Revista Trimestral de Jurisprudência

volume 213
julho a setembro de 2010

STF
SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Diretoria-Geral
Alcides Diniz da Silva

Secretaria de Documentação
Janeth Aparecida Dias de Melo

Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência
Leide Maria Soares Corrêa Cesar

Seção de Preparo de Publicações
Cíntia Machado Gonçalves Soares

Seção de Padronização e Revisão
Rochelle Quito

Seção de Distribuição de Edições
Maria Cristina Hilário da Silva

Diagramação: Luiza Superti Pantoja

Capa: Núcleo de Programação Visual

(Supremo Tribunal Federal — Biblioteca Ministro Victor Nunes Leal)

Revista Trimestral de Jurisprudência / Supremo Tribunal Federal. – V. 1, n. 1 (abr./jun. 1957) - . – Brasília : STF, 1957- .

v. ; 22 x 16 cm.
Trimestral.
Título varia: RTJ.
Repositório Oficial de Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal.
Nome do editor varia: Imprensa Nacional / Supremo Tribunal Federal, 1957 a 2001; Editora Brasília Jurídica, 2002 a 2006; Supremo Tribunal Federal, 2007- .
Disponível também em formato eletrônico a partir de abr. 1957: http://www.stf.jus.br/portal/indiceRtj/pesquisarIndiceRtj.asp.
ISSN 0035-0540.

1. Tribunal supremo, jurisprudência, Brasil. 2. Tribunal supremo, periódico, Brasil. I. Brasil. Supremo Tribunal Federal (STF). Coordenadoria de Divulgação de Jurisprudência. II. Título: RTJ.

CDD 340.6

Solicita-se permuta.
Pídese canje.
On demande l'échange.
Si richiede lo scambio.
We ask for exchange.
Wir bitten um Austausch.

STF/CDJU
Anexo II, Cobertura
Praça dos Três Poderes
70175-900 – Brasília-DF
rtj@stf.jus.br
Fone: (0xx61) 3217-4766

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL

Ministro Antonio CEZAR PELUSO (25-6-2003), Presidente
Ministro Carlos Augusto AYRES de Freitas BRITTO (25-6-2003), Vice-Presidente
Ministro José CELSO DE MELLO Filho (17-8-1989)
Ministro MARCO AURÉLIO Mendes de Farias Mello (13-6-1990)
Ministra ELLEN GRACIE Northfleet (14-12-2000)
Ministro GILMAR Ferreira MENDES (20-6-2002)
Ministro JOAQUIM Benedito BARBOSA Gomes (25-6-2003)
Ministro EROS Roberto GRAU (30-6-2004)
Ministro Enrique RICARDO LEWANDOWSKI (16-3-2006)
Ministra CÁRMEN LÚCIA Antunes Rocha (21-6-2006)
Ministro José Antonio DIAS TOFFOLI (23-10-2009)

COMPOSIÇÃO DAS TURMAS

PRIMEIRA TURMA

Ministro Enrique RICARDO LEWANDOWSKI, Presidente
Ministro MARCO AURÉLIO Mendes de Farias Mello
Ministro Carlos Augusto AYRES de Freitas BRITTO
Ministra CÁRMEN LÚCIA Antunes Rocha
Ministro José Antonio DIAS TOFFOLI

SEGUNDA TURMA

Ministro EROS Roberto GRAU, Presidente
Ministro José CELSO DE MELLO Filho
Ministra ELLEN GRACIE Northfleet
Ministro GILMAR Ferreira MENDES
Ministro JOAQUIM Benedito BARBOSA Gomes

PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

Doutor ROBERTO MONTEIRO GURGEL SANTOS

COMPOSIÇÃO DAS COMISSÕES

COMISSÃO DE REGIMENTO

Ministro MARCO AURÉLIO
Ministro GILMAR MENDES
Ministra CÁRMEN LÚCIA
Ministro DIAS TOFFOLI – Suplente

COMISSÃO DE JURISPRUDÊNCIA

Ministra ELLEN GRACIE
Ministro AYRES BRITTO
Ministro JOAQUIM BARBOSA

COMISSÃO DE DOCUMENTAÇÃO

Ministro CELSO DE MELLO
Ministro EROS GRAU
Ministro DIAS TOFFOLI

COMISSÃO DE COORDENAÇÃO

Ministro GILMAR MENDES
Ministro EROS GRAU
Ministro RICARDO LEWANDOWSKI

SUMÁRIO

Pág.

ACÓRDÃOS 9

ÍNDICE ALFABÉTICO 723

ÍNDICE NUMÉRICO 749

ACÓRDÃOS

TERCEIRA QUESTÃO DE ORDEM EM MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DECLARATÓRIA DE CONSTITUCIONALIDADE 18 — DF
(ADC 18-MC na *RTJ* 210/50)

Relator: O Sr. Ministro Celso de Mello

Requerente: Presidente da República — Interessados: Federação das Indústrias no Estado de Mato Grosso – FIEMT, Confederação Nacional da Indústria – CNI, Confederação Nacional do Comércio – CNC, Confederação Nacional do Transporte – CNT, Estado do Acre, Estado do Amazonas, Estado da Bahia, Estado do Ceará, Estado de Goiás, Estado de Mato Grosso do Sul, Estado do Pará, Estado da Paraíba, Estado de Pernambuco, Estado do Piauí, Estado do Rio de Janeiro, Estado do Rio Grande do Norte, Estado do Rio Grande do Sul, Estado de Santa Catarina, Estado de São Paulo, Estado de Sergipe e Distrito Federal

Terceira questão de ordem – Ação declaratória de constitucionalidade – Provimento cautelar – Prorrogação de sua eficácia por mais 180 (cento e oitenta) dias – Outorga da medida cautelar com efeito *ex nunc* (regra geral) – A questão do início da eficácia do provimento cautelar em sede de fiscalização abstrata de constitucionalidade – Efeitos que se produzem, ordinariamente, a partir da publicação, no *DJe*, da ata do julgamento que deferiu (ou prorrogou) referida medida cautelar, ressalvadas situações excepcionais expressamente reconhecidas pelo próprio Supremo Tribunal Federal – Precedentes (Rcl 3.309-MC/ES, Rel. Min. Celso de Mello, *v.g.*) – Cofins e PIS/Pasep – Faturamento (CF, art. 195, I, *b*) – Base de cálculo – Exclusão do valor pertinente ao ICMS – Lei 9.718/1998, art. 3º, § 2º, inciso I – Prorrogação deferida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a Presidência do Ministro Cezar Peluso (RISTF, art. 37, I), na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria de votos e nos termos do voto do Relator, vencido o Ministro Marco Aurélio, em resolver a questão de ordem no sentido de prorrogar, pela última vez, por mais 180 (cento e oitenta) dias, a eficácia da medida cautelar anteriormente deferida. Votou o Presidente. Ausentes, justificadamente, os Ministros Gilmar Mendes (Presidente) e Eros Grau e, licenciado, o Ministro Joaquim Barbosa.

Brasília, 25 de março de 2010 — Celso de Mello, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Celso de Mello: **Trata-se** de ação declaratória de constitucionalidade, **promovida** pelo Senhor Presidente da República, **ajuizada** com o objetivo **de ver confirmada a legitimidade constitucional** da inclusão, **na base de cálculo** da COFINS **e** do PIS/PASEP, **do valor** correspondente ao ICMS.

Registro, por oportuno, **que a presente** ação declaratória de constitucionalidade **foi distribuída**, originariamente, **ao eminente** Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE, **sucedido**, nesta Suprema Corte, **por efeito de sua aposentadoria**, pelo saudoso **e** eminente Ministro MENEZES DIREITO.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, na sessão de 13-8-2008, **ao examinar** o pedido de medida cautelar, **proferiu** decisão consubstanciada em acórdão assim ementado (fls. 964/965):

> ***Medida cautelar. Ação declaratória de constitucionalidade. Art. 3º, § 2º, inciso I, da Lei 9.718/1998. Cofins e PIS/Pasep. Base de cálculo. Faturamento (art. 195, inciso I, alínea "b", da CF). Exclusão do valor relativo ao ICMS.***
>
> ***1. O controle direto de constitucionalidade*** *precede o controle difuso, não obstando o ajuizamento da ação direta o curso do julgamento do recurso extraordinário.*
>
> ***2. Comprovada a divergência jurisprudencial*** *entre Juízes e Tribunais pátrios* ***relativamente*** *à possibilidade de incluir o valor do ICMS na base de cálculo da Cofins e do PIS/Pasep,* ***cabe deferir a medida cautelar*** *para suspender o julgamento* ***das demandas*** *que envolvam a aplicação do art. 3º, § 2º, inciso I, da Lei 9.718/1998.*
>
> ***3. Medida cautelar deferida****, excluídos desta os processos em andamentos no Supremo Tribunal Federal.*
>
> (Grifei.)

Em 4-2-2009, **o Plenário** do Supremo Tribunal Federal, **tendo presente** a regra **inscrita** no parágrafo único do art. 21 da Lei 9.868/1999, **resolveu** questão de ordem **no sentido** de prorrogar, **nos termos** do voto do Relator, **por mais**

cento e oitenta (180) dias, **o prazo** de eficácia da medida cautelar **anteriormente** concedida, **proferindo** decisão que está assim ementada (fl. 982):

> ***Questão de ordem. Medida cautelar. Ação declaratória de constitucionalidade. Art. 3º, § 2º, inciso I, da Lei 9.718/1998. Cofins e PIS/Pasep. Base de cálculo. Faturamento*** *(art. 195, inciso I, alínea "b", da CF).* ***Exclusão do valor relativo ao ICMS. Prorrogação da vigência da medida cautelar.***
>
> ***Em virtude*** *da proximidade do término do prazo de vigência da medida cautelar (****art. 21*** *da Lei 9.868/1999),* ***nos mesmos moldes*** *do que decidiu esta Corte* ***na ADPF 130-QO****, da relatoria do Ministro Carlos Britto,* ***resolve-se*** *a questão de ordem* ***para a extensão*** *da eficácia da liminar* ***por mais*** *180 (cento e oitenta dias),* ***a contar*** *desta data.*
>
> **(Grifei.)**

Em 16-9-2009, após o decurso do período de 180 dias, esta Suprema Corte, **resolvendo nova** questão de ordem, **desta vez** proposta pelo eminente Ministro GILMAR MENDES, **prorrogou**, uma vez mais, **por mais** cento e oitenta (180) dias, **a eficácia** da medida cautelar em questão, **fazendo-o** em acórdão assim ementado (fl. 1453):

> ***Questão de ordem. 2. Medida cautelar*** *em ação declaratória de constitucionalidade.* ***3. Art. 3º, § 2º, inciso I****, da Lei 9.718/1998.* ***4. Prorrogação da eficácia da medida cautelar*** *por mais 180 (cento e oitenta) dias.*
>
> **(Grifei.)**

O eminente Ministro GILMAR MENDES, **em face** do falecimento do saudoso **e** eminente Ministro MENEZES DIREITO, **determinou a redistribuição** dos presentes autos, **cabendo-me**, *agora*, **a condição** de Relator desta causa.

Em razão do decurso do período de 180 (cento e oitenta) dias, **contado** da data **em que publicada**, **em 28-9-2009**, a Ata 23, de 16-9-2009 (**DJ*e*** 182, **divulgado** em 25-9-2009), **referente** ao julgamento **da segunda** questão de ordem, **proponho**, em terceira **e** última questão de ordem, **a prorrogação** da eficácia da medida cautelar **anteriormente** deferida por este Supremo Tribunal Federal (**Lei 9.868/1999**, art. 21, **parágrafo único**).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Celso de Mello (Relator): **Proponho**, Senhor Presidente **e** Senhores Ministros, **nesta** terceira **e última** questão de ordem, **a prorrogação**, por 180 (cento e oitenta) dias, **da eficácia** da medida cautelar **deferida** nos autos **da presente** ADC 18/DF.

Assinalo, por oportuno, que buscarei julgar, **em caráter definitivo**, a presente causa **antes mesmo** que se esgote o prazo, cuja prorrogação **estou ora propondo** a este E. Plenário.

Esclareço que a referência **à data de publicação da ata** correspondente **à última** prorrogação do prazo de vigência da medida cautelar **observou**, no ponto, **a jurisprudência** desta Corte.

Com efeito, o Supremo Tribunal Federal, **ao definir** o momento **de início** da eficácia do provimento cautelar **deferido** em sede de controle normativo abstrato, **tem assinalado** que o termo inicial situa-se, **ordinariamente**, na data em que divulgada, no órgão oficial, **a ata** referente à sessão de julgamento, **como o evidencia decisão** do Plenário desta Corte, **consubstanciada** em acórdão assim ementado:

> ***EFICÁCIA DA MEDIDA CAUTELAR DEFERIDA EM AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE.***
>
> *– **A medida cautelar**, em ação direta de inconstitucionalidade, **reveste-se, ordinariamente**, de eficácia "**ex nunc**", "**operando**, portanto, **a partir** do momento em que o Supremo Tribunal Federal a defere" (**RTJ** 124/80). **Excepcionalmente**, no entanto, a medida cautelar **poderá** projetar-se com eficácia "**ex tunc**", **com repercussão** sobre situações pretéritas (**RTJ** 138/86). **A excepcionalidade** da eficácia "**ex tunc**" **impõe** que o Supremo Tribunal Federal **expressamente** a determine no acórdão **concessivo** da medida cautelar.*
>
> ***A ausência de determinação expressa importa** em outorga de eficácia "**ex nunc**" à suspensão cautelar de aplicabilidade da norma estatal impugnada em ação direta. **Concedida** a medida cautelar (**que se reveste** de caráter temporário), **a eficácia** "**ex nunc**" (regra geral) "**tem seu início** marcado **pela publicação da ata** da sessão de julgamento no Diário da Justiça da União, **exceto** em casos excepcionais a serem examinados pelo Presidente do Tribunal, de maneira a garantir a eficácia da decisão" (**ADI 711-QO/AM**, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA).*
>
> *– **A declaração de inconstitucionalidade**, no entanto, que se reveste de caráter definitivo, sempre **retroage** ao momento em que surgiu, no sistema de direito positivo, o ato estatal atingido pelo pronunciamento judicial (nulidade "**ab initio**"). **É que** atos inconstitucionais são nulos **e** desprovidos de qualquer carga de eficácia jurídica (**RTJ** 146/461).*
>
> (**ADI 1.434-MC/SP**, Rel. Min. CELSO DE MELLO.)

Cabe assinalar, por relevante, que essa orientação **tem sido observada** na prática processual desta Corte (**ADI 711-QO/AM**, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA – **Rcl 2.576/SC**, Rel. Min. ELLEN GRACIE – **RTJ 164/506-509**, Rel. Min. CELSO DE MELLO):

> ***CONTROLE NORMATIVO ABSTRATO. CONCESSÃO, COM EFEITO "EX NUNC", DE MEDIDA CAUTELAR. A QUESTÃO DO INÍCIO DA EFICÁCIA DO PROVIMENTO CAUTELAR SUSPENSIVO DA APLICABILIDADE DOS ATOS NORMATIVOS QUESTIONADOS EM SEDE DE AÇÃO DIRETA. EFEITOS QUE SE PRODUZEM, ORDINARIAMENTE, A PARTIR DA PUBLICAÇÃO, NO DIÁRIO DA JUSTIÇA DA UNIÃO, DA ATA DE JULGAMENTO DO PEDIDO DE MEDIDA CAUTELAR, RESSALVADAS SITUAÇÕES EXCEPCIONAIS EXPRESSAMENTE RECONHECIDAS PELO PRÓPRIO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PRECEDENTES: ADI 711-QO/AM, REL. MIN. NÉRI DA SILVEIRA – RCL 2.576/SC, REL. MIN. ELLEN GRACIE – RTJ 164/506-509, REL.***

*MIN. CELSO DE MELLO. **AUSÊNCIA** DE RECONHECIMENTO, NA ESPÉCIE, **DE QUALQUER** SITUAÇÃO DE EXCEPCIONALIDADE. **RECLAMAÇÃO** AJUIZADA **PARA IMPUGNAR** ATOS PRATICADOS **EM MOMENTO ANTERIOR AO INÍCIO DA EFICÁCIA** DA MEDIDA CAUTELAR **DEFERIDA** EM PROCESSO DE FISCALIZAÇÃO CONCENTRADA DE CONSTITUCIONALIDADE. **INADEQUAÇÃO** DO INSTRUMENTO RECLAMATÓRIO, **CONSIDERADA** A SUA ESPECÍFICA DESTINAÇÃO CONSTITUCIONAL (**RTJ** 134/1033). **CONSEQUENTE INADMISSIBILIDADE** DA RECLAMAÇÃO, **EIS QUE NÃO CARACTERIZADA**, NA ESPÉCIE, **HIPÓTESE DE DESRESPEITO** À AUTORIDADE DO JULGAMENTO EMANADO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.*
(**Rcl 3.309-MC/ES**, Rel. Min. CELSO DE MELLO.)

Com estas considerações, Senhor Presidente, **submeto**, a este E. Plenário, **a proposta** de prorrogação, **pela última vez**, por mais 180 (cento e oitenta) dias, **da eficácia** da medida cautelar **anteriormente** deferida.

É o meu voto.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, todos estão lembrados de que esta ação declaratória de constitucionalidade atropelou um recurso extraordinário que se encontrava em julgamento, já com maioria formada em benefício dos contribuintes, mostrando-se até mesmo excepcional. A liminar, prevista na Lei 9.868/1999, é de contornos, quase, para mim, inconstitucionais, porque implica a suspensão da jurisdição, inclusive do Supremo, como ocorreu relativamente ao recurso extraordinário. É previsto o prazo de cento e oitenta dias – que é peremptório – para a vigência da liminar e, decorrido esse prazo, há a perda da eficácia.

Compreendo, Presidente, os incidentes verificados quanto à relatoria deste processo – a aposentadoria do Ministro Pertence e, depois, a morte do Ministro Menezes Direito –, e também compreendo que a carga de processos, no Supremo, é invencível. Não se tem como bem conciliar celeridade e conteúdo. Sempre digo que, se tiver que fazer opção, farei sempre pelo conteúdo das decisões.

Para manter-me coerente, porque fiquei vencido – o Ministro Celso de Mello lembrou-nos, ficamos vencidos quando da concessão da liminar, inicialmente –, peço vênia para entender que não cabe esta terceira prorrogação do prazo de vigência da medida acauteladora.

