88, a exemplo de estabelecer que "ninguém será considerado culpado, senão depois de transitada a sentença condenatória". Como, então, compreender-se que o simples recebimento da denúncia, que a nenhum cidadão causará efeito penal imediato, cause à autoridade de maior hierarquia política tão vexatória pena suspensiva de direitos! Quero crer que a analisada regra constitucional, a conjugar-se com o sistema, deixe em branco um determinado procedimento executório a ser politicamente acionado (possivelmente por regulamentação própria, inserta, talvez, no regimento da Câmara dos Deputados, como há pouco aventou o Sr. Min. Bueno de Souza).

De qualquer modo, entendo ser necessário conciliar-se esse "ficará suspenso" com um processo político que é inerente ao afastamento do governador, cautela que mais se acentua sob o aspecto de o afastamento constituir verdadeira intervenção do Tribunal Federal no governo do estado, cometimento que, a meu ver, não se comporta implícito no poder jurisdicional cingido a julgar o governador.

Sr. Presidente, por essas razões, comprometo-me com a tese de um prévio juízo político, para afastamento do governador de suas funções. Mas admito que, mais cedo ou mais tarde, nesse próprio caso, venhamos a deliberar a respeito dessa segunda regra da Consttiuição do estado do Mato Grosso do Sul, no sentido de interpretarmos se ela está ou não de acordo com a Constituição Federal.

Parece-me absolutamente prudente, em última análise, a medida proposta pelo Sr. Ministro Relator, que é a de simplesmente comunicar à Assembléia o recebimento da denúncia. Voto, pois, com S. Exa.

VOTO

O Sr. Ministro Gueiros Leite: Sr. Presidente, a prudência do Sr. Ministro Relator é a mesma da Constituição da República, no seu art. 86, § 1º, inciso I, que deixa em aberto às constituições estaduais a previsão do procedimento nos casos de suspensão dos seus Governadores, das funções, pela prática de infrações penais comuns.

Acho que esta Corte deve limitar-se a comunicar a decisão à Assembléia Legislativa.

Voto com o Senhor Ministro Relator.

VOTO

O Sr. Ministro William Patterson: Considerando que esta Corte Especial, por maioria, recebeu a denúncia contra o Governador, passo a examinar a situação do Réu Francisco de Lagos Viana Chagas, denunciado pela prática do crime de quebra de sigilo bancário (art. 38, § 7º, da Lei nº 4.595, de 1964).

Com efeito, invocando as mesmas razões jurídicas que me levaram a rejeitar a denúncia no pertinente ao crime da prevaricação, faço-o, também, no que tange ao delito enunciado.

Na verdade, por força do que estabelece a legislação de regência, o referido crime tem como sujeito ativo aquele que pertence a qualquer instituição financeira. É o que se infere dessas normas:

"Art. 38. As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.

(...)

§ 7º A quebra de sigilo de que trata este artigo constitui crime e sujeita os responsáveis à pena de reclusão, de um a quatro anos, aplicando-se, no que couber, o Código Penal e o Código de Processo Penal, sem prejuízo de outras sanções cabíveis."

O acusado não exercia qualquer função no estabelecimento bancário da ocorrência, nem tinha, por qualquer razão, acesso às informações do mesmo. É certo que se alude à sua atuação em representação contra o Governador, onde ofereceu documentação que, no seu entender, era comprometedora. Ora, se esses documentos foram fornecidos por servidores do Banco, como se alega, parece evidente que deveriam também esses ser denunciados, pois são aqueles que, em tese, detêm a condição de sujeito ativo. A

falta de denúncia, em tal circunstância, afasta de qualquer responsabilidade, o acusado do crime que lhe imputou a acusação. Na pior das hipóteses ter-se-ia de apurar a existência de outra infração, decorrente da maneira como obteve a documentação que se diz sigilosa, jamais, porém, de reconhecer a ocorrência da quebra de sigilo bancário. Parece óbvio que essa quebra só pode ser atribuída a quem tem em seu poder, em razão do exercício de atividade funcional, informações e documentos sobre os quais deva manter o sigilo. Francisco de Lagos Viana Chagas, por não guardar tal qualificação, nunca poderia ser o autor da quebra de sigilo.

Ante o exposto, rejeito a denúncia no que tange ao crime de quebra de sigilo bancário.

EXTRATO DA ATA

Apn 15-MS (89.0007068-1). — Rel. O Sr. Ministro Bueno de Souza. Autor: Ministério Público Federal. Réus: Marcelo Miranda Soares, Guilherme Rodrigues da Cunha, José Rodrigues Dias e Francisco de Lagos Viana Chagas. Advogados: Drs. Cyrio Falcão e Outro, Waldir Trancoso Peres, Antônio Cunha Lacerda Leite e Outro.

Decisão: a Corte Especial, por unanimidade, rejeitou a preliminar suscitada pela defesa. No mérito, por maioria, recebeu a denúncia em relação aos acusados Marcelo Miranda Soares, Guilherme Rodrigues da Cunha e José Rodrigues Dias, vencidos os Senhores Ministros William Patterson, Américo Luz, Flaquer Scartezzini, Geraldo Sobral, Eduardo Ribeiro, Assis Toledo e Gueiros Leite. E rejeitou a denúncia, por unanimidade, em relação ao acusado Francisco de Lagos Viana Chagas. Deliberou, ainda, por maioria, comunicar a decisão à Assembléia Legislativa do estado do Mato Grosso do Sul, vencidos os Srs. Ministros Pádua Ribeiro e Nilson Naves. (Em 11.10.90 — Corte Especial)

Os Srs. Ministros Carlos Thibau, Costa Leite e Athos Carneiro não compareceram à Sessão por motivo justificado.

Presidiu o julgamento o Exmo. Sr. Ministro Torreão Braz.