EXTRATO DA ATA

ADC 18-MC-QO3 — Relator: Ministro Celso de Mello. Requerente: Presidente da República (Advogado: Advogado-Geral da União). Interessados: Federação das Indústrias no Estado de Mato Grosso – FIEMT (Advogado: Victor Humberto Maizman), Confederação Nacional da Indústria – CNI (Advogado: Cassio Augusto Muniz Borges), Confederação Nacional do Comércio – CNC (Advogado: Bruno Murat do Pillar), Confederação Nacional do Transporte – CNT

(Advogado: Marco André Dunley Gomes), Estado do Acre (Advogado: Procuradoria-Geral do Estado do Acre), Estado do Amazonas (Advogado: Procuradoria-Geral do Estado do Amazonas), Estado da Bahia (Advogado: Procuradoria-Geral do Estado da Bahia), Estado do Ceará (Advogado: Procuradoria-Geral do Estado do Ceará), Estado de Goiás (Advogado: Procuradoria-Geral do Estado de Goiás), Estado de Mato Grosso do Sul (Advogado: Procuradoria-Geral do Estado de Mato Grosso do Sul), Estado do Pará (Advogado: Procuradoria-Geral do Estado do Pará), Estado da Paraíba (Advogados: Procuradoria-Geral do Estado da Paraíba e Rodrigo de Sá Queiroga e outro), Estado de Pernambuco (Advogado: Procuradoria-Geral do Estado de Pernambuco), Estado do Piauí (Advogado: Procuradoria-Geral do Estado do Piauí), Estado do Rio de Janeiro (Advogado: Procuradoria-Geral do Estado do Rio de Janeiro), Estado do Rio Grande do Norte (Advogado: Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Norte), Estado do Rio Grande do Sul (Advogado: Procuradoria-Geral do Estado do Rio Grande do Sul), Estado de Santa Catarina (Advogado: Procuradoria-Geral do Estado de Santa Catarina), Estado de São Paulo (Advogado: Procuradoria-Geral do Estado de São Paulo), Estado de Sergipe (Advogado: Procuradoria-Geral do Estado de Sergipe) e Distrito Federal (Advogado: Procuradoria-Geral do Distrito Federal).

Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, vencido o Ministro Marco Aurélio, resolveu a questão de ordem no sentido de prorrogar, pela última vez, por mais 180 (cento e oitenta) dias, a eficácia da medida cautelar anteriormente deferida. Votou o Presidente. Ausentes, justificadamente, os Ministros Gilmar Mendes (Presidente) e Eros Grau e, licenciado, o Ministro Joaquim Barbosa. Presidiu o julgamento o Ministro Cezar Peluso (Vice-Presidente).

Presidência do Ministro Cezar Peluso (Vice-Presidente). Presentes à sessão os Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Ayres Britto, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Dias Toffoli. Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.

Brasília, 25 de março de 2010 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

———

AGRAVO REGIMENTAL NO HABEAS DATA 87 — DF

Relatora: A Sra. Ministra Cármen Lúcia

Agravante: Confederação do Elo Social Brasil — Agravados: Abelardo Camarinha e outros

***Habeas data*. Ausência de comprovação de resistência ao fornecimento das informações: art. 8º, parágrafo único, inciso I, da Lei 9.507/1997. Ausência de interesse de agir. Informações relativas a terceiros. Agravo regimental não provido.**

1. A ausência da comprovação da recusa ao fornecimento das informações, nos termos do art. 8º, parágrafo único, inciso I, da Lei 9.507/1997, caracteriza falta de interesse de agir na impetração. Precedente: RHD 22, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ* de 1º-9-1995.

2. O *habeas data* não se presta para solicitar informações relativas a terceiros, pois, nos termos do inciso LXXII do art. 5º da Constituição da República, sua impetração deve ter por objetivo "assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante".

Agravo regimental não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a Presidência do Ministro Celso de Mello, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade, em negar provimento ao agravo regimental no *habeas data*, nos termos do voto da Relatora. Ausentes, em representação do Tribunal no exterior, os Ministros Gilmar Mendes (Presidente) e Cezar Peluso (Vice-Presidente).

Brasília, 25 de novembro de 2009 — Cármen Lúcia, Relatora.

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: 1. Agravo regimental contra decisão pela qual, com fundamento no art. 21, § 1º, do Regimento Interno deste Supremo Tribunal Federal, neguei seguimento ao *habeas data* pela manifesta carência de fundamentação jurídica.

A negativa de seguimento do *habeas data* está fundamentada: a) na falta de interesse de agir da Impetrante, na linha da jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal; b) e na circunstância de a Impetrante pleitear informações relativas a terceiros e não a si mesmo, objeto para o qual não se presta o *habeas data*.

2. A Impetrante apenas insiste na necessidade de se determinar "a citação de todos os deputados a, no prazo de lei, informarem nos autos se têm ou

não parentes empregados junto ao legislativo, ficando expresso no mandado de notificação que o silêncio será interpretado como uma negativa e, desta forma, se posteriormente for constatada a existência de parentes em desacordo com a regulamentação judicial, deverá o parlamentar responder por quebra de decoro parlamentar e consecutiva perda do mandato" (fl. 37).

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): 1. A decisão agravada está lastreada na jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal sobre a matéria e em respeitado ensinamento doutrinário.

A exigência do art. 8º, parágrafo único, inciso I, da Lei 9.507/1997, de que a impetração deverá estar acompanhada da comprovação "da recusa ao acesso às informações ou do decurso de mais de 10 (dez) dias sem decisão", foi afirmada pelo Plenário deste Supremo Tribunal Federal no julgamento do RHD 22, Rel. para o acórdão Ministro Celso de Mello, *DJ* de 1º-9-1995, segundo o qual:

> *Habeas data – Natureza jurídica – Regime do poder visível como pressuposto da ordem democrática – A jurisdição constitucional das liberdades – Serviço Nacional de Informações (SNI) – Acesso não recusado aos registros estatais – Ausência do interesse de agir – Recurso improvido.*
>
> – A Carta Federal, ao proclamar os direitos e deveres individuais e coletivos, enunciou preceitos básicos, cuja compreensão é essencial à caracterização da ordem democrática como um regime do poder visível.
>
> – O modelo político-jurídico, plasmado na nova ordem constitucional, rejeita o poder que oculta e o poder que se oculta. Com essa vedação, pretendeu o constituinte tornar efetivamente legítima, em face dos destinatários do poder, a prática das instituições do Estado.
>
> – O *habeas data* configura remédio jurídico-processual, de natureza constitucional, que se destina a garantir, em favor da pessoa interessada, o exercício de pretensão jurídica discernível em seu tríplice aspecto: (a) direito de acesso aos registros; (b) direito de retificação dos registros e (c) direito de complementação dos registros.
>
> – Trata-se de relevante instrumento de ativação da jurisdição constitucional das liberdades, a qual representa, no plano institucional, a mais expressiva reação jurídica do Estado às situações que lesem, efetiva ou potencialmente, os direitos fundamentais da pessoa, quaisquer que sejam as dimensões em que estes se projetem.
>
> – O acesso ao *habeas data* pressupõe, dentre outras condições de admissibilidade, a existência do interesse de agir. Ausente o interesse legitimador da ação, torna-se inviável o exercício desse remédio constitucional.
>
> – A prova do anterior indeferimento do pedido de informação de dados pessoais, ou da omissão em atendê-lo, constitui requisito indispensável para que se concretize o interesse de agir no *habeas data*. Sem que se configure situação prévia de pretensão resistida, há carência da ação constitucional do *habeas data*.

2. Ademais, a Agravante pleiteia informações relativas a terceiros, finalidade para a qual não se presta o *habeas data*, pois, nos termos do inciso LXXII do art. 5º da Constituição brasileira:

> LXXII – conceder-se-á *habeas data*:
> a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público;
> b) para a retificação de dados, quando não se prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo;

Conforme posto na decisão agravada, José Afonso da Silva acentua que "o objeto do *habeas data* consiste em assegurar: a) o direito ao acesso e conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais e de entidades de caráter público; b) o direito à retificação desses dados, importando, isso, atualização, correção e até supressão, quando incorretos. (...) *Vê-se que o direito de conhecer e retificar os dados assim como o de interpor o habeas data para fazer valer esse direito, quando não espontaneamente prestados, são* **personalíssimos** *do titular dos dados, do impetrante* (...)" (SILVA, José Afonso. *Comentário contextual à Constituição.* São Paulo: Malheiros, 2007. p. 168 – grifos nossos).

Não se presta, pois, o *habeas data* para o acesso a dados ou à sua retificação de terceiros, como o que na presente ação se expõe como pretensão.

3. Sendo estes os fundamentos da decisão agravada e não tendo a Agravante os infirmado, **nego provimento ao agravo regimental**.

EXTRATO DA ATA

HD 87-AgR/DF — Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Agravante: Confederação do Elo Social Brasil (Advogado: Jomateleno dos Santos Teixeira). Agravados: Abelardo Camarinha e outros.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto da Relatora, negou provimento ao recurso de agravo. Ausentes, porque em representação do Tribunal no exterior, os Ministros Gilmar Mendes (Presidente) e Cezar Peluso (Vice-Presidente). Presidiu o julgamento o Ministro Celso de Mello (art. 37, I, RI).

Presidência do Ministro Celso de Mello (art. 37, I, RI). Presentes à sessão os Ministros Marco Aurélio, Ellen Gracie, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Eros Grau, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Dias Toffoli. Vice-Procuradora-Geral da República, Dra. Deborah Macedo Duprat de Brito Pereira.

Brasília, 25 de novembro de 2009 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

ARGUIÇÃO DE DESCUMPRIMENTO DE PRECEITO FUNDAMENTAL 130 — DF

(ADPF 130-QO na *RTJ* 208/11)

Relator: O Sr. Ministro Carlos Ayres Britto

Arguente: Partido Democrático Trabalhista – PDT — Arguidos: Presidente da República e Congresso Nacional — Interessados: Federação Nacional dos Jornalistas Profissionais – FENAJ, Associação Brasileira de Imprensa – ABI e Artigo 19 Brasil

Arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF). Lei de Imprensa. Adequação da ação. Regime constitucional da "liberdade de informação jornalística", expressão sinônima de liberdade de imprensa. A "plena" liberdade de imprensa como categoria jurídica proibitiva de qualquer tipo de censura prévia. A plenitude da liberdade de imprensa como reforço ou sobretutela das liberdades de manifestação do pensamento, de informação e de expressão artística, científica, intelectual e comunicacional. Liberdades que dão conteúdo às relações de imprensa e que se põem como superiores bens de personalidade e mais direta emanação do princípio da dignidade da pessoa humana. O capítulo constitucional da comunicação social como segmento prolongador das liberdades de manifestação do pensamento, de informação e de expressão artística, científica, intelectual e comunicacional. Transpasse da fundamentalidade dos direitos prolongados ao capítulo prolongador. Ponderação diretamente constitucional entre blocos de bens de personalidade: o bloco dos direitos que dão conteúdo à liberdade de imprensa e o bloco dos direitos à imagem, honra, intimidade e vida privada. Precedência do primeiro bloco. Incidência *a posteriori* do segundo bloco de direitos, para o efeito de assegurar o direito de resposta e assentar responsabilidades penal, civil e administrativa, entre outras consequências do pleno gozo da liberdade de imprensa. Peculiar fórmula constitucional de proteção a interesses privados que, mesmo incidindo *a posteriori*, atua sobre as causas para inibir abusos por parte da imprensa. Proporcionalidade entre liberdade de imprensa e responsabilidade civil por danos morais e materiais a terceiros. Relação de mútua causalidade entre liberdade de imprensa e democracia. Relação de inerência entre pensamento crítico e imprensa livre. A imprensa como instância natural de formação da opinião pública e como alternativa à versão oficial dos fatos. Proibição de monopolizar ou oligopolizar órgãos de imprensa como novo e autônomo fator de inibição de abusos. Núcleo da liberdade de imprensa e matérias apenas perifericamente de imprensa. Autorregulação e regulação social da atividade de imprensa. Não recepção em bloco

da Lei 5.250/1967 pela nova ordem constitucional. Efeitos jurídicos da decisão. Procedência da ação.

1. Arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF). Lei de Imprensa. Adequação da ação. A ADPF, fórmula processual subsidiária do controle concentrado de constitucionalidade, é via adequada à impugnação de norma pré-constitucional. Situação de concreta ambiência jurisdicional timbrada por decisões conflitantes. Atendimento das condições da ação.

2. Regime constitucional da liberdade de imprensa como reforço das liberdades de manifestação do pensamento, de informação e de expressão em sentido genérico, de modo a abarcar os direitos à produção intelectual, artística, científica e comunicacional. A Constituição reservou à imprensa todo um bloco normativo, com o apropriado nome "Da Comunicação Social" (Capítulo V do Título VIII). A imprensa como plexo ou conjunto de "atividades" ganha a dimensão de instituição-ideia, de modo a poder influenciar cada pessoa de *per se* e até mesmo formar o que se convencionou chamar de opinião pública. Pelo que ela, Constituição, destinou à imprensa o direito de controlar e revelar as coisas respeitantes à vida do Estado e da própria sociedade. A imprensa como alternativa à explicação ou versão estatal de tudo que possa repercutir no seio da sociedade e como garantido espaço de irrupção do pensamento crítico em qualquer situação ou contingência. Entendendo-se por pensamento crítico o que, plenamente comprometido com a verdade ou essência das coisas, se dota de potencial emancipatório de mentes e espíritos. O corpo normativo da Constituição brasileira sinonimiza liberdade de informação jornalística e liberdade de imprensa, rechaçante de qualquer censura prévia a um direito que é signo e penhor da mais encarecida dignidade da pessoa humana, assim como do mais evoluído estado de civilização.

3. O capítulo constitucional da comunicação social como segmento prolongador de superiores bens de personalidade que são a mais direta emanação da dignidade da pessoa humana: a livre manifestação do pensamento e o direito à informação e à expressão artística, científica, intelectual e comunicacional. Transpasse da natureza jurídica dos direitos prolongados ao capítulo constitucional sobre a comunicação social. O art. 220 da Constituição radicaliza e alarga o regime de plena liberdade de atuação da imprensa, porquanto fala: a) que os mencionados direitos de personalidade (liberdade de pensamento, criação, expressão e informação) estão a salvo de qualquer restrição em seu exercício, seja qual for o suporte físico ou tecnológico de sua veiculação; b) que tal exercício não se sujeita a outras disposições que não sejam as

figurantes dela própria, Constituição. A liberdade de informação jornalística é versada pela Constituição Federal como expressão sinônima de liberdade de imprensa. Os direitos que dão conteúdo à liberdade de imprensa são bens de personalidade que se qualificam como sobredireitos. Daí que, no limite, as relações de imprensa e as relações de intimidade, vida privada, imagem e honra são de mútua excludência, no sentido de que as primeiras se antecipam, no tempo, às segundas; ou seja, antes de tudo prevalecem as relações de imprensa como superiores bens jurídicos e natural forma de controle social sobre o poder do Estado, sobrevindo as demais relações como eventual responsabilização ou consequência do pleno gozo das primeiras. A expressão constitucional "observado o disposto nesta Constituição" (parte final do art. 220) traduz a incidência dos dispositivos tutelares de outros bens de personalidade, é certo, mas como consequência ou responsabilização pelo desfrute da "plena liberdade de informação jornalística" (§ 1º do mesmo art. 220 da Constituição Federal). Não há liberdade de imprensa pela metade ou sob as tenazes da censura prévia, inclusive a procedente do Poder Judiciário, pena de se resvalar para o espaço inconstitucional da prestidigitação jurídica. Silenciando a Constituição quanto ao regime da internet (rede mundial de computadores), não há como se lhe recusar a qualificação de território virtual livremente veiculador de ideias e opiniões, debates, notícias e tudo o mais que signifique plenitude de comunicação.

4. Mecanismo constitucional de calibração de princípios. O art. 220 é de instantânea observância quanto ao desfrute das liberdades de pensamento, criação, expressão e informação que, de alguma forma, se veiculem pelos órgãos de comunicação social. Isto sem prejuízo da aplicabilidade dos seguintes incisos do art. 5º da mesma Constituição Federal: vedação do anonimato (parte final do inciso IV); do direito de resposta (inciso V); direito a indenização por dano material ou moral à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem das pessoas (inciso X); livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer (inciso XIII); direito ao resguardo do sigilo da fonte de informação, quando necessário ao exercício profissional (inciso XIV). Lógica diretamente constitucional de calibração temporal ou cronológica na empírica incidência desses dois blocos de dispositivos constitucionais (o art. 220 e os mencionados incisos do art. 5º). Noutros termos, primeiramente, assegura-se o gozo dos sobredireitos de personalidade em que se traduz a "livre" e "plena" manifestação do pensamento, da criação e da informação. Somente depois é que se passa a cobrar do titular de tais situações jurídicas ativas um eventual desrespeito

a direitos constitucionais alheios, ainda que também densificadores da personalidade humana. Determinação constitucional de momentânea paralisia à inviolabilidade de certas categorias de direitos subjetivos fundamentais, porquanto a cabeça do art. 220 da Constituição veda qualquer cerceio ou restrição à concreta manifestação do pensamento (vedado o anonimato), bem assim todo cerceio ou restrição que tenha por objeto a criação, a expressão e a informação, seja qual for a forma, o processo, ou o veículo de comunicação social. Com o que a Lei Fundamental do Brasil veicula o mais democrático e civilizado regime da livre e plena circulação das ideias e opiniões, assim como das notícias e informações, mas sem deixar de prescrever o direito de resposta e todo um regime de responsabilidades civis, penais e administrativas. Direito de resposta e responsabilidades que, mesmo atuando *a posteriori*, infletem sobre as causas para inibir abusos no desfrute da plenitude de liberdade de imprensa.

5. Proporcionalidade entre liberdade de imprensa e responsabilidade civil por danos morais e materiais. Sem embargo, a excessividade indenizatória é, em si mesma, poderoso fator de inibição da liberdade de imprensa, em violação ao princípio constitucional da proporcionalidade. A relação de proporcionalidade entre o dano moral ou material sofrido por alguém e a indenização que lhe caiba receber (quanto maior o dano maior a indenização) opera é no âmbito interno da potencialidade da ofensa e da concreta situação do ofendido. Nada tendo a ver com essa equação a circunstância em si da veiculação do agravo por órgão de imprensa, porque, senão, a liberdade de informação jornalística deixaria de ser um elemento de expansão e de robustez da liberdade de pensamento e de expressão *lato sensu* para se tornar um fator de contração e de esqualidez dessa liberdade. Em se tratando de agente público, ainda que injustamente ofendido em sua honra e imagem, subjaz à indenização uma imperiosa cláusula de modicidade. Isto porque todo agente público está sob permanente vigília da cidadania. E, quando o agente estatal não prima por todas as aparências de legalidade e legitimidade no seu atuar oficial, atrai contra si mais fortes suspeitas de um comportamento antijurídico francamente sindicável pelos cidadãos.

6. Relação de mútua causalidade entre liberdade de imprensa e democracia. A plena liberdade de imprensa é um patrimônio imaterial que corresponde ao mais eloquente atestado de evolução político-cultural de todo um povo. Pelo seu reconhecido condão de vitalizar por muitos modos a Constituição, tirando-a mais vezes do papel, a imprensa passa a manter com a democracia a mais entranhada relação de mútua dependência

ou retroalimentação. Assim visualizada como verdadeira irmã siamesa da democracia, a imprensa passa a desfrutar de uma liberdade de atuação ainda maior que a liberdade de pensamento, de informação e de expressão dos indivíduos em si mesmos considerados. O § 5º do art. 220 apresenta-se como norma constitucional de concretização de um pluralismo finalmente compreendido como fundamento das sociedades autenticamente democráticas; isto é, o pluralismo como a virtude democrática da respeitosa convivência dos contrários. A imprensa livre é, ela mesma, plural, devido a que são constitucionalmente proibidas a oligopolização e a monopolização do setor (§ 5º do art. 220 da CF). A proibição do monopólio e do oligopólio como novo e autônomo fator de contenção de abusos do chamado "poder social da imprensa".

7. Relação de inerência entre pensamento crítico e imprensa livre. A imprensa como instância natural de formação da opinião pública e como alternativa à versão oficial dos fatos. O pensamento crítico é parte integrante da informação plena e fidedigna. O possível conteúdo socialmente útil da obra compensa eventuais excessos de estilo e da própria verve do autor. O exercício concreto da liberdade de imprensa assegura ao jornalista o direito de expender críticas a qualquer pessoa, ainda que em tom áspero ou contundente, especialmente contra as autoridades e os agentes do Estado. A crítica jornalística, pela sua relação de inerência com o interesse público, não é aprioristicamente suscetível de censura, mesmo que legislativa ou judicialmente intentada. O próprio das atividades de imprensa é operar como formadora de opinião pública, espaço natural do pensamento crítico e "real alternativa à versão oficial dos fatos" (Deputado Federal Miro Teixeira).

8. Núcleo duro da liberdade de imprensa e a interdição parcial de legislar. A uma atividade que já era "livre" (incisos IV e IX do art. 5º), a Constituição Federal acrescentou o qualificativo de "plena" (§ 1º do art. 220). Liberdade plena que, repelente de qualquer censura prévia, diz respeito à essência mesma do jornalismo (o chamado "núcleo duro" da atividade). Assim entendidas as coordenadas de tempo e de conteúdo da manifestação do pensamento, da informação e da criação *lato sensu*, sem o que não se tem o desembaraçado trânsito das ideias e opiniões, tanto quanto da informação e da criação. Interdição à lei quanto às matérias nuclearmente de imprensa, retratadas no tempo de início e de duração do concreto exercício da liberdade, assim como de sua extensão ou tamanho do seu conteúdo. Tirante, unicamente, as restrições que a Lei Fundamental de 1988 prevê para o "estado de sítio" (art. 139), o poder público somente pode dispor sobre matérias lateral ou reflexamente de imprensa,

respeitada sempre a ideia-força de que quem quer que seja tem o direito de dizer o que quer que seja. Logo, não cabe ao Estado, por qualquer dos seus órgãos, definir previamente o que pode ou o que não pode ser dito por indivíduos e jornalistas. As matérias reflexamente de imprensa, suscetíveis, portanto, de conformação legislativa, são as indicadas pela própria Constituição, tais como: direitos de resposta e de indenização, proporcionais ao agravo; proteção do sigilo da fonte ("quando necessário ao exercício profissional"); responsabilidade penal por calúnia, injúria e difamação; diversões e espetáculos públicos; estabelecimento dos "meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente" (inciso II do § 3º do art. 220 da CF); independência e proteção remuneratória dos profissionais de imprensa como elementos de sua própria qualificação técnica (inciso XIII do art. 5º); participação do capital estrangeiro nas empresas de comunicação social (§ 4º do art. 222 da CF); composição e funcionamento do Conselho de Comunicação Social (art. 224 da Constituição). Regulações estatais que, sobretudo incidindo no plano das consequências ou responsabilizações, repercutem sobre as causas de ofensas pessoais para inibir o cometimento dos abusos de imprensa. Peculiar fórmula constitucional de proteção de interesses privados em face de eventuais descomedimentos da imprensa (justa preocupação do Ministro Gilmar Mendes), mas sem prejuízo da ordem de precedência a esta conferida, segundo a lógica elementar de que não é pelo temor do abuso que se vai coibir o uso. Ou, nas palavras do Ministro Celso de Mello, "a censura governamental, emanada de qualquer um dos três Poderes, é a expressão odiosa da face autoritária do poder público".

9. Autorregulação e regulação social da atividade de imprensa. É da lógica encampada pela nossa Constituição de 1988 a autorregulação da imprensa como mecanismo de permanente ajuste de limites da sua liberdade ao sentir-pensar da sociedade civil. Os padrões de seletividade do próprio corpo social operam como antídoto que o tempo não cessa de aprimorar contra os abusos e desvios jornalísticos. Do dever de irrestrito apego à completude e fidedignidade das informações comunicadas ao público decorre a permanente conciliação entre liberdade e responsabilidade da imprensa. Repita-se: não é jamais pelo temor do abuso que se vai proibir o uso de uma liberdade de informação a que o próprio Texto Magno do País apôs o rótulo de "plena" (§ 1º do art. 220).

10. Não recepção em bloco da Lei 5.250 pela nova ordem constitucional.

10.1. Óbice lógico à confecção de uma lei de imprensa que se orne de compleição estatutária ou orgânica. A própria Constituição, quando o quis, convocou o legislador de segundo escalão para o aporte regratório da parte restante de seus dispositivos (art. 29, art. 93 e § 5º do art. 128). São irregulamentáveis os bens de personalidade que se põem como o próprio conteúdo ou substrato da liberdade de informação jornalística, por se tratar de bens jurídicos que têm na própria interdição da prévia interferência do Estado o seu modo natural, cabal e ininterrupto de incidir. Vontade normativa que, em tema elementarmente de imprensa, surge e se exaure no próprio texto da Lei Suprema.

10.2. Incompatibilidade material insuperável entre a Lei 5.250/1967 e a Constituição de 1988. Impossibilidade de conciliação que, sobre ser do tipo material ou de substância (vertical), contamina toda a Lei de Imprensa: a) quanto ao seu entrelace de comandos, a serviço da prestidigitadora lógica de que para cada regra geral afirmativa da liberdade é aberto um leque de exceções que praticamente tudo desfaz; b) quanto ao seu inescondível efeito prático de ir além de um simples projeto de governo para alcançar a realização de um projeto de poder, este a se eternizar no tempo e a sufocar todo pensamento crítico no País.

10.3 São de todo imprestáveis as tentativas de conciliação hermenêutica da Lei 5.250/1967 com a Constituição, seja mediante expurgo puro e simples de destacados dispositivos da lei, seja mediante o emprego dessa refinada técnica de controle de constitucionalidade que atende pelo nome de "interpretação conforme a Constituição". A técnica da interpretação conforme não pode artificializar ou forçar a descontaminação da parte restante do diploma legal interpretado, pena de descabido incursionamento do intérprete em legiferação por conta própria. Inapartabilidade de conteúdo, de fins e de viés semântico (linhas e entrelinhas) do texto interpretado. Caso-limite de interpretação necessariamente conglobante ou por arrastamento teleológico, a pré-excluir do intérprete/aplicador do Direito qualquer possibilidade da declaração de inconstitucionalidade apenas de determinados dispositivos da lei sindicada, mas permanecendo incólume uma parte sobejante que já não tem significado autônomo. Não se muda, a golpes de interpretação, nem a inextrincabilidade de comandos nem as finalidades da norma interpretada. Impossibilidade de se preservar, após artificiosa hermenêutica de depuração, a coerência ou o equilíbrio interno de uma lei (a Lei federal 5.250/1967) que foi ideologicamente

concebida e normativamente apetrechada para operar em bloco ou como um todo *pro indiviso*.

11. Efeitos jurídicos da decisão. Aplicam-se as normas da legislação comum, notadamente o Código Civil, o Código Penal, o Código de Processo Civil e o Código de Processo Penal, às causas decorrentes das relações de imprensa. O direito de resposta, que se manifesta como ação de replicar ou de retificar matéria publicada, é exercitável por parte daquele que se vê ofendido em sua honra objetiva, ou então subjetiva, conforme estampado no inciso V do art. 5º da Constituição Federal. Norma, essa, "de eficácia plena e de aplicabilidade imediata", conforme classificação de José Afonso da Silva. "Norma de pronta aplicação", na linguagem de Celso Ribeiro Bastos e Carlos Ayres Britto, em obra doutrinária conjunta.

12. Procedência da ação. Total procedência da ADPF, para o efeito de declarar como não recepcionado pela Constituição de 1988 todo o conjunto de dispositivos da Lei federal 5.250, de 9 de fevereiro de 1967.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal em julgar procedente a ação, o que fazem nos termos do voto do Relator e por maioria de votos, em sessão presidida pelo Ministro Gilmar Mendes, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas. Vencidos, em parte, o Ministro Joaquim Barbosa e a Ministra Ellen Gracie, que a julgavam improcedente quanto ao art. 1º, § 1º; art. 2º, *caput*; art. 14; art. 16, inciso I; e arts. 20, 21 e 22, todos da Lei 5.250, de 9-2-1967; o Ministro Gilmar Mendes (Presidente), que a julgava improcedente quanto aos arts. 29 a 36; e vencido integralmente o Ministro Marco Aurélio, que julgava improcedente a arguição de descumprimento de preceito fundamental em causa.

Brasília, 30 de abril de 2009 — Carlos Ayres Britto, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Carlos Ayres Britto: Cuida-se de arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF), manejada pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT), contra dispositivos da Lei federal 5.250, de 9 de fevereiro de 1967, autorreferida como "Lei de Imprensa".

2. Objeto da ação constitucional é a "declaração, com eficácia geral e efeito vinculante, de que determinados dispositivos da Lei de Imprensa (a) não foram recepcionados pela Constituição Federal de 1988 e (b) outros carecem de interpretação conforme com ela compatível (...)" (fl. 3). Isto para evitar que "*defasadas*" prescrições normativas sirvam de motivação para a prática de atos lesivos

aos seguintes preceitos fundamentais da Constituição Federal de 1988: incisos IV, V, IX, X, XIII e XIV do art. 5º, mais os arts. 220 a 223.

3. Quanto à justificativa da adequação do meio processual de que se valeu perante este STF, o arguente invocou a regra da subsidiariedade que se lê no § 1º do art. 4º da Lei 9.882/1999 – Lei da ADPF[1]. Em sobrepasso, arguiu o concreto espocar de controvérsias judiciais sobre a aplicação dos preceitos fundamentais tidos por violados, para o que fez a juntada de cópias do inteiro teor de ações manejadas com base na atual Lei de Imprensa, assim como de algumas decisões liminares em desfavor de jornalistas e órgãos de comunicação social. **Dando-se que o Plenário desta Casa de Justiça acolheu tal justificativa de cabimento da presente ADPF, vencido o Ministro Marco Aurélio (sessão do dia 27 de fevereiro de 2008).**

4. Também da inicial faz parte o esclarecimento de que a vigente Lei de Imprensa já foi objeto de ação direta de inconstitucionalidade (ADI) que não chegou a ser conhecida sob o fundamento da impossibilidade jurídica do pedido (voto vencedor do Ministro Paulo Brossard). Isto pelo acolhimento da teoria kelseniana de que toda nova Constituição priva de eficácia as leis com ela incompatíveis, materialmente (fenômeno da não recepção do Direito velho pela nova Constituição, o que afasta o argumento da inconstitucionalidade superveniente).

5. Prossigo neste relato da causa para averbar que o arguente, após declinar as bases factuais e jurídicas da sua pretensão de ver julgada procedente esta arguição de descumprimento de preceito fundamental, pugnou pelo reconhecimento da total invalidade jurídica da Lei 5.250/1967, porquanto "incompatível com os tempos democráticos". Alternativamente, pediu a declaração de não recebimento, pela Constituição: a) da parte inicial do § 2º do art. 1º, atinentemente ao fraseado "a espetáculos e diversões públicas, que ficarão sujeitos à censura, na forma da lei, nem"); b) do § 2º do art. 2º; c) da íntegra dos arts. 3º, 4º, 5º, 6º, 20, 21, 22, 23, 51 e 52; d) da parte final do art. 56, no que toca à expressão "e sob pena de decadência deverá ser proposta dentro de 3 meses da data da publicação ou transmissão que lhe der causa"); e) dos § 3º e § 6º do art. 57; f) dos § 1º e § 2º do art. 60; g) da íntegra dos arts. 61, 62, 63, 64 e 65. Mais: requereu interpretação conforme a CF/1988: a) do § 1º do art. 1º; b) da parte final do *caput* do art. 2º; c) do art. 14; d) do inciso I do art. 16; e) do art. 17. Tudo isso para postular que as expressões "subversão da ordem política e social" e "perturbação da ordem pública ou alarma social" não sejam interpretadas como censura de natureza política, ideológica e artística, ou venham a constituir embaraço à liberdade de manifestação do pensamento e de expressão jornalística. Já alusivamente ao art. 37, requereu o emprego da técnica da "interpretação conforme a Constituição" para deixar claro que o jornalista não é penalmente responsável por entrevista autorizada. À derradeira, tornou a postular o uso da técnica da "interpretação

[1] Dispositivo que tem a seguinte redação: "Não será admitida arguição de descumprimento de preceito fundamental quando houver qualquer outro meio eficaz de sanar a lesividade". Lesividade a preceito que na Constituição mesma tenha sua fundamentalidade reconhecida, seja por modo originário, seja por derivação.

conforme" de toda a Lei de Imprensa, de maneira a rechaçar qualquer entendimento significante de censura ou restrição às encarecidas liberdades de manifestação do pensamento e expressão jornalísticas.

6. Pois bem, a título de medida cautelar, o autor pediu que fosse determinada a todos os juízes e tribunais do País a suspensão do andamento de processos e dos efeitos de decisões judiciais que tivessem relação com o objeto da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental. **Pedido, esse, que foi por mim deferido em 21-2-2008, *ad referendum* deste egrégio Plenário. Plenário que deliberou pela concessão parcial da liminar**, ao fundamento do descompasso entre o Magno Texto de 1988 e os seguintes dispositivos da lei em causa: a) parte inicial do § 2º do art. 1º, atinente à expressão "a espetáculos e diversões públicas, que ficarão sujeitos à censura, na forma da lei, nem"); b) íntegra do § 2º do art. 2º e dos arts. 3º, 4º, 5º, 6º e 65; c) parte final do art. 56 (referentemente ao fraseado "e sob pena de decadência deverá ser proposta dentro de 3 meses da data da publicação ou transmissão que lhe der causa"); d) § 3º e § 6º do art. 57; e) § 1º e § 2º do art. 60 e a íntegra dos arts. 61, 62, 63 e 64; f) arts. 20, 21, 22 e 23; g) arts. 51 e 52. Mais ainda, requereu o autor **a suspensão da eficácia dos referidos dispositivos, por 180 dias**, para o que fez uso do parágrafo único do art. 21 da Lei 9.868/1999, por analogia. Mas sem interrupção do curso regular dos processos eventualmente ajuizados com base na legislação comum, notadamente o Código Civil, o Código Penal, o Código de Processo Civil e o Código de Processo Penal. Prazo de suspensão, esse, que, deferido, **veio a ser prorrogado três vezes**: a) por igual período de 180 dias, em deliberação plenária tomada em questão de ordem suscitada por mim, Relator do feito, na sessão do dia 4 de setembro de 2008; b) por mais 30 dias, também em questão de ordem que suscitei quando da sessão plenária do dia 18 de fevereiro do fluente ano de 2009; c) até o final deste julgamento de mérito, em mais uma questão de ordem que submeti ao Plenário em 25 de março último. Vencido o Ministro Marco Aurélio em todas as deliberações.

7. Sigo em frente para dar conta de que foram prestadas pelo Exmo. Senhor Presidente da República e pelo Congresso Nacional as informações de que trata o art. 6º da Lei 9.882/1999 (fls. 306 a 378). Nelas, o Advogado-Geral da União requereu, em preliminar, o não conhecimento do pedido, e, no mérito, que apenas os seguintes dispositivos fossem tidos como revogados: "a) parte inicial do § 2º do art. 1º, quanto à expressão "a espetáculos e diversões, que ficarão sujeitos à censura, na forma da lei, nem (...)"; b) parte final do *caput* do art. 3º, no que toca à expressão "e a sociedade por ações ao portador"; c) § 1º, § 2º e § 7º do art. 3º; d) íntegra dos arts. 4º, 5º, 6º, 51, 52 e 56; e) § 1º e § 2º do art. 60; f) toda a redação dos arts. 62 e 63". Já o Presidente do Congresso Nacional, Sua Excelência noticiou a tramitação de projeto de lei para a modificação, justamente, da atual Lei de Imprensa. Projeto da autoria do Senador Marcelo Crivella, acrescentando parágrafos ao art. 12, além de um novo artigo, o de número 23-A, objetivando disciplinar a divulgação de informações lesivas à honra e à imagem do indivíduo. Também assim, projeto de lei de autoria do Senador Romero Jucá, introdutor de substanciais mudanças na lei agora posta em xeque, especialmente quanto ao direito de resposta.

8. A seu turno, o Procurador-Geral da República emitiu o parecer de fls. 623 a 665, vocalizando o seu entendimento de que a "liberdade de expressão e de imprensa pressupõe repensar os padrões de democracia existentes e aqueles que se pretende construir, e, inexoravelmente, o papel dos direitos fundamentais como instrumentos capazes de conferir legitimidade ao poder".

9. A partir dessa compreensão das coisas, desenvolveu o chefe do *Parquet* Federal preciosos estudos de direito comparado sobre a liberdade de expressão, para, ao final, opinar sobre os limites do conhecimento da presente arguição. Fazendo-o, deu por inadequada a genérica pretensão de se declarar toda a Lei de Imprensa como incompatível com a Constituição, o que fez com base no § 1º do art. 102 da Constituição e no art. 3º da Lei 9.882/1999. Esta última a estabelecer que "a petição inicial da ADPF deverá conter a indicação do preceito fundamental que se reputa violado, a indicação do ato questionado, bem como o pedido com suas especificações".

10. Ainda nesse mesmo tom, o douto Procurador-Geral da República passou a analisar cada um dos dispositivos submetidos ao exame deste STF, concluindo que: a) o art. 1º e seu § 1º, assim como os arts. 14 e 16, I, não são inconciliáveis com a ordem constitucional vigente; b) que o § 2º do art. 1º, agora sim, não foi recebido pela Constituição; c) o "*caput* do art. 2º rima com a nossa Lei Fundamental, mas não assim os arts. 3º, 4º, 5º e 6º; d) quanto ao art. 65, afronta ele o art. 222 da CF, que dispõe sobre o regime jurídico de empresa jornalística e de radiodifusão sonora e de sons e imagens (artigo, esse, regulamentado pela Lei 10.610/2002).

11. Foi além o zeloso Procurador-Geral da República, para entender que: a) as disposições penais dos arts. 20, 21 e 22 da Lei de Imprensa não pecam por inconstitucionalidade; b) não foi recepcionada pela Constituição a regra do § 3º do art. 20, por inadmitir exceção da verdade em face de determinadas autoridades públicas (regra que Sua Excelência tem como "um vestígio de autoritarismo ditatorial, talvez até aristocrático, na medida em que se busca colocar certos atores políticos a salvo da verdade)"; c) contrariam a ordem constitucional os arts. 51, 52 e 56, *caput*, parte final, bem como os arts. 57, § 3º e § 6º, 60, § 1º e § 2º, e os arts. 61, 62, 63 e 64.

12. Por último, para ele, Procurador-Geral da República, "[d]iferentemente do que propõe o arguente, não estamos diante de um simples desequilíbrio entre duas categorias de direitos fundamentais: liberdade de expressão e informação, de um lado, e direitos personalíssimos de intimidade, honra e vida privada de outro. Estamos diante da matriz estruturante do Estado Republicano, tanto sob a ótica orgânica, como sistêmica: a democracia". Donde acrescentar que "[e]xpurgar a norma impugnada do ordenamento jurídico brasileiro, por si só, resolve o problema do direito de liberdade de expressão, mas cria outro tão danoso quanto o anterior, pois gera grave insegurança jurídica devido ao constante estado de ameaça à intimidade e dignidade das pessoas". O que levou Sua Excelência a se posicionar no sentido da procedência apenas parcial do pedido.

13. Este é o relatório, que faço chegar, mediante cópia de inteiro teor, a todos os meus Pares neste Supremo Tribunal Federal.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Ayres Britto (Relator): Uma vez assentada a adequação da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) como ferramenta processual de abertura da jurisdição deste Supremo Tribunal Federal, e não havendo nenhuma outra questão preliminar a solver, passo ao voto que me cabe proferir quanto ao mérito da questão. Fazendo-o, começo por me impor a tarefa que certamente passa pela curiosidade inicial de cada um dos Senhores Ministros: **saber até que ponto a proteção constitucional brasileira à liberdade de imprensa corre parelha com a relevância intrínseca do tema em todos os países de democracia consolidada**. A começar pelos Estados Unidos da América, em cuja Constituição, e por efeito da primeira emenda por ela recebida, está fixada a regra de que "[o] Congresso não legislará no sentido de estabelecer uma religião, ou proibindo o livre exercício dos cultos; ou cerceando a liberdade de palavra, ou de imprensa (...)" (art. I).

15. Em palavras diferentes, o que certamente passa pelo intelecto de cada qual dos meus Pares é saber se o regime constitucional da imprensa, em nosso País, guarda conformidade com o fundamental e insubstituível papel que ela desempenha enquanto **plexo de "atividades" e também como o somatório dos órgãos ou "meios de comunicação social**". Plexo de atividades e somatório dos órgãos ou meios de comunicação social, porque assim é como dispõe o § 5º do art. 220, combinadamente com o § 1º, o § 2º e o § 3º do art. 222 da Constituição de 1988.

16. Deveras, todo exame normativo-constitucional que, entre nós, tenha na liberdade de imprensa o seu específico ponto de incidência, há de começar pela constatação de que, **objetivamente**, **a imprensa é uma atividade**. Uma diferenciada forma do agir e do fazer humano. Uma bem caracterizada esfera de movimentação ou do protagonismo dessa espécie animal que Protágoras (485/410 a.C) tinha como "a medida de todas as coisas". Mas atividade que, pela sua força de multiplicar condutas e plasmar caracteres, ganha a dimensão de **instituição-ideia**. *Locomotiva sócio-cultural* ou ideia-força. Nessa medida, atividade (a de imprensa) que se põe como **a mais rematada expressão do jornalismo**; quer o jornalismo como profissão, quer o jornalismo enquanto vocação ou pendor individual (pendor que é frequentemente identificado como arte, ou literatura). Donde a Constituição mesma falar de "liberdade de informação jornalística" (§ 1º do art. 220), expressão exatamente igual a liberdade de imprensa.

17. Já do ângulo **subjetivo ou orgânico**, a comprovação cognitiva é esta: a imprensa constitui-se num conjunto de órgãos, veículos, "empresas", "meios", enfim, juridicamente personalizados (§ 5º do art. 220, mais o § 5º do art. 222 da Constituição Federal). Logo, subjetivamente considerada, a imprensa é **instituição-entidade**, instituição-aparelho, instituição-aparato. Mas seja a imprensa como objetivo sistema de atividades, seja como subjetivados aparelhos, **a comunicação social é mesmo o seu traço diferenciador ou signo distintivo**. As duas coisas sempre englobadas (instituição-ideia e instituição-entidade), pois o fato é que assim binariamente composta é que a imprensa consubstancia um tipo de

comunicação que não desborda do significado que se contém nos dicionários da língua portuguesa; ou seja, comunicação é ato de comunicar, transmitir, repassar, divulgar, revelar. No caso da imprensa, comunicar, transmitir, repassar, divulgar, revelar: a) informações ou notícias de coisas acontecidas no mundo do ser, que é o mundo das ocorrências fáticas; b) o pensamento, a pesquisa, a criação e a percepção humana em geral, estes situados nos escaninhos do nosso cérebro, identificado como a sede de toda inteligência e de todo sentimento da espécie animal a que pertencemos.

18. Sequencio imediatamente o raciocínio: a modalidade de comunicação que a imprensa exprime não se dirige a essa ou aquela determinada pessoa, nem mesmo a esse ou aquele particularizado grupo, **mas ao público em geral. Ao maior número possível de pessoas humanas**. Com o que a imprensa passa a se revestir da característica central de **instância de comunicação de massa**, de sorte a poder influenciar cada pessoa de *per se* e até mesmo formar o que se convencionou chamar de **opinião pública**. Opinião pública ou modo coletivo de pensar e sentir acerca de fatos, circunstâncias, episódios, causas, temas, relações que a dinamicidade da vida faz emergir como respeitantes à coletividade mesma. Incumbindo à imprensa o direito e ao mesmo tempo o dever de sempre se postar **como o olhar mais atento ou o foco mais aceso sobre o dia a dia do Estado e da sociedade civil**. O que enseja a tomada de posições, a feitura de escolhas e a assunção de condutas igualmente massivas, **que são direitos elementares de todo grupamento humano o agir e o reagir como conjunto mesmo**. Donde a imprensa, matriz por excelência da opinião pública, rivalizar com o próprio Estado nesse tipo de interação de máxima abrangência pessoal.

19. Foi precisamente em função desse bem mais abrangente círculo de interação humana que o nosso Magno Texto reservou para a imprensa todo um bloco normativo com o apropriado nome "Da Comunicação Social" (Capítulo V do Título VIII). Capítulo de que emerge a Imprensa como de fato ela é: o mais acessado e por isso mesmo o mais influente repositório de notícias do cotidiano, concomitantemente com a veiculação de editoriais, artigos assinados, entrevistas, reportagens, documentários, atividades de entretenimento em geral (por modo especial as esportivas e musicais, além dos filmes de televisão), pesquisas de opinião pública, investigações e denúncias, acompanhamento dos atos do Poder e da economia do País, ensaios e comentários críticos sobre arte, religião e tudo o mais que venha a se traduzir em valores, interesses, aspirações, expectativas, curiosidades e até mesmo entretenimento do corpo societário. Pelo que encerra a mais constante e desembaraçada comunicação de ideias, ensaios, opiniões, testemunhos, projeções e percepções de toda ordem, passando mais e mais a ver a si mesma e a ser vista pela coletividade como ferramenta institucional que transita da informação em geral e análise da matéria informada para a investigação, a denúncia e a cobrança de medidas corretivas sobre toda conduta que lhe parecer (a ela, imprensa) fora do esquadro jurídico e dos padrões minimamente aceitáveis como próprios da experiência humana em determinada quadra histórica. **Não sendo exagerado afirmar que esse estádio multifuncional da imprensa é,**

em si mesmo, um patrimônio imaterial que corresponde ao mais eloquente atestado de evolução político-cultural de todo um povo. *Status* de civilização avançada, por conseguinte.

20. É certo que a nossa Constituição Federal somente faz expresso uso do substantivo "imprensa" numa solitária passagem, e ainda assim como sinônimo de mídia impressa ou escrita. "Veículo de comunicação em papel ou impresso" (Walter Ceneviva). Isso por oposição à mídia eletrônica, abarcante da radiodifusora e televisiva, consoante a seguinte transcrição:

> Art. 139. Na vigência do estado de sítio decretado com fundamento no art. 137, I, só poderão ser tomadas contra as pessoas as seguintes medidas:
> I – (...)
> III – restrições relativas à inviolabilidade da correspondência, ao sigilo das comunicações, à prestação de informações e à liberdade de imprensa, radiodifusão e televisão, na forma da lei.

21. Não menos certo, porém, que essa diferenciação entre mídia impressa e mídia radiodifusora e televisiva (eletrônica, dissemos) atende à consideração de que **somente as duas últimas é que são constitucionalmente tipificadas como serviços públicos, próprios da União Federal**. Serviços públicos sempre titularizados pela União, frise-se, porém complementarmente prestados pela iniciativa privada, mediante contratos de concessão, ou permissão, tanto quanto por ato unilateral e precário de autorização. É como está na alínea *a* do inciso XI do art. 21 da nossa Lei Fundamental, em combinação com a cabeça do art. 223 da mesma Carta Magna, a saber:

> Art. 21. Compete à União:
> (...)
> XI – explorar, diretamente ou mediante autorização, concessão ou permissão:
> a) os serviços de radiodifusão sonora e de sons e imagens.

> Art. 223. Compete ao Poder Executivo outorgar e renovar concessão, permissão e autorização para o serviço de radiodifusão sonora e de sons e imagens, observado o princípio da complementaridade dos sistemas privado, público e estatal.

22. Já a mídia impressa, além de se constituir em sistema de atividades e conjunto de empresas tipicamente privadas, "independe de licença da autoridade" quanto à sua "publicação" (§ 5º do artigo constitucional de número 220). Dando-se, no entanto, que todas elas (mídia escrita e mídia eletrônica) passam a compor "as atividades" e "os meios de comunicação social" ainda há pouco referidos como objeto de normação do § 5º do art. 220 da CF, mais o § 1º, o § 2º, o § 3º e o § 5º do art. 222). Meios de comunicação social ou simplesmente "empresas jornalísticas e de radiodifusão sonora e de sons e imagens", segundo a linguagem do § 1º do art. 222 da mesma Lei Fundamental brasileira.

23. Numa frase, estamos a lidar com atividades e meios ou empresas de comunicação social que, no seu conjunto, encerram o estratégico setor da imprensa livre em nosso País. Ficando de fora do conceito de imprensa, contudo,

por absoluta falta de previsão constitucional, a chamada "Rede Mundial de Computadores – internet". Artefato ou empreitada tecnológica de grandes e sedutoras possibilidades informativas e de relações interpessoais, sem dúvida, entre elas a interação *em tempo real* dos seus usuários; ou seja, emissores e destinatários da comunicação *internetizada* a dispor da possibilidade de inverter as suas posições a todo instante. O fisicamente presencial a cada vez mais ceder espaço ao *telepresencial* (viagem que vai do concreto ao virtual), porém, ainda assim, constitutivo de relações sem a menor referência constitucional. O que se explica em função da data de promulgação da Carta Política brasileira (5 de outubro de 1988), quando os computadores ainda não operavam sob o tão refinado quanto espantoso sistema eletrônico-digital de intercomunicação que veio, com o tempo, a se chamar de "rede".

24. Pois bem, assim binariamente concebida e praticada entre nós é que a imprensa possibilita, por modo crítico incomparável, **a revelação e o controle de praticamente todas as coisas respeitantes à vida do Estado e da sociedade**. Coisas que, por força dessa invencível parceria com o tempo, a ciência e a tecnologia, se projetam em patamar verdadeiramente global. Com o mérito adicional de se constituir, ela, imprensa, num necessário contraponto à leitura oficial dos fatos e suas circunstâncias, eventos, condutas e tudo o mais que lhes sirva de real motivação. Quero dizer: **a imprensa como alternativa à explicação ou versão estatal de tudo que possa repercutir no seio da sociedade**, conforme realçado pelo jurista, deputado federal e jornalista Miro Teixeira, um dos subscritores da presente ADPF. O que já significa visualizar a imprensa como **garantido espaço de irrupção do pensamento crítico em qualquer situação ou contingência**. Pensamento crítico ou racionalmente exposto, com toda sua potencialidade emancipatória de mentes e espíritos. Não aquele pensamento sectariamente urdido, ou então superficialmente engendrado, quando não *maquinadamente* elaborado para distorcer fatos e biografias. Sendo de toda relevância anotar que, **a título de reforço à mantença dessa verdadeira relação de inerência entre o pensamento crítico e a imprensa livre**, a própria Constituição impõe aos órgãos e empresas de comunicação social a seguinte interdição: "Os meios de comunicação social não podem, direta ou indiretamente, ser objeto de monopólio ou oligopólio" (§ 5º do art. 220). Norma constitucional de concretização de um pluralismo finalmente compreendido como fundamento das sociedades autenticamente democráticas; isto é, **o pluralismo como a virtude democrática da respeitosa convivência dos contrários** (o necessário consenso é apenas quanto às *regras do jogo*, conforme enuncia Norberto Bobbio em seu clássico livro *O futuro da democracia*[2]). Pluralismo, enfim, que a nossa Constituição prestigia em duas explícitas oportunidades: no seu preâmbulo e no inciso V do art. 1º. Aqui, pluralismo político; ali, pluralismo cultural ou social genérico.

---

[2] Doutrina Bobbio: "Democracia é definida como um conjunto de regras de procedimento para a formação de decisões coletivas em que está prevista e facilitada a participação mais ampla possível dos interessados."

25. Sem maior esforço mental, portanto, vê-se que a imprensa passou a desfrutar de tamanha importância na vida contemporânea **que já faz da sua natureza de focada instância de comunicação social o próprio nome da sociedade civil globalizada: sociedade de informação**, **também chamada de sociedade de comunicação**. Preservada a amplitude massiva dos seus destinatários ou público-alvo e sempre na perspectiva da encarnação de um direito-dever inarredável: o da instância por excelência do pensamento crítico ou emancipatório. Ele próprio, pensamento crítico ou libertador, a pedagogicamente introjetar no público em geral todo apreço pelo valor da verdade como categoria objetivamente demonstrável, **o que termina por forçar a imprensa mesma a informar em plenitude e com o máximo de fidedignidade.**

26. Convém insistir na afirmativa: por efeito dessa relação de mútua e benfazeja influência entre a imprensa e seus massivos destinatários, o caminho consequente ou como que natural a seguir só pode ser o da responsabilidade de jornalistas e órgãos de comunicação social. **Responsabilidade que torna intrinsecamente meritórios uns e outros**. Tudo a possibilitar a formação de uma confortável clientela ou corpo de destinatários, que vai eficazmente contrabatendo, com a incessante subida dos seus padrões de seletividade, o personalístico peso dos agentes públicos e dos empresários do ramo, ou mesmo desse ou daquele jornalista em apartado. Seletividade, de sua parte, que opera como antídoto social que o tempo não cessa de aprimorar contra os abusos e desvios da imprensa dita burguesa; quer dizer, resquício de um modelo de imprensa que investe no atraso mental das massas e ainda se disponibiliza para o servilismo governamental, quando não para o insidioso desprestígio das instituições democráticas e o dogmatismo tão confessional quanto mercantil. Argentário. Também assim, antídoto contra os desvarios sensacionalistas, o açodamento do "furo de reportagem" (o escritor e jurista Manuel Alceu Affonso Ferreira bem o diz), a superficialidade e até mesmo a chantagem, que ninguém é ingênuo ou alienado ao ponto de não admitir que profissionais e órgãos de imprensa ainda estão sujeitos, sim, àquelas vicissitudes que Rui Barbosa tão bem denunciou com estas palavras, na conhecida monografia *A imprensa e o dever da verdade* (prefaciada, justamente, e com pena de mestre, pelo citado jurista Manuel Alceu Affonso Ferreira):

> Em quatro palavras se poderá encartar uma calúnia. Mas pode ser que a demonstração da falsidade não caiba toda num discurso. Uma só proposição dará, talvez, para se verter no espírito humano um erro tremendo. Mas uma vez lançado ao mundo, sabe Deus que de contestações, raciocínios e debates se não cansariam, porventura, ainda assim, debalde, em lhe dar combate.
> (P. 27, Editora Papagaio, ano de 2004.)

27. Mas a decisiva questão é comprovar que o nosso Magno Texto Federal levou o tema da liberdade de imprensa na devida conta. **Deu a ela, imprensa, roupagem formal na medida exata da respectiva substância**. Pois é definitiva lição da História que, em matéria de imprensa, não há espaço para o meio-termo ou a contemporização. **Ou ela é inteiramente livre, ou dela já não se pode cogitar senão como jogo de aparência jurídica**. É a trajetória humana, é a vida,

são os fatos, o pensamento e as obras dos mais acreditados formadores de opinião que retratam sob todas as cores, luzes e contornos que imprensa apenas **meio livre** é um tão arremedo de imprensa como a própria meia verdade das coisas o é para a explicação cabal dos fenômenos, seres, condutas, ideias. Sobretudo ideias, cuja livre circulação no mundo é tão necessária quanto o desembaraçado fluir do sangue pelas nossas veias e o desobstruído percurso do ar pelos nossos pulmões e vias aéreas. O que tem levado interlocutores sociais de peso – diga-se de passagem – a se posicionar contra a exigência de diploma de nível superior para quem se disponha a escrever e falar com habitualidade pelos órgãos de imprensa.

28. Se é assim, não há opção diferente daquela que seguramente fez o nosso Magno Texto Republicano: consagrar a plenitude de uma liberdade tão intrinsecamente luminosa que sempre compensa, de muito, de sobejo, inumeravelmente, *as quedas de voltagem* que lhe infligem profissionais e organizações aferrados a práticas de um tempo que estrebucha, porque já deu o que tinha de dar de voluntarismo, chantagem, birra, perseguição. **Esparsas nuvens escuras a se esgueirar, intrusas, por um céu que somente se compraz em hospedar o sol a pino**. Exceção feita, já o vimos, a eventuais períodos de estado de sítio, mas ainda assim "na forma da lei". Não da vontade caprichosa ou arbitrária dos órgãos e autoridades situados na cúpula do Poder Executivo, ou mesmo do Poder Judiciário.

29. O que se tem como expressão da realidade, portanto, é, de uma banda, um corpo social progressivamente esclarecido por uma imprensa livre e, ela mesma, plural (visto que são proibidas a oligopolização e a monopolização do setor). Corpo social também progressivamente robustecido nos seus padrões de exigência enquanto destinatário e consequentemente parte das relações de imprensa. De outra banda, uma imprensa que faz de sua liberdade de atuação um necessário compromisso com a responsabilidade quanto à completude e fidedignidade das informações comunicadas ao público. **Do que decorre a permanente conciliação entre liberdade e responsabilidade**, até porque, sob o prisma do conjunto da sociedade, quanto mais se afirma a igualdade como característica central de um povo, **mais a liberdade ganha o tônus de responsabilidade**. É que os iguais dispõem de reais condições de reagir altivamente às injustiças, desafios e provocações do cotidiano, de modo a refrear os excessos ou abusos, partam de onde partirem, venham de quem vierem. Donde o *Jornal da ABI* (Associação Brasileira de Imprensa) comentar que até mesmo os escandalosos tabloides ingleses, premidos pela perda de leitores, não raras vezes mudam sua linha sensacionalista de orientação; "[p]orque do regime da plena liberdade surge a responsabilidade, e o cidadão passa a não comprar porcaria" (*Jornal da ABI* 326, fevereiro de 2008, p. 25, a propósito de entrevista com o citado operador jurídico, jornalista e deputado Miro Teixeira).

30. Este o ponto nuclear da questão, à face de uma lógica especificamente referida à interação da imprensa livre com um público-alvo cada vez mais em condições de se posicionar à moda de *filtro* ou *peneira* do que lhe chega como informação ou como conhecimento pronto e acabado. **Lógica encampada pela**

nossa Constituição de 1988, e prescientemente captada pelo inglês William Pitt (1759/1806), para quem "à imprensa deve tocar o encargo de se corrigir a si própria"; pelo norte-americano Thomas Jefferson (1743/1826), autor da afirmação de que, se lhe fosse dado escolher entre um governo sem jornais e jornais sem um governo, não hesitaria em optar por esta última fórmula; e pelo francês Alexis de Tocqueville (1805/1859), ao sentenciar que, numa democracia, o modo mais eficaz de se combater os excessos de liberdade é com mais liberdade ainda. A imprensa, então, cabalmente imunizada contra o veneno da censura prévia, como lúcida e corajosamente pregou o poeta John Milton, em 1644, no seu famoso discurso *A Aeropagítica* (discurso lido perante a suprema corte do parlamento inglês, transformado em livro pela Editora Topbooks, edição de 1999). A imprensa livre a viabilizar, assim, o ideal daqueles que, à semelhança de Gluksman, veem a liberdade como um rio impetuoso cujo único anseio é não ter margens. Não ter margens fixas – penso que seria melhor dizer –, **pois a autorregulação da imprensa nunca deixa de ser um permanente ajuste de limites em sintonia com o sentir-pensar de uma sociedade civil de que ela, imprensa, é simultaneamente porta-voz e caixa de ressonância**. Não só porta-voz, não só caixa de ressonância, mas as duas coisas ao mesmo tempo.

31. Atente-se para as novelas da televisão brasileira e demais programações em canal aberto. Não há censura prévia quanto à exposição de capítulos, cenas, fatos, mas os temas polêmicos ou de mais forte quebra de paradigmas culturais são retratados com perceptível cuidado. Cuidado ou acautelamento que nada tem a ver com o receio de intervenção estatal (proibida pela Constituição, ressalvado o estado de sítio), porém como o fruto mesmo de uma responsabilidade de imprensa cujo tamanho é medido com a trena da susceptibilidade dos telespectadores em geral, dos anteparos de cada família em particular para com os seus membros ainda em formação ou desenvolvimento, e dos próprios sistemas de *ombudsman* de que nenhum órgão de comunicação social pode *abrir mão,* hoje em dia. Até mesmo episódios verdadeiros, mas incomumente chocantes, o novo e irreversível modelo de imprensa evita expor para não traumatizar o público, sob o grande risco de perda de audiência. Exemplo disso foi o suicídio de um importante político estadunidense, inteiramente filmado pela televisão, mas levado ao ar sem a brutalidade do momento em que o suicida colocava o revólver no interior de sua própria boca para em seguida puxar o gatilho (fato de que tive ciência pelo relato oral do respeitável Juiz Federal da 5ª Região Ricardo César Mandarino Barreto, presentemente oficiando como juiz auxiliar em meu próprio gabinete de Ministro deste STF). Já os fatos e cenas de maior apelo sexual (os programas de *reality show* no meio), estes são exibidos em horário noturno mais avançado e com legenda quanto à sua natureza e não recomendação para determinadas faixas etárias. De conformidade, aliás, com o disposto no § 3º do art. 220 da Constituição.

32. Verbalizadas tais reflexões e fincadas estas primeiras interpretações da Magna Carta Federal, também facilmente se percebe que a progressiva inafastabilidade desse dever da imprensa para com a informação em plenitude e sob o timbre da máxima fidelidade à sua base empírica é que passa a compor **o**

valor social da visibilidade. Nova categoria de direito individual e coletivo ao real conhecimento dos fatos e suas circunstâncias, protagonismos e respectivas motivações, além das ideias, vida pregressa e propostas de trabalho de quem se arvore a condição de ator social de proa, principalmente se na condição de agente público. Visibilidade que evoca em nossas mentes a mensagem cristã do "conheceis a verdade e ela vos libertará" (João, 8:32), pois o fato é que **nada se compara à imprensa como cristalina fonte das informações multitudinárias que mais habilitam os seres humanos a fazer avaliações e escolhas no seu concreto dia a dia**. Juízos de valor que sobremodo passam por avaliações e escolhas em período de eleições gerais, sabido que é pela via do voto popular que o eleitor mais exercita a sua soberania para a produção legítima dos quadros de representantes do povo no Poder Legislativo e nas chefias do Poder Executivo. Mais ainda, visibilidade que, tendo por núcleo o proceder da Administração Pública, toma a designação de "publicidade" (art. 37, *caput*, da CF). **Publicidade como transparência, anote-se, de logo alçada à dimensão de "princípio", ao lado da "legalidade", "impessoalidade", "moralidade" e "eficiência"**. Sendo certo que a publicidade que se eleva à dimensão de verdadeira transparência é o mais aplainado caminho para a fiel aplicação da lei e dos outros três princípios da moralidade, da eficiência e da impessoalidade na Administração Pública.

33. Daqui já se vai desprendendo a intelecção do quanto a imprensa livre contribui para a concretização dos mais excelsos princípios constitucionais. A começar pelos mencionados princípios da "soberania" (inciso I do art. 1º) e da "cidadania" (inciso II do mesmo art. 1º), entendida a soberania como exclusiva qualidade do eleitor-soberano, e a cidadania como apanágio do cidadão, claro, mas do cidadão no velho e sempre atual sentido grego: **aquele habitante da cidade que se interessa por tudo que é de todos**; **isto é, cidadania como o direito de conhecer e acompanhar de perto as coisas do Poder, os assuntos da pólis**. **Organicamente. Militantemente**. **Saltando aos olhos que tais direitos serão tanto mais bem exercidos quanto mais denso e atualizado for o acervo de informações que se possa obter por conduto da imprensa** (contribuição que a internet em muito robustece, faça-se o registro).

34. Esse direito que é próprio da cidadania – o de conhecer e acompanhar de perto as coisas do Poder, e que a imprensa livre tanto favorece – nós mesmos do Supremo Tribunal Federal temos todas as condições para dizer da sua magnitude e imprescindibilidade. É que a própria história deste nosso Tribunal já se pode contar em dois períodos: antes e depois da TV Justiça, implantada esta pelo então presidente Marco Aurélio. TV Justiça a que vieram se somar a TV digital e a Rádio Justiça (criações da Ministra Ellen Gracie, à época presidente da Corte), para dar conta das nossas sessões plenárias em tempo real. O que tem possibilitado à população inteira, e não somente aos operadores do Direito, exercer sobre todos nós **um heterodoxo e eficaz controle externo**, pois não se pode privar o público em geral, e os lidadores jurídicos em particular, da possibilidade de saber *quando trabalham*, *quanto trabalham* e *como trabalham* os membros do Poder Judiciário. Afinal, todo

servidor público é um servidor **do** público, e os Ministros do Supremo Tribunal Federal não fogem a essa configuração republicana verdadeiramente primaz.

35. Também deste ponto de inflexão já vai tomando corpo a proposição jurídica de que, pelo seu reconhecido condão de vitalizar por muitos modos a Constituição, *tirando-a mais vezes do papel*, **a imprensa passa a manter com a democracia a mais entranhada relação de mútua dependência ou retroalimentação**. Falo da democracia como categoria jurídico-positiva (não simplesmente filosófico-política), que em toda Constituição promulgada por uma Assembleia Constituinte livremente eleita consubstancia o movimento, o fluxo ascendente do poder de governar a pólis; quer dizer, o poder de governar toda a coletividade como aquele que vem de baixo para cima, e não de cima para baixo da escala social. A implicar, por evidente, prestígio das bases governadas e limitação das cúpulas governantes. **Um tirar o povo da plateia para colocá-lo no palco das decisões que lhe digam respeito**. Donde figurar, ela, democracia, como questão ou causa verdadeiramente planetária, ao lado da ecologia e da ética na vida pública. Democracia que Abrahan Lincoln inexcedivelmente definiu como *o governo do povo, pelo povo e para o povo*, e que a epopeia constituinte de 1987/1988 assumiu como o princípio dos princípios da Constituição de 1988. O seu valor-continente, por se traduzir no princípio que mais vezes se faz presente na ontologia dos demais valores constitucionais (soberania popular, cidadania, dignidade da pessoa humana, valores sociais do trabalho e da livre iniciativa, pluralismo político, só para citar os listados pelos incisos de I a V do art. 1º da nossa Lei Maior). Valor-teto da Constituição, em rigor de Ciência, porque acima da democracia não há outro valor coletivo senão já situado do lado de fora de toda positividade jurídica brasileira. Valor incomparável, então, que, se vivido autenticamente, concretiza aquela parte do discurso de posse do presidente Roosevelt, em plena depressão econômica: "Nada há a temer, exceto o próprio medo."

36. Avanço na tessitura desse novo entrelace orgânico para afirmar que, **assim visualizada como verdadeira irmã siamesa da democracia, a imprensa passa a desfrutar de uma liberdade de atuação ainda maior que a liberdade de pensamento e de expressão dos indivíduos em si mesmos considerados. Até porque essas duas categorias de liberdade individual também serão tanto mais intensamente usufruídas quanto veiculadas pela imprensa mesma** (ganha-se *costas largas* ou visibilidade – é fato –, se as liberdades de pensamento e de expressão em geral são usufruídas como o próprio exercício da profissão ou do pendor jornalístico, ou quando vêm a lume por veículo de comunicação social). **O que faz de todo o capítulo constitucional sobre a comunicação social um melhorado prolongamento dos preceitos fundamentais da liberdade de manifestação do pensamento e de expressão em sentido lato. Comunicando-se, então, a todo o segmento normativo prolongador a natureza jurídica do segmento prolongado**; **que é a natureza de "direitos e garantias fundamentais", tal como se lê no título de número II da nossa Constituição**. E para a centrada tutela de tais direitos e garantias é que se presta a ação de descumprimento de preceito fundamental, cujo *status* de ação constitucional advém da regra que se lê

no § 1º do art. 101 da nossa Lei Maior, *literis*: "A arguição de descumprimento de preceito fundamental, decorrente desta Constituição, será apreciada pelo Supremo Tribunal Federal, na forma da lei". Em suma, a virginal fundamentalidade de um preceito constitucional é repassada, logicamente, para outro ou outros preceitos constitucionais que lhe sejam servientes, ainda que esses outros preceitos façam parte de um conjunto normativo diverso. Como se dá, ilustrativamente, com os dispositivos constitucionais que limitam o poder de tributar da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (artigos de números 150 a 152, inseridos no capítulo atinente ao Sistema Tributário Nacional), sabido que tal limitação ao poder tributante das nossas unidades federadas opera em favor dos direitos fundamentais que assistem às pessoas privadas quanto às suas propriedades, rendas e atividades de subsistência material e produção econômica (títulos de números II e VII, notadamente).

37. Com efeito, e a título de outorga de um direito individual que o ritmo de civilização do Brasil impôs como conatural à espécie humana (pois sem ele o indivíduo como que se fragmenta em sua incomparável dignidade e assim deixa de ser o ápice da escala animal para se reduzir a subespécie), a Constituição proclama que "é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato" (inciso IV do art. 5º). Assim também, e de novo como pauta de direitos mais fortemente entroncados com a dignidade da pessoa humana, a nossa Lei Maior estabelece nesse mesmo art. 5º que: a) "é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença" (inciso IX); b) "é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer" (inciso XIII); c) "é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional" (inciso XIV); d) "conceder-se-á *habeas data*: a) para assegurar o conhecimento de informações relativas à pessoa do impetrante, constantes de registros ou bancos de dados de entidades governamentais ou de caráter público: b) para a retificação de dados, quando não prefira fazê-lo por processo sigiloso, judicial ou administrativo" (inciso LXXII). Discurso libertário que vai reproduzir na cabeça do seu art. 220, agora em favor da imprensa, com pequenas alterações vocabulares **e maior teor de radicalidade e largueza**. Confira-se:

> Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

38. É precisamente isto: no último dispositivo transcrito, a Constituição radicaliza e alarga o regime de plena liberdade de atuação da imprensa, porquanto fala: a) que os mencionados direitos de personalidade (liberdade de pensamento, criação, expressão e informação) estão a salvo de qualquer restrição em seu exercício, seja qual for o suporte físico ou tecnológico de sua veiculação; b) **que tal exercício não se sujeita a outras disposições que não sejam as figurantes dela própria, Constituição**. Requinte de proteção que bem espelha a proposição de que a imprensa é o espaço institucional que melhor se disponibiliza para o uso

articulado do pensamento e do sentimento humanos como fatores de defesa e promoção do indivíduo, tanto quanto da organização do Estado e da sociedade. *Plus* protecional que ainda se explica pela anterior consideração de que é pelos mais altos e largos portais da imprensa que a democracia vê os seus mais excelsos conteúdos descerem dos colmos olímpicos da pura abstratividade para penetrar fundo *na carne do real*. Dando-se que a recíproca é verdadeira: **quanto mais a democracia é servida pela imprensa, mais a imprensa é servida pela democracia**. Como nos versos do poeta santista Vicente de Carvalho, uma diz para a outra, solene e agradecidamente: "Eu sou quem sou por serdes vós quem sois."

39. É de se perguntar, naturalmente: mas a que disposições constitucionais se refere o precitado art. 220 como de obrigatória observância no desfrute das liberdades de pensamento, criação, expressão e informação que, de alguma forma, se veiculem pela imprensa? Resposta: àquelas disposições do art. 5º, versantes sobre **vedação do anonimato** (parte final do inciso IV); **direito de resposta** (inciso V); **direito a indenização por dano material ou moral à intimidade, à vida privada, à honra e imagem das pessoas** (inciso X); **livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer** (inciso XIII); **direito ao resguardo do sigilo da fonte de informação, quando necessário ao exercício profissional** (inciso XIV).

40. Não estamos a ajuizar senão isto: a cabeça do art. 220 da Constituição veda qualquer cerceio ou restrição à concreta manifestação do pensamento, bem assim todo cerceio ou restrição que tenha por objeto a criação, a expressão e a informação, pouco importando a forma, o processo, ou o veículo de comunicação social. Isto é certo. Impossível negá-lo. **Mas o exercício de tais liberdades não implica uma fuga do dever de observar todos os incisos igualmente constitucionais que citamos no tópico anterior, relacionados com a liberdade mesma de imprensa** (a começar pela proibição do anonimato e terminando com a proteção do sigilo da fonte de informação). Uma coisa a não excluir a outra, tal como se dá até mesmo quando o gozo dos direitos fundamentais à liberdade de pensamento e de expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, além do acesso à informação, acontece à margem das atividades e dos órgãos de imprensa (visto que o desfrute de tais direitos é expressamente qualificado como "livre"). **Mas é claro que os dois blocos de dispositivos constitucionais só podem incidir mediante calibração temporal ou cronológica**: primeiro, assegura-se o gozo dos *sobredireitos* (falemos assim) de personalidade, que são a manifestação do pensamento, a criação, a informação, etc., a que se acrescenta aquele de preservar o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício da profissão do informante, mais a liberdade de trabalho, ofício, ou profissão. Somente depois é que se passa a cobrar do titular de tais *sobressituações* jurídicas ativas um eventual desrespeito a direitos constitucionais alheios, ainda que também densificadores da personalidade humana; ou seja, como exercer em plenitude o direito à manifestação do pensamento e de expressão em sentido geral (*sobredireitos de personalidade*, reitere-se a afirmativa), sem a possibilidade de contraditar, censurar, desagradar e até eventualmente chocar, vexar, denunciar terceiros? Pelo que o termo "observado", referido

pela Constituição no *caput* e no § 1º do art. 220, é de ser interpretado como **proibição de se reduzir a coisa nenhuma dispositivos igualmente constitucionais, como os mencionados incisos IV, V, X, XIII e XIV do art. 5º**. Proibição de se fazer *tabula rasa* desses preceitos igualmente constitucionais, porém sem que o receio ou mesmo o temor do abuso seja impeditivo do pleno uso das liberdades de manifestação do pensamento e expressão em sentido lato.

41. Sem que o receio ou mesmo o temor do abuso seja impeditivo do pleno uso das duas categorias de liberdade, acabamos de falar, porque, para a Constituição, o que não se pode é, por antecipação, amesquinhar os quadrantes da personalidade humana quanto aos seguintes dados de sua própria compostura jurídica: liberdade de manifestação do pensamento e liberdade de expressão em sentido genérico (aqui embutidos a criação e o direito de informar, informar-se e ser informado, como expletivamente consignado pelo art. 37, 1, da Constituição portuguesa de 1976, "versão 1997"). Caso venha a ocorrer o deliberado intento de se transmitir apenas em aparência a informação para, de fato, ridicularizar o próximo, ou, ainda, se objetivamente faz-se real um excesso de linguagem tal que faz o seu autor resvalar para a zona proibida da calúnia, da difamação, ou da injúria, aí o corretivo se fará pela exigência do direito de resposta por parte do ofendido, assim como pela assunção de responsabilidade civil ou penal do ofensor. Esta, e não outra, a lógica primaz da interação em causa.

42. Lógica primaz ou elementar – retome-se a afirmação – porque reveladora da mais natural cronologia das coisas. Não há como garantir a livre manifestação do pensamento, tanto quanto o direito de expressão *lato sensu* (abrangendo, então, por efeito do *caput* do art. 220 da CF, a criação e a informação), **senão em plenitude**. **Senão colocando em estado de momentânea paralisia a inviolabilidade de certas categorias de direitos subjetivos fundamentais, como, por exemplo, a intimidade, a vida privada, a imagem e a honra de terceiros**. Tal inviolabilidade, aqui, ainda que referida a outros bens de personalidade (o entrechoque é entre direitos de personalidade), não pode significar mais que o direito de resposta, reparação pecuniária e persecução penal, quando cabíveis; não a traduzir um direito de precedência sobre a multicitada parelha de *sobredireitos* fundamentais: a manifestação do pensamento e a expressão em sentido geral. Sendo que, no plano civil, o direito à indenização será tanto mais expressivo quanto maior for o peso, o tamanho, o grau da ofensa pessoal. Donde a Constituição mesma falar de direito de resposta "proporcional ao agravo", sem distinguir entre o agravado **agente público** e o agravado **agente privado**. Proporcionalidade, essa, que há de se comunicar à reparação pecuniária, naturalmente. Mas sem que tal reparação financeira descambe jamais para a exacerbação, porquanto: primeiro, a *excessividade* indenizatória já é, em si mesma, poderoso fator de inibição da liberdade de imprensa; segundo, esse *carregar nas cores* da indenização pode levar até mesmo ao fechamento de pequenos e médios órgãos de comunicação social, o que é de todo impensável num regime de plenitude da liberdade de informação jornalística. Sem falar que, em se tratando de agente público, ainda que injustamente ofendido em sua honra e imagem, **subjaz à indenização**

uma imperiosa cláusula de modicidade. Isto porque todo agente público está sob permanente vigília da cidadania (é direito do cidadão saber das coisas do Poder, *ponto por ponto*), exposto que fica, além do mais, aos saneadores efeitos da parábola da "mulher de César": não basta ser honesta; tem que parecer. E, quando o agente estatal não prima por todas as aparências de legalidade e legitimidade no seu atuar oficial, atrai contra si mais fortes suspeitas de comportamento antijurídico. O que propicia maior número de interpelações e cobranças em público, revelando-se claramente inadmissível que semelhantes interpelações e cobranças, mesmo que judicialmente reconhecidas como ofensivas, ou desqualificadoras, venham a ter como sanção indenizatória uma quantia tal que leve ao empobrecimento do cidadão agressor e ao enriquecimento material do agente estatal agredido. Seja como for, quer o ofendido esteja na condição de agente privado, quer na condição de agente público, o que importa para o intérprete e aplicador do Direito é revelar a vontade objetiva da Constituição na matéria. E esse querer objetivo da Constituição reside no juízo de que **a relação de proporcionalidade entre o dano moral ou material sofrido por alguém e a indenização que lhe cabe receber (quanto maior o dano, maior a indenização) opera é no próprio interior da relação entre a potencialidade da ofensa e a concreta situação do ofendido. Nada tendo a ver com essa equação a circunstância em si da veiculação do agravo por órgão de imprensa. Repito: nada tendo a ver com essa equação de Direito Civil a circunstância da veiculação da ofensa por órgão de imprensa, porque, senão, a liberdade de informação jornalística deixaria de ser um elemento de expansão e de robustez da liberdade de pensamento e de expressão *lato sensu* para se tornar um fator de contração e de esqualidez dessa liberdade. Até de nulificação, no limite.**

43. Já no que diz respeito à esfera penal, o esquadro jurídico-positivo também não pode ser de maior severidade contra jornalistas. Vale dizer, a lei não pode distinguir entre pessoas comuns e jornalistas para desfavorecer penalmente estes últimos, senão caminhando a contrapasso de uma Constituição que se caracteriza, justamente, pelo desembaraço e até mesmo pela plenificação da liberdade de agir e de fazer dos atores de imprensa e dos órgãos de comunicação social. **Logo, é repelente de qualquer ideia de tipificação criminosa em apartado a conduta de quem foi mais generosamente aquinhoado pela Constituição com a primazia das liberdades de manifestação do pensamento e de expressão em sentido genérico**.

44. Cuida-se, tal primazia, marcadamente em matéria de imprensa, de uma ponderação ou sopesamento de valores que a própria Constituição antecipadamente faz e resolve por um modo temporalmente favorecedor do pensamento e da expressão; ou seja, antes de tudo, duas coisas: uma, o ato de pensar em público ou para além dos escaninhos simplesmente mentais da pessoa humana, sabido que "manifestação de pensamento" implica esse transpasse de uma esfera simplesmente abstrata ou interna ao indivíduo para outra empírica ou externa; a segunda, o ato de se expressar intelectualmente, artisticamente, cientificamente e comunicacionalmente, a se dar, por evidente, no mundo das realidades empíricas.

Somente depois de qualquer dessas duas atuações em concreto é que se abre espaço à personalíssima reação dos eventuais prejudicados na sua intimidade, vida privada, honra e imagem.

45. Nova pergunta é de se fazer, também sob a marca da imperiosidade: como entronizar o indivíduo nesses bens de personalidade que são a manifestação do pensamento e a expressão em sentido geral, se a ele é negada a possibilidade de fazer de cada obra sua *um retrato falado* de si mesmo? Se cada autor, cada escritor, cada pensador e cada artista tem por quintessência do seu DNA imaterial a ironia, por hipótese, como impedir que seja igualmente irônica a sua produção intelectual, ou artística, ou comunicacional? E se ele for um incréu (Millôr Fernandes fala do direito fundamental à descrença), um agnóstico, um iconoclasta, um evolucionista, um questionador, um anarquista (*Anarquistas, graças a Deus*, é o mais conhecido dos livros de Zélia Gattai), um arauto *do holismo, da utopia e do surreal*, como impedir que venha a contraditar, incomodar, desagradar ou até mesmo ofender, chocar, vexar, revoltar quem não o seja? Como proibir que o indivíduo seja ele mesmo em tudo que fizer, de sorte a que tudo que ele fizer seja ele mesmo? Encarnado e insculpido, como se dizia em português dos tempos idos? Impossível, a não ser pelo raso e frio holocausto da liberdade de imprensa em nosso País.

46. Nessa toada de intelecção constitucional da matéria, **quem quer que seja pode dizer o que quer que seja**, ao menos na linha de partida das coisas, pois a verdade, a beleza, a justiça e a bondade – só para citar os quatro valores por excelência da filosofia grega – podem depender dessa total apriorística liberdade de pensamento e de expressão para poder vir a lume. **O possível conteúdo socialmente útil da obra a compensar eventuais excessos de estilo e da própria verve do autor**. Não é de René Descartes a máxima de que não lhe impressionava o argumento de autoridade, mas, isto sim, a autoridade do argumento? Não é de Voltaire a sentença de que "não concordo com uma só das palavras que dizeis, mas defenderei até à morte o vosso direito de dizê-las"? Sobremais, **é no desfrute da total liberdade de manifestação do pensamento e de expressão *lato sensu* que se pode fazer de qualquer dogma um problema**. Um objeto de reflexão e de intuição, para ver até que ponto o conhecimento tido por assente consubstancia, ou não, um valor em si mesmo. Para se perquirir, como o fizeram Galileu Galilei e Giordano Bruno, se determinado experimento ou uma dada teoria não passam de condicionamentos mentais, ou sociais, que nada têm a ver com as leis da natureza ou com a evolução espiritual da humanidade.

47. Sustentar o contrário parece-me postura de quem *vaza os próprios olhos* para não ter que enxergar esses dois enfáticos e geminados comandos constitucionais: primeiro, o de que os *sobredireitos* de personalidade aqui seguidamente vocalizados se caracterizam pelo seu exercício "livre" (incisos IV e IX do art. 5º da Constituição); segundo, o de se tratar de superiores direitos que, se manifestados por órgão de imprensa ou como expressão de atividade jornalística, **passam a receber sobretutela em destacado capítulo da nossa Lei Maior (Capítulo V do Título VIII)**, pois a dupla verdade jurídico-científica traduz-se

em que a imprensa tem o condão de favorecer o uso desses tão encarecidos direitos de personalidade (*sobredireitos*, nunca é demais repetir) e ainda se põe como *vizinha de porta da democracia,* **essa verdadeira célula *mater* de todas as grandes virtudes coletivas**. Condôminos, então (imprensa livre e democracia), de um metafórico edifício que a nossa Lei Maior ergueu para possibilitar à nação brasileira caminhar mais decidida e facilitadamente na direção de si mesma. Que possivelmente seja a direção de uma liberdade, de uma igualdade e de uma fraternidade mais afeiçoadas ao nosso modo preponderantemente sentimental, intuitivo, alegre, espontâneo, criativo e agregador de ser (a despeito das duas maiores nódoas ético-espirituais de toda a nossa formação enquanto colônia, reino unido e Estado soberano, que foram as imperecíveis nódoas da escravidão negra e do quase completo etnocídio das nossas populações indígenas. À guisa da exortação que se contém no "Conhece-te a ti mesmo", do oráculo de Delfos, e no "Torna-te quem és", do genial filósofo alemão Friedrich Nietzsche. Donde a precedente afirmação de que, **à luz de uma Constituição que tanto favorece a liberdade de imprensa, não cabe sequer falar de um destacado sistema penal na matéria**. Seria dar com uma das mãos e tomar com a outra, como vigorosamente advertia Geraldo Ataliba. Modo *desinteligente* de se interpretar dispositivos jurídicos (ao contrário, pois, do que preconizava Carlos Maximiliano), mormente os encartados na Constituição.

48. Está-se primariamente a lidar, assim, com direitos constitucionais insuscetíveis de sofrer "qualquer restrição (...)", seja qual for a "forma, processo ou veículo" de sua exteriorização. O que vem a ser confirmado pelo § 1º do mesmo artigo constitucional de número 220, *verbis*:

> Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

49. Tem-se agora um comando constitucional que vai mais longe ainda no seu decidido propósito de prestigiar a cronologia aqui defendida como de compulsória observância. Preceito constitucional que chega a interditar a própria opção estatal por dispositivo de lei que venha a "constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social". Logo, **a uma atividade que já era "livre" foi acrescentado o qualificativo de "plena"**. Liberdade plena, entenda-se, no que diz respeito à essência mesma do jornalismo. **Ao seu "núcleo duro"**, **que são as coordenadas de tempo e de conteúdo da manifestação do pensamento e da criação *lato sensu*, quando veiculada por órgão de comunicação social**. É o que se pode chamar de matéria centralmente de imprensa; ontológica ou axialmente de imprensa, devido a que os temas periféricos, estes, sim, a Constituição coloca ao dispor daquele poder estatal de legislar. Aqui, por se tratar de temas circundantes ou que giram na órbita da liberdade de informação jornalística (sem com essa liberdade se confundir, todavia), o poder estatal de legislar é de ser reconhecido. Ali, por se cuidar do núcleo ou da medula mesma da liberdade de informação jornalística, nenhum poder estatal de legislar é de subsistir.

50. Talvez com maior precisão hermenêutica: a liberdade de informação jornalística, para se revestir do pleno desembaraço que lhe assegura a Constituição, há de implicar interdição à lei quanto a duas nucleares dimensões: **primeira, o tempo de início e de duração do seu exercício; segunda, sua extensão ou tamanho do seu conteúdo**. Coordenadas de tempo e de conteúdo que exprimem o que vimos chamando de "núcleo duro" ou essência mesma da liberdade de imprensa. Seu epicentro. Restando claro que, se o Estado puder interferir nesse compactado núcleo, estará marcando limites ou erguendo diques para o fluir de uma liberdade que a nossa Lei Maior somente concebeu em termos absolutos; ou seja, sem a mínima possibilidade de apriorístico represamento ou contenção.

51. Essa interdição ao poder legislativo do Estado significa, então, que nem mesmo o Direito-lei tem a força de interferir na oportunidade/duração de exercício, tanto quanto no cerne material da liberdade de informação jornalística (conteúdo/extensão). Noutro dizer, **liberdade que têm suas coordenadas temporais e materiais exclusivamente ao dispor do seu individualizado titular em cada caso concreto**. Assumindo ele, óbvio, as consequências civis e penais que são próprias das pessoas ou agentes comuns. Além de não poder se opor a eventual direito de resposta. Direito que se manifesta como ação de replicar, ora para o efeito de simples retificação da matéria publicada, ora para o fim de centrado contradiscurso por parte daquele que se vê ofendido em sua subjetividade, ou, então, insultuosamente desqualificado enquanto pensador, cientista, criador, ou simples observador da cena existencial.

52. Um segundo desdobramento hermenêutico ainda se desprende dessa mesma interdição legislativa quanto à medula mesma da liberdade de informação jornalística: a de que, no tema, **há uma necessária linha direta entre a imprensa e a sociedade civil**. Se se prefere, vigora em nosso ordenamento constitucional uma forma de interação imprensa/sociedade civil que não passa, **não pode passar pela mediação do Estado**. Interação que pré-exclui, portanto, a figura do *Estado-ponte* em matéria nuclear ou axialmente de imprensa. Tudo sob a ideia-força de que à imprensa incumbe controlar o Estado, e não o contrário, conforme ressalta o jornalista Roberto Civita, presidente da Editora Abril e editor da revista *Veja*, com estas apropriadas palavras: "**Contrariar os que estão no poder é a contrapartida quase inevitável do compromisso com a verdade da imprensa responsável**" (p. 114 da edição especial de *Veja* do dia 10 de setembro de 2008, ano 41, n. 36).

53. Não cessa por aqui o mais firme compromisso da Constituição com esse fazer da imprensa o mais eficaz mecanismo de concreto gozo das liberdades de manifestação do pensamento e da expressão em seu sentido mais abrangente. É que o § 3º do mesmíssimo art. 220 ainda contém o seguinte relato: "É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística". Com o que a nossa Magna Lei corrobora toda a gama dos *sobredireitos* fundamentais do indivíduo, no tema, **porém no âmbito de um conjunto normativo ainda mais protegido contra as arremetidas antijurídicas do Estado e dos próprios agentes privados**: o conjunto normativo que se veicula, justamente, pelo

capítulo constitucional centralmente devotado à liberdade de imprensa, que é, justamente, o Capítulo V do Título VIII da Constituição (conjunto de preceitos fundamentais por arrastamento ou vívida solidariedade de conteúdo e fim, já deixamos assentado, pois nem todo preceito constante de uma Lei Fundamental é por ela mesma qualificado como "fundamental" perante outros do seu unitário lastro formal ou tessitura discursiva).

54. É hora de uma primeira conclusão deste voto e ela reside na proposição de que a Constituição brasileira se posiciona diante de bens jurídicos de personalidade para, de imediato, cravar uma primazia ou precedência: **a das liberdades de pensamento e de expressão *lato sensu* (que ainda abarca todas as modalidades de criação e de acesso à informação, esta última em sua tríplice compostura**, conforme reiteradamente explicitado). Liberdades que não podem *arredar pé* ou sofrer antecipado controle nem mesmo por força do Direito-lei, compreensivo este das próprias emendas à Constituição, frise-se. Mais ainda, liberdades reforçadamente protegidas se exercitadas como atividade profissional ou habitualmente jornalística e como atuação de qualquer dos órgãos de comunicação social ou de Imprensa. Isto de modo conciliado:

> I – **contemporaneamente**, com a proibição do anonimato, o sigilo da fonte e o livre exercício de qualquer trabalho, ofício, ou profissão;
>
> II – ***a posteriori***, com o direito de resposta e a reparação pecuniária por eventuais danos à honra e à imagem de terceiros. Sem prejuízo do uso de ação penal também ocasionalmente cabível, nunca, porém, em situação de rigor mais forte do que o prevalecente para os indivíduos em geral.

55. Outra não podia ser a escolha da nossa Lei Maior, em termos operacionais, pois sem essa absoluta primazia do que temos chamado de *sobredireitos* fundamentais **sobejariam falsas desculpas, sofismas, alegações meramente retóricas para, a todo instante, crucificá-los no madeiro da mais virulenta reação por parte dos espíritos renitentemente autoritários, antiéticos, ou obscurantistas, quando não concomitantemente autoritários, antiéticos e obscurantistas**. Inimigos figadais, por consequência, da democracia e da imprensa livre. Do que aflora a nítida compreensão de que os bens jurídicos em confronto são daqueles que, em parte, se caracterizam por uma recíproca excludência no tempo. A opção que se apresentou ao Poder Constituinte de 1987/1988 foi do tipo radical, no sentido de que não era possível, no tema, *servir ao mesmo tempo a dois senhores*. Donde a precedência que se conferiu ao pensamento e à expressão, resolvendo-se tudo o mais em direito de resposta, ações de indenização e desencadeamento da chamada *persecutio criminis*, quando for o caso.

56. Dois parênteses, no entanto, devo abrir:

> I – o primeiro, para dizer que estou a falar de direitos de personalidade, não na perspectiva da personalidade como instantâneo atributo de todo ser humano *nativivo*, assim regrado pelo art. 2º do nosso Código Civil: "A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida, mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro". Artigo que faz

da vida humana pós-parto um automático centro subjetivado de direitos e obrigações, estas últimas *pari passu* ou em sintonia com o efetivo estádio mental de cada pessoa natural. Não é isso. Estou a falar de direitos de personalidade como situações jurídicas ativas que o Direito Constitucional vai positivando **como expressão de vida humana digna**. Direitos subjetivos que são ditados em harmonia com o grau de avanço cultural de cada povo, correspondendo à *âncora* político-filosófica de que não basta ao ser humano viver; é preciso fazê-lo com dignidade. **Não como requisito de formação da personalidade, mas de sua justa e por isso mesmo imperiosa valorização**. Logo, direitos subjetivos que densificam, entre nós, o princípio estampado no inciso III do art. 1º da nossa Constituição, não por acaso nominado como "dignidade da pessoa humana". Mais ainda, direitos subjetivos que, **antes de falar bem de toda e qualquer pessoa natural que os titularize, falam bem é da própria coletividade que os reconhece**. Isto na medida em que tal coletividade se assume como capaz de conciliar, no bojo de sua própria Constituição, a mais avançada democracia com o mais atualizado humanismo. Enfim, direitos subjetivos que, ainda assim positivados como *dignificação* da personalidade humana a partir de um certo grau de evolução político-cultural desse ou daquele povo soberano, admitem temperamentos quando do seu entrechoque eficácio-temporal com outros direitos da mesma índole;

II – o segundo parêntese é para nos possibilitar dizer que essa hierarquia axiológica, essa primazia político-filosófica das liberdades de pensamento e de expressão *lato sensu* afasta sua categorização conceitual como "normas-princípio" (categorização tão bem exposta pelo jurista alemão Robert Alexy e pelo norte-americano Ronald Dworkin). É que nenhuma dessas liberdades se nos apresenta como "mandado de otimização", pois não se cuida de realizá-las "na maior medida possível diante das possibilidades fáticas e jurídicas existentes" (*apud* Virgílio Afonso da Silva, em *A constitucionalização do Direito*: os direitos fundamentais nas relações entre particulares", Malheiros Editores, p. 32/35, 2ª tiragem). Tais possibilidades não contam, simplesmente, **porque a precedência constitucional é daquelas que se impõem em toda e qualquer situação concreta**. Assim na esfera de atuação do Estado quanto dos indivíduos. Logo, valendo terminantemente para todas as situações da vida em concreto, pouco importando a natureza pública ou privada da relação entre partes, ambas as franquias constitucionais encarnam uma tipologia normativa bem mais próxima do conceito de "normas-regra"; isto em consideração ao fato de que, temporalmente, e com o timbre da invariabilidade, **preferem** à aplicação de outras regras constitucionais sobre direitos de personalidade. Não para invalidar estes últimos, mas para sonegar-lhes a nota da imediata produção dos efeitos a que se preordenam, sempre que confrontados com as liberdades de manifestação do pensamento e de expressão *lato sensu*. Mormente se tais liberdades se dão na esfera de atuação dos jornalistas e dos órgãos de comunicação social.

57. Parênteses fechados, retomo o fio do raciocínio hermenêutico-aplicativo para acrescentar que toda a lógica dos comandos constitucionais brasileiros, na matéria, ainda absorve uma outra interdição da faina legislativa do Estado. **Refiro-me à impossibilidade de produção de uma "lei de imprensa", como tal**

entendido um diploma legislativo de feição orgânica ou estatutária. Diploma de máxima concentração material, porquanto exauriente dos temas essencialmente de imprensa, além daqueles de natureza periférica ou circundante.

58. Fácil demonstrar o acerto deste novo juízo. Primeiramente, sinta-se que as comentadas referências constitucionais à lei (e, por implicitude, à função executiva do Estado) é para interditá-la quanto àquilo que verdadeiramente interessa: **dispor sobre as coordenadas de tempo e de conteúdo das liberdades de pensamento e de expressão em seu mais abrangente sentido ("liberdade de informação jornalística" ou matéria essencialmente de imprensa**, vimos dizendo). É afirmar: para a nossa Constituição, o concreto uso de tais liberdades implica **um quando, um quê e um para quê** antecipadamente excluídos da mediação do Estado, a partir da própria função legislativa. Confira-se, ainda uma vez, a própria voz da nossa Magna Carta Federal:

> I – "Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição" – ou seja, observado **apenas** o que se contiver na própria Constituição. Não o que for acrescentado por modo legislativo, ou executivo;
>
> "§ 1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV;" – de novo, observado **tão somente** o disposto nos dispositivos constitucionais de logo citados;
>
> "§ 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística" – disposição também proibitiva de atuação mediadora do Estado, e que, em verdade, incorre numa redundância somente explicável pelo deliberado intento da Constituição em se fazer expletiva, minudente, casuística, para que nenhuma dúvida interpretativa restasse quanto à pré-exclusão estatal nos encarecidos "quando", "como" e "quê" da liberdade de imprensa, com a única ressalva, vimos dizendo, do direito de resposta.

59. Ora, a razão de ser desse inequívoco bloqueio à mediação estatal, a partir da função legislativa (esse primeiro momento lógico da vida do Estado e do Direito), é justamente a entronização de sujeitos privados no gozo de franquias especificamente identificadas com toda concepção de imprensa livre. Franquias ou bens jurídicos **ontologicamente de imprensa**, porquanto constitutivos do que se poderia chamar, aristotelicamente, de *causa formal* dela própria. Visto que **imprensa livre e desembaraço total no desfrute das liberdades aqui exaltadas são, para a nossa Constituição, uma coisa só**. **Uma realidade inapartável**. Por isso que seu regime jurídico tem na Constituição mesma um concomitante ponto de partida e de chegada. Sem abertura de espaço para interposta legislação (quanto mais para a função executiva do Estado!), o que deixa sem sentido a edição de uma lei estatutária que já se sabe proibida de dispor sobre condutas – esse é o ponto – ontológica ou essencialmente de imprensa. **Uma lei de imprensa que nada de axial ou elementarmente de imprensa pode conter.**

60. Acresce que, ainda na esfera dos bens jurídicos ontologicamente fundidos com a noção de imprensa livre, o modo intransigente como a nossa Constituição impõe ao Estado o dever da não interferência **acarreta para ele a lógica impossibilidade de dispor sobre o seu próprio modo de se omitir**. Sobre o seu próprio jeito de suportar uma interdição que a Lei Fundamental impôs com todo rigor, pois esse tipo de interposta ação estatal terminaria por relativizar o que foi constitucionalmente concebido como absoluto. E concebido por modo absoluto como condição e garantia de *sobre-eficácia* do querer normativo da Constituição em tema tão cultural e politicamente sensível como a liberdade de imprensa.

61. De se ver que as normas constitucionais assim terminantemente proibitivas de atuação estatal intercalar se definem como de "eficácia plena e aplicabilidade imediata" (José Afonso da Silva, *Aplicabilidade das normas constitucionais*, Malheiros Editores, edição inicial de 1968), ou como normas constitucionais de *pronta aplicação*, conforme classificação que pessoalmente adotamos, na companhia do pranteado constitucionalista Celso Ribeiro Bastos (*Interpretação e aplicabilidade das normas constitucionais*, Editora Saraiva, 1982), **porém, mais que isto, cuida-se de "normas irregulamentáveis"**. E normas irregulamentáveis porque, no caso, têm na própria interdição da interferência do Estado o seu modo cabal e ininterrupto de incidir. A sua natural condição de serena, total e permanente aplicabilidade. Acabado exemplo, primeiramente, de "normas íntegras, cheias, maciças, quando focadas sob o ângulo da matéria que veiculam, não apresentando frinchas ou brechas passíveis de colmatação, (...) pois nada se pode introduzir em algo que já é, por si, compacto" (p. 38 da sobredita obra conjunta). Depois disso, normas que incidem (as irregulamentáveis) "diretamente sobre os fatos regulados, repudiando qualquer regramento adjutório (...). É dizer, a vontade normativa surge e se exaure no próprio texto da Lei Suprema, como condição absoluta de respeito à sua manifestação originária" (p. 39 da mesma obra conjunta). O que robustece a anterior proposição do sem-sentido de uma lei eminentemente estatutária de imprensa em nosso País.

62. Não é tudo. Outro óbice lógico à confecção de uma lei de imprensa entre nós é que a serventia de uma lei orgânica ou estatutária não pode deixar de ser esta: **aviar a segunda parte de um regime jurídico sobre determinado tema que a nossa Constituição intencionalmente iniciou para outro diploma normativo concluir**. Tema ou figura de Direito que se inicia no corpo normativo da Magna Carta Federal, sim, mas apenas como intencional ou declarado ponto de partida. A própria Constituição a convocar o legislador de segundo escalão para o aporte regratório da parte restante, como, por amostragem, se dá com os seguintes dispositivos: a) art. 29, versante sobre a "lei orgânica" de cada Município brasileiro; b) art. 93, a respeito do "Estatuto da Magistratura"; c) § 5º do art. 128, acerca do "estatuto de cada Ministério Público".

63. Decididamente, não é o caso da imprensa como figura de Direito Constitucional brasileiro. Em nenhum momento do seu falar imperativo a

Constituição iniciou a regulação da matéria para outro diploma legislativo retomar e concluir, se a conduta é nuclearmente de imprensa. **Bem ao contrário, em comportamentos da espécie o comando constitucional é intransponivelmente proibitivo da intromissão estatal, em qualquer das personalizadas esferas da Federação brasileira**. Logicamente proibitivo, até, porque nenhuma lei pode ir além do que já foi a Magna Carta de 1988, simplesmente porque a nossa Constituição já foi ao máximo da proteção que se pode, teoricamente, conferir à liberdade da profissão de jornalista e de atuação dos meios de comunicação social. E, se nenhuma lei pode ir além do que já foi constitucionalmente qualificado como "livre" e "pleno", a ideia mesma de uma lei de imprensa em nosso País soaria aos ouvidos de todo e qualquer operador do Direito como inescondível tentativa de embaraçar, restringir, dificultar, represar, inibir aquilo que a nossa Lei das Leis circundou com o mais luminoso halo da liberdade em plenitude.

64. É o quanto me basta para chegar a duas outras centradas conclusões deste voto: a) **não há espaço constitucional para movimentação interferente do Estado em qualquer das matérias essencialmente de imprensa**; b) a Lei federal 5.250/1967, sobre disciplinar matérias essencialmente de imprensa, misturada ou englobadamente com matérias circundantes ou periféricas e até sancionatórias (de *enfiada*, portanto), **o faz sob estruturação formal estatutária**. Dois procederes absolutamente inconciliáveis com a superveniente Constituição de 1988, notadamente pelo seu art. 220 e § 1º, § 2º e § 6º dele próprio, **a acarretar o kelseniano juízo da não recepção do Direito velho, todo ele, pela ordem constitucional nova**. Circunstância que viabiliza o emprego da arguição de descumprimento de preceito fundamental como fórmula processual subsidiária da ação direta de inconstitucionalidade (ADI), nos termos das regras que se lê no § 1º do art. 102 da CF e no § 1º do art. 4º da Lei 9.882/1999 – Lei da ADPF. Fórmula instauradora de um substitutivo controle abstrato de constitucionalidade que se revela tanto mais necessário quanto envolto em concreta (agora sim) ambiência jurisdicional timbrada por decisões conflitantes[3].

65. Sob esse prisma, não vale a contradita de ser a vigente Lei de Imprensa um diploma normativo contemporâneo da Carta de 1967, o que lhe propiciaria escapar, por dois aspectos, ao exame de compatibilidade com a ordem constitucional que lhe sobreveio (a de 1988): a) primeiro aspecto, atinente ao órgão estatal de que a lei agora sindicada proveio; b) segundo aspecto, alusivo à forma estatutária como a Lei 5.250/1967 dispôs sobre as coisas. E não vale a contradita **porque subsiste uma incompatibilidade material que é tão em bloco quanto insuperável**. Explico.

---

[3] Diz a lei da arguição de descumprimento de preceito fundamental, pelo seu art. 1º: "A arguição prevista no § 1º do art. 102 da Constituição Federal será proposta perante o Supremo Tribunal Federal, e terá por objeto evitar ou reparar lesão a preceito fundamental, resultante de ato do Poder Público". "Parágrafo único. Caberá também arguição de descumprimento de preceito fundamental: I – quando for relevante o fundamento da controvérsia constitucional sobre lei ou ato normativo federal, estadual ou municipal, incluídos os anteriores à Constituição" (caso da Lei de Imprensa).

66. A atual Lei de Imprensa foi concebida e promulgada num prolongado período autoritário da nossa história de Estado soberano, conhecido como "anos de chumbo" ou "regime de exceção" (período que vai de 31 de março de 1964 a princípios do ano de 1985). Regime de exceção escancarada ou vistosamente inconciliável com os arejados cômodos da democracia afinal resgatada e orgulhosamente proclamada na Constituição de 1988. E tal impossibilidade de conciliação, sobre ser do tipo material ou de substância (vertical, destarte), contamina toda a Lei de Imprensa:

> I – quanto ao seu ardiloso ou subliminar entrelace de comandos, a serviço da lógica matreira de que para cada regra geral afirmativa da liberdade é aberto um leque de exceções que praticamente tudo desfaz;
>
> II – quanto ao seu *spiritus rectus* ou fio condutor do propósito último de ir além de um simples projeto de governo para alcançar a realização de um projeto de poder. Projeto de poder que, só para ficar no seu viés político-ideológico, imprimia forte contratura em todo o pensamento crítico e remetia às *calendas gregas* a devolução do governo ao poder civil.

67. Sem maior esforço mental, por conseguinte, conclui-se que a lei em causa faz da liberdade de imprensa uma obra de impostura, distanciada a *anos-luz* da radical tutela que salta de uma Constituição apropriadamente apelidada de *cidadã* pelo Deputado Federal Ulysses Guimarães (Presidente da Assembleia Nacional Constituinte de 1987/1988). Por ilustração, se o art. 1º da Lei de Imprensa, cabeça, assenta que "[é] livre a manifestação do pensamento e a procura, o recebimento e a difusão de informações ou ideias, por qualquer meio, e sem dependência de censura, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer", passa a dizer já no § 1º desse mesmo artigo que "[n]ão será tolerada a propaganda (...) de processos de subversão da ordem política e social (...)", e, na mesma toada de prepotência e camuflagem discursiva, acrescenta no parágrafo subsequente que "[o] disposto neste artigo não se aplica a espetáculos e diversões públicas, que ficarão sujeitos à censura, na forma da lei, nem na vigência do estado de sítio, quando o Governo poderá exercer a censura sobre os jornais ou periódicos e empresas de radiodifusão e agências noticiosas nas matérias atinentes aos motivos que o determinaram, como também em relação aos executores daquela medida" (sem ao menos dizer "nos termos" ou "na forma da lei"). Por igual, se, no *caput* do seu art. 2º, estabelece que "[é] livre a publicação e circulação, no território nacional, de livros e jornais e outros periódicos (...)", aí mesmo já principia a fragilizar o seu enunciado com um tipo de exceção que *põe tudo abaixo*: "salvo clandestinos ou quando atentem contra a moral e os bons costumes". Sobremais, impõe aos jornais e periódicos um regime tal de obrigações de registro e controle estatais que passa a corresponder ao mais rigoroso enquadramento com a ideologia de Estado então vigente (arts. 8º a 11). Já pelo seu art. 61, sujeita a apreensão os impressos que "contiverem propaganda de guerra ou de preconceitos de raça ou de classe, bem como os que promoverem incitamento à subversão da ordem política e social" (inciso I), ou, então, "ofenderem a moral pública e os bons costumes" (inciso II). Apreensão

que, de início é regrada como da competência do Poder Judiciário, a pedido do Ministério Público (§ 1º do mesmo art. 61), porém já na cabeça do art. de número 63 é transferida para o ministro da Justiça e Negócios Interiores, nas situações de urgência. E assim, de ressalva em ressalva, de exceção em exceção, de aparentes avanços e efetivos recuos, a Lei 5.250/1967 é um todo *pro-indiviso* que encerra modelo autoritário de imprensa em nada ajustado ao art. 220 da CF, mais os § 1º, § 2º e § 6º desse mesmo artigo, consagradores do clima de democracia plena que a nação passou a respirar com a promulgação da Magna Carta de 1988. Pior ainda, a Lei federal 5.250/1967 é tão servil do mencionado "regime de exceção", tão objetivamente impregnada por ele, que chega a ser um dos seus principais veículos formais de concreção. O próprio *retrato falado* e símbolo mais representativo, no plano infraconstitucional, de toda aquela desditosa quadra de amesquinhamento dos foros de civilidade jurídica do Brasil.

68. Tudo isto sem falar nos capítulos em que ela, Lei de Imprensa, define crimes e comina penas por "*abusos no exercício da liberdade de manifestação do pensamento e informação* (Capítulo de número III, que vai do art. 12 ao art. 28), seguido daquele que versa o tema da "*responsabilidade penal*" (Capítulo de número V, compreendendo os arts. de 37 a 48). Quando é da lógica perpassante dos mesmíssimos preceitos constitucionais (art. 220 e seus § 1º, § 2º e § 6º) o comando de que os eventuais abusos sejam detectados caso a caso, jurisdicionalmente (é abusivo legislar sobre abusos de imprensa, averbo), **pois esse modo casuístico de aplicar a Lei Maior é a maneira mais eficaz de proteção dos superiores bens jurídicos da liberdade de manifestação do pensamento e da liberdade de expressão *lato sensu***. E já vimos que o tratamento penal mais gravoso para condutas de imprensa implica discriminar quem, precisamente, retira do linguajar prescritivo da nossa Constituição apoio incondicionado para o seu agir e o seu fazer na matéria.

69. Ora bem, presente esse vasto panorama, o intérprete jurídico não tem como deixar de se render às seguintes coordenadas: quando a colisão entre a lei menor e a Constituição Federal se dá em quase toda essa cadeia de técnica redacional, fio condutor das ideias e finalidades político-ideológicas a alcançar, o que toma corpo não é simplesmente uma antinomia material entre dispositivos de desigual hierarquia. **O que em verdade se tem é uma realidade marcada por diplomas normativos ferozmente antagônicos em sua integralidade. Visceralmente contrários, em suas linhas e entrelinhas. Por isso que imprestável, o de menor escalão hierárquico, para tentativas de conciliação hermenêutica com o de maior envergadura hierárquica, seja mediante expurgo puro e simples de destacados dispositivos da lei, seja mediante o emprego dessa refinada técnica de controle de constitucionalidade que atende pelo nome de "interpretação conforme a Constituição**". É que até mesmo a técnica de *interpretação conforme* tem limites. Ela significa, sim, a recusa de incidência a um determinado sentido desse ou daquele preceito da lei interpretada, por incompatibilidade com a Constituição Federal, mas sob a condição de que semelhante operação não acarrete *indeterminabilidade*

de sentido da parte remanescente da lei em causa. É dizer, **a técnica da interpretação conforme não pode artificializar ou forçar a descontaminação da parte restante do diploma legal interpretado, pena de descabido incursionamento do intérprete em legiferação por conta própria**. Reescrevendo ele, em verdade, o texto interpretado (o que não se admite jamais), pois o fato é que tal artificialização ou *reescritura* importa o desmonte da própria razão de ser de todo o conjunto da obra legislativa de menor galardão. Assim como quem transforma, num passe de mágica, o mais poluído pântano em cristalina água da fonte. Espécie de emenda insuscetível de salvar um soneto que tem em cada um dos seus versos a motivação e o significado, não apenas do verso anterior ou dos versos anteriores, não somente do verso posterior ou dos versos posteriores, **mas de todos eles em congruente e inapartável unidade**. Caso-limite ou situação extrema de interpretação necessariamente conglobante ou por arrastamento teleológico, a pré-excluir do intérprete/aplicador do Direito: primeiro, qualquer possibilidade da declaração de inconstitucionalidade de destacados dispositivos da lei sindicada, mas permanecendo incólume uma parte sobejante que já não tem significado autônomo; segundo, a possibilidade da declaração tão somente de não incidência de um ou de mais de um significado desse ou daquele isolado preceito da lei de menor hierarquia frente à Constituição. Formulação teorética, esta (que ora vocalizo), imperiosamente ditada pela consideração de que, no particular, deixam de ter prestimosidade dois métodos de interpretação jurídica: a) o método teleológico, sabido que não se muda, a golpes de interpretação, o *telos* ou a finalidade da norma interpretada; b) o método sistemático, dada a impossibilidade de se preservar, após artificiosa hermenêutica de depuração, a coerência ou o equilíbrio interno de uma lei (a Lei federal 5.250/1967) que foi ideologicamente concebida e maquinadamente escrita para operar em bloco. Urdida e concretamente redigida sob os auspícios do pensar maquiavélico de que **o bem deve ser feito aos poucos, enquanto o mal, de uma vez só**. No caso, o mal do estrangulamento da liberdade de imprensa a ser perpetrado pelas tenazes de um só conjunto monolítico de regras legais, *acumpliciadamente* dispostas numa completa unidade de desígnios quanto ao seu conteúdo e finalidades próximas e remotas.

70. Convergentemente, é a linha de ponderação de Jorge Miranda – assim me parece –, quando lembra que, "se convém proceder, com a maior eficácia possível, à expurgação do sistema jurídico de normas contrárias à Constituição, ela torna-se ainda mais necessária para normas anteriores do que para normas posteriores, visto que estas são decretadas por órgãos por ela criados e que se presume segundo seus critérios e valores, ao passo que as normas de Direito anterior são resquícios de um sistema ou de uma ideia de Direito que a Constituição erradicou definitivamente" (em *Manual de Direito Constitucional*, II, 2. edição revista, p. 350, Coimbra Editora, 1982). Também assim J. J. Gomes Canotilho, para quem a inconstitucionalidade parcial implica o reconhecimento da invalidade total de um enunciado normativo "quando, em consequência da declaração de inconstitucionalidade de uma norma, se reconheça que as normas restantes, conforme à Constituição, deixam de ter qualquer significado autônomo

(critério da dependência). Além disso, haverá nulidade total quando o preceito inconstitucional fazia parte de uma regulamentação global, à qual emprestava sentido e justificação (critério da interdependência)" (*Direito Constitucional*, 6. edição revista e ampliada, p. 1078, editora Almedina, 1993). É o que J. P. Lebreton designa por "solidariedade política" entre as diferentes normas da lei, a se traduzir num enlace operacional de permanente inseparabilidade (Les particularités de la juridiction constitucionnelle, RDP, 1983, n. 2, p. 437/438, *apud* Rui Medeiros, em *A decisão de inconstitucionalidade*: *os autores, o conteúdo e os feitos da decisão de inconstitucionalidade da lei*, Lisboa: Universidade Católica, 1999, p. 424).

71. Em conclusão, voto, inicialmente, pela confirmação do recebimento da presente arguição de descumprimento de preceito fundamental. Quanto ao mérito, encaminho o meu voto no sentido de sua total procedência (dela, arguição de descumprimento de preceito fundamental), para o efeito de declarar como não recepcionado pela Constituição de 1988 todo o conjunto de dispositivos da Lei federal 5.250, de 9 de fevereiro de 1967, nele embutido o de natureza penal (compreensivo dos preceitos definidores de crimes, impositivos de penas e determinantes de responsabilidades).

É como voto.

VOTO
(Aditamento)

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Senhor Presidente, eu aqui tenho apenas uma pequena dificuldade, que partilho com Vossas Excelências.

Primeiro: é que o capítulo da Lei de Imprensa sobre direito de resposta é minudente, detalhado e instrumentaliza bem o direito de resposta. Resta saber se a Constituição no particular também não é autoaplicável. Se a Constituição dispensa qualquer tentativa de regulamentação minudente.

Segundo: há um dispositivo que outorga aos jornalistas a prerrogativa da prisão especial. A minha proposta de não recepção total da lei me deixa com uma certa intranquilidade, no que tange a esse aspecto.

Mas é o meu voto. O meu voto é esse. Se Vossas Excelências entenderem que a questão implica um exame fatiado de dispositivo por dispositivo, eu trouxe um voto também nessa linha.

Por enquanto, eu fico com esse encaminhamento do voto.

PROPOSTA

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Tenho a impressão de que, com as considerações do Ministro Eros Grau, podemos considerar encerrada a sessão de hoje e retornar o julgamento amanhã. Temos matéria já preestabelecida para amanhã.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Amanhã ou na quarta próxima. Na quinta, geralmente nos dedicamos a matéria penal, com extradições etc.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Amanhã, Ministro Marco Aurélio.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Bom, eu consulto – temos matéria já preestabelecida para amanhã.

ESCLARECIMENTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Senhor Presidente, ultimamente – inclusive estou encaminhando uma petição a Vossa Excelência –, vem me preocupando o fato de não prevalecer a pauta dirigida, lançada no sítio do Tribunal. Há um caso em que o advogado aponta – repito, estou encaminhando a petição a Vossa Excelência – que a apreciação do processo já foi adiada sete vezes e ele seguidamente tem se deslocado, à custa do cliente, a Brasília praticamente toda semana. Por isso, preocupa-me muito a falta de observação da pauta dirigida.

VOTO
(Sobre proposta)

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Senhor Presidente, por coerência, já que votei no sentido do indeferimento da cautelar, permaneço indeferindo a prorrogação do prazo de vigência dessa mesma cautelar.

EXPLICAÇÃO

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Apenas para fazer rápidas observações, ao contrário do sustentado pelo Ministro Carlos Britto, já em escritos antigos, observei que a fórmula constante do art. 220, § 1º, segundo a qual "[n]enhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV", é apenas uma formulação aparentemente negativa.

Aqui, o que há é uma reserva legal qualificada e, portanto, não subscrevo esse entendimento de que não há lei e que não há matéria. Inclusive, em matéria de direito de resposta, fica evidente que a Constituição clama por norma de organização e procedimento. Não se pode simplesmente entregar a qualquer juiz ou tribunal a construção do que é o direito de resposta num setor extremamente sério, grave. Porque o mundo não se faz apenas de liberdade de imprensa, mas de dignidade da pessoa humana, de respeito à imagem das pessoas. É fundamental, portanto, que levemos em conta essas observações.

Mas apenas faço essas breves considerações para que, depois, possamos discutir em outra oportunidade.

Portanto, o julgamento fica marcado para o dia 15 de abril. Amanhã mantemos a pauta já divulgada.

EXTRATO DA ATA

ADPF 130/DF — Relator: Ministro Carlos Britto. Arguente: Partido Democrático Trabalhista – PDT (Advogados: Miro Teixeira e outros). Arguidos: Presidente da República (Advogado: Advogado-Geral da União) e Congresso Nacional. Interessados: Federação Nacional dos Jornalistas Profissionais – FENAJ (Advogados: Claudismar Zupiroli e outros), Associação Brasileira de Imprensa – ABI (Advogado: Thiago Bottino do Amaral) e Artigo 19 Brasil (Advogados: Eduardo Pannunzio e outros).

Decisão: Após o voto do Ministro Carlos Britto (Relator), julgando procedente a ação, no que foi acompanhado pelo Ministro Eros Grau, foi o julgamento suspenso para continuação na sessão do próximo dia 15. Falaram, pelo arguente, o Dr. Miro Teixeira; pelos *amici curiae*, Artigo 19 Brasil e Associação Brasileira de Imprensa – ABI, respectivamente, a Dra. Juliana Vieira dos Santos e o Dr. Thiago Bottino do Amaral e, pelo Ministério Público Federal, o Procurador-Geral da República, Dr. Antonio Fernando Barros e Silva de Souza. Presidência do Ministro Gilmar Mendes.

Presidência do Ministro Gilmar Mendes. Presentes à sessão os Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Eros Grau, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Menezes Direito. Procurador-Geral da República, Dr. Antonio Fernando Barros e Silva de Souza.

Brasília, 1º de abril de 2009 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Menezes Direito: Estamos julgando questão da mais alta relevância para a vida brasileira, assim, a liberdade de imprensa e seu modo de exercício, a partir da Constituição Federal.

Pensei em apenas ratificar o voto que proferi quando da medida cautelar. Naquela ocasião, pedi vênia ao Ministro Relator, **Carlos Britto**, para suspender a totalidade da Lei 5.250, de 1967, ficando, então, vencido na companhia dos eminentes Ministros **Celso de Mello** e **Eros Grau**. A douta maioria acompanhou o Ministro Relator, que suspendia apenas alguns dispositivos.

Já agora, o eminente Relator, em seu belo voto, evoluiu no sentido de igualmente considerar incompatível com a Constituição Federal a totalidade da chamada Lei de Imprensa, tendo o Ministro **Eros Grau** ratificado seu voto proferido quando do julgamento da medida cautelar.

Quando votei na primeira ocasião, destaquei que em sede de exame preliminar não seria pertinente descer a detalhes exagerados sobre o papel da imprensa e da liberdade de manifestação do pensamento com a livre circulação das ideias. Destaquei que nossa realidade constitucional está subordinada ao princípio da reserva qualificada, isto é, a preservação da dignidade da pessoa humana como eixo condutor da vida social e política. E, ainda, lembrei Dworkin, que mostrou com pertinência que tanto a imprensa quanto o Estado sofreram desenvolvimento no seu

modo de operação. Escreveu Dworkin que "as duas instituições aumentaram seu poder juntas, numa espécie de simbiose constitucional: a influência da imprensa decorre em grande parte da justificada crença do público de que uma imprensa livre e poderosa serve para impor bem-vindas restrições às atitudes de segredo e desinformação por parte do Estado. A intenção mais básica dos autores da Constituição era a de criar um sistema equilibrado de restrições ao poder: o papel político da imprensa agindo dentro de uma imunidade limitada em relação aos seus próprios erros, parece agora um elemento essencial desse sistema – pelo fato mesmo de a imprensa ser a única instituição dotada de flexibilidade, do âmbito e da iniciativa necessárias para descobrir e publicar as mazelas secretas do Executivo, deixando a cargo das outras instituições do sistema a tarefa de saber o que fazer com essas descobertas" (*O direito da liberdade*, Martins Fontes, 2006, p. 300).

Por outro lado, estou convencido, como assinalei em outra ocasião, de que o sistema de garantia dos chamados direitos da personalidade ganhou especial proteção da Constituição de 1988, sejam aqueles relativos à integridade física, sejam aqueles relativos à integridade moral, nestes incluídos os direitos à honra, à liberdade, ao recato, à imagem (**cf.** *Estudos de direito público e privado*, Renovar, 2006, p. 259 e seguintes). Veja-se que o art. 5º, incisos V e X, expressamente, mostra essa preocupação do constituinte dos oitenta. No inciso V está assegurado o direito de resposta proporcional ao agravo, além de garantir a indenização por dano material, moral ou à imagem; no inciso X está garantida a inviolabilidade da intimidade, da vida privada, da honra e da imagem das pessoas, previsto o direito de indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação. O próprio Pacto Internacional de São José da Costa Rica, no art. 19, estabelece que o exercício da liberdade nele previsto "implicará deveres e responsabilidades especiais" podendo "estar sujeito a certas restrições, que devem, entretanto, ser expressamente previstas em lei" e que sejam necessárias para "assegurar o respeito dos direitos e da reputação das demais pessoas" e, também, "proteger a segurança nacional, a ordem, a saúde ou a moral públicas".

Esse sistema próprio de equilíbrio entre a liberdade da comunicação e o respeito aos direitos da personalidade provoca imperativamente uma análise científica daquilo que nosso Presidente, Ministro **Gilmar Mendes**, examinando decisões da Corte Constitucional alemã, particularmente quando do julgamento do chamado "Caso Lebach", chamou de processo da ponderação. De fato, disse o Ministro **Gilmar** que "no processo de **ponderação** desenvolvido para solucionar o conflito de direitos individuais não se deve atribuir primazia absoluta a um ou outro princípio de direito. Ao revés, esforça-se o Tribunal para assegurar a aplicação das normas conflitantes, ainda que, no caso concreto, uma delas sofra atenuação. É o que se verificou na decisão acima referida, na qual restou íntegro o direito de noticiar fatos criminosos, ainda que submetida a eventuais restrições exigidas pela proteção do direito da personalidade" (*Revista de Informação Legislativa* 122/297).

É que não se pode deixar de considerar, quando se faz um balanço dos direitos que estão enlaçados pela própria Constituição Federal, que cada qual, o direito à liberdade de expressão no seu maior alcance e os direitos da personalidade, tem

uma característica científica que precisa ser determinada como pressuposto do equilíbrio a ser mantido na interpretação constitucional. Veja-se, por exemplo, como está na monumental lição de Johannes Messner, em sua obra sobre o direito natural, que o ser humano tem uma esfera de valores próprios, postos em sua conduta não apenas em relação ao Estado, mas também na convivência com seus semelhantes. Daí que, como já escrevi antes, devem ser respeitados não somente aqueles direitos que repercutem no seu patrimônio material, de pronto aferível, mas aqueles relativos aos seus valores pessoais, que repercutem nos seus sentimentos, revelados diante dos outros homens. São direitos que se encontram reservados ao seu íntimo, que a ninguém é dado invadir, porque integram a privacidade do seu existir, da sua consciência (**cf.** *Estudos de direito público e privado*, op. cit., p. 298/299).

O Instituto Internacional de Direitos do Homem publicou um conjunto de estudos sobre a proteção desses direitos nas suas relações entre pessoas privadas, um deles de Andreas Khol, advertindo ser necessário enfatizar as ameaças à vida privada que nasceram no curso da expansão e do desenvolvimento dos meios de comunicação de massa (**cf**. René Cassin, 11, p. 210/211).

No caso brasileiro, pode-se dizer que ao intérprete da Constituição necessariamente cabe realizar essa tarefa magna de desafiar a chamada colisão de direitos fundamentais (*Grundrechtkollision*).

Se os direitos da personalidade põem à disposição do intérprete grande quantidade de estudos científicos, quero crer que deve ser enfrentada a questão da liberdade de expressão também a partir de uma melhor apuração de sua base conceitual no plano da ciência do direito constitucional. Não se trata, portanto, de firmá-la no plano romântico dos ideais de liberdade e democracia política, mas de defini-Ia concretamente para que se possa sedimentá-la como entranha da própria base conceitual da sociedade democrática.

Quando encaminhei meu raciocínio para concluir pela suspensão integral da lei, tinha na minha consciência essa perspectiva, qual seja, afastar a lei vigente porque incompatível com o sistema constitucional de 1988, sem perder de vista a necessidade de valorizar a defesa dos direitos da personalidade. É que a própria Constituição Federal criou essa ampla liberdade de informação e de proteção dos direitos da personalidade. E a Suprema Corte, com sua heroica tradição de guardiã das liberdades públicas e da intransigente defesa da cidadania, assim deve continuar a proceder.

Por que considerar a Lei de Imprensa inteiramente incompatível com a Constituição Federal?

Recolho o fundamento de Auguste Comte, nos seus *Écrits de Jeunesse*, tratando, nos idos de 1918, da liberdade de imprensa. Disse Comte que, embora muito se tenha escrito sobre a liberdade de imprensa, ainda faltava esclarecer alguns aspectos fundamentais para considerá-la no seu verdadeiro papel e no seu ângulo mais importante. Com isso, disse ele que a liberdade de imprensa poderia ser considerada sob a perspectiva política de duas maneiras diferentes, ou pelo menos distintas: como um direito ou como uma instituição política. E é sob esse

segundo modo de ver a liberdade de imprensa que Comte identifica-a como base do sistema representativo. E avança para afirmar o que me parece plenamente adequado ao exame que estamos fazendo agora, ou seja, que a liberdade de imprensa não se compraz com uma lei feita com a preocupação de restringi-la, de criar dificuldade ao exercício dessa instituição política. Mais afirmativamente, qualquer lei que se destine a regular esse exercício da liberdade de imprensa como instituição a disciplinar, tendo por objetivo dar a cada cidadão esclarecido voz na formação da lei, não pode revestir-se de caráter repressivo, que o desnature por completo (**cf**. *Écrits de Jeunesse*, 1816-1828, Mouton – La Haye, Paris, 1970, p. 147 a 159).

Nesse contexto, vale ter em conta o estudo de Owen Fiss sobre o papel do estado no campo da liberdade de expressão. Isso permite acentuar os cuidados necessários para evitar que a intervenção estatal não descambe para censura e controle dos meios de comunicação de massa, como mostraram Gustavo Binenbojm e Caio Mário da Silva Pereira Neto no prefácio que escreveram. O Professor de Yale, desafiando a Primeira Emenda, procura mostrar a controvérsia em torno de uma leitura absolutista, isto é, nenhuma lei a significar nenhuma lei, mas "como Alexander Meiklejohn enfatiza, o que a Primeira Emenda proíbe são leis limitando a 'liberdade de expressão', não uma liberdade de falar. A frase 'a liberdade de expressão' implica uma concepção organizada e estruturada da liberdade, que reconhece certos limites quanto ao que deve ser incluído e excluído. Essa é a teoria segundo a qual a regulação do discurso voltada à proteção da segurança nacional ou da ordem pública é às vezes permitida; ela poderia estar igualmente disponível quando o Estado estiver tentando preservar a completude do debate. Com efeito – diz Owen – a Primeira Emenda deveria ser mais permeável a tal regulação, uma vez que ela busca promover os valores democráticos subjacentes à própria Primeira Emenda" (*A Ironia da liberdade de expressão*: *estado, regulação e diversidade na esfera pública*, Renovar, 2005, p. 51).

É nesse contexto que Owen Fiss destaca a missão democrática da imprensa mostrando que os cidadãos "dependem de várias instituições para informá-los sobre as posições dos vários candidatos a cargos governamentais e para relatar e avaliar políticas em andamento e as práticas do governo", e prossegue afirmando que, na "sociedade moderna, a imprensa organizada, incluindo a televisão, talvez seja a instituição principal que desenvolve esta função, e, para cumprir essas responsabilidades democráticas, a imprensa necessita de um certo grau de autonomia em relação ao Estado" (op. cit., p. 99).

Na perspectiva da jurisprudência americana, Owen destaca a existência de orientação que "estabelece limites sobre a capacidade do Estado de silenciar seus críticos, em particular a imprensa, por meio de procedimentos civis e políticos". Nessa linha, por exemplo, a limitação imposta pela Corte "do poder de oficiais públicos de receber indenizações em ações de difamação, decidindo que oficiais públicos não podem ser indenizados por afirmações falsas sobre o desempenho de suas atividades, a menos que eles provem que aquelas afirmações foram publicadas ou transmitidas com conhecimento ou grave negligência (*reckless disregard*) sobre sua falsidade" (op. cit., p. 100).

Ao votar na medida cautelar, lembrei que, na construção da democracia americana, a afirmação da competência da Corte Suprema, no legado da Guerra Civil, mostrou a evolução do pensamento do grande Juiz que foi Oliver Wendell Holmes Jr., primeiro suportando a ideia estreita da liberdade de expressar o pensamento e do protesto político. Isso está presente no caso Patterson *vs*. Colorado, de 1907, quando ficou explicitada a possibilidade de condenação de um editor que publicou charges ridicularizando os Juízes. Mas a plenitude foi alcançada pelo grande Juiz ao dissentir em processo envolvendo a perseguição de pessoas contrárias à guerra, no caso Abrams *vs*. United States, de 1919, fundamentando seu voto na inexistência de ligação imediata entre a distribuição de panfletos e a identificação de atividade ilegal, ocasião em que acrescentou a célebre afirmação sobre a importância da livre circulação das ideias. Essa orientação foi a que prevaleceu no caso Whitney *vs*. Califórnia, de 1927, com a condução do Juiz Louis Brandeis, acompanhado também por Holmes (**cf**. Jeffrey Rosen, *The Supreme Court, The Personalities and Rivalries That Defined America*, Holt Paperback, 2007, p. 120/121). E ainda hoje a Suprema Corte está voltada para estabelecer julgamentos que digam diretamente com a interpretação da Primeira Emenda como bem se pode avaliar do recente julgamento do caso United States *vs*. Williams, de maio de 2008, alcançando a pornografia infantil, cabendo ao Juiz Scalia redigir a decisão da Corte, permanecendo vencidos os Juízes Souter e Ginsburg (**cf**. *The Washington Post – Supreme Court Year Review – Major Cases and Decisions of 2008*, Kaplan Publishing, New York, 2009, p. 95 a 108).

Bernard Stirn menciona decisões do Conselho Constitucional francês que sinalizam a importância institucional da liberdade de imprensa e sobre o audiovisual. Nas decisões de 10 e 11 de outubro de 1984, 18 de setembro de 1986 e de 27 de julho de 2000, o Conselho Constitucional afirma que a liberdade de imprensa é condição de outras liberdades e estabelece o princípio segundo o qual, intervindo em matéria de direitos fundamentais, o legislador não pode piorar o regime existente, ou seja, não pode atingir as garantias precedentes. Ele faz do pluralismo que decorre da expressão sociocultural um objetivo de valor constitucional, que se impõe no campo do setor privado e no campo do setor público. Mostra ainda que uma garantia suplementar se extrai do art. 10 da Convenção Europeia dos Direitos do Homem, segundo o qual toda pessoa tem direito à liberdade de expressão, direito que compreende a liberdade de opinião e a liberdade de receber ou de comunicar as informações ou ideias. Essa orientação é aplicada estritamente pela Corte Europeia, que, por exemplo, tem julgado que o delito de ofensa pela imprensa a um chefe de estado estrangeiro constitui um atentado injustificado à liberdade de expressão (25 de junho de 2002, Colombani) (**cf**. *Les Libertes en Questions*, Montchrestien, 6. ed., p. 112/113).

Vê-se, portanto, que, do ponto de vista científico, a liberdade de expressão integra, necessariamente, o conceito de democracia política, porquanto significa uma plataforma de acesso ao pensamento e à livre circulação das ideias. Mas essa liberdade, vista como instituição e não como direito, divide o espaço constitucional com a dignidade da pessoa humana, que lhe precede em relevância

pela natureza mesma do ser do homem, sem a qual não há nem liberdade, nem democracia. Essa precedência, no entanto, não significa que exista lugar para sacrificar a liberdade de expressão no plano das instituições que regem a vida das sociedades democráticas.

O que se tem concretamente é uma permanente tensão constitucional entre os direitos da personalidade e a liberdade de informação e de expressão, em que se encontra situada a liberdade de imprensa. É claro, e afirmei isso ao votar na medida cautelar, que, quando se tem um conflito possível entre a liberdade e sua restrição, deve-se defender a liberdade. O preço do silêncio para a saúde institucional dos povos é muito mais alto do que o preço da livre circulação das ideias. A democracia, para subsistir, depende de informação e não apenas do voto; este, muitas vezes, pode servir de mera chancela, objeto de manipulação. A democracia é valor que abre as portas à participação política, de votar e de ser votado, como garantia de que o voto não é mera homologação do detentor do poder. Dito de outro modo: os regimes totalitários convivem com o voto, nunca com a liberdade de expressão.

Por outro lado, a sociedade democrática é valor insubstituível que exige, para sua sobrevivência institucional, proteção igual à liberdade de expressão e à dignidade da pessoa humana. Esse balanceamento é que se exige da Suprema Corte em cada momento de sua história. O cuidado que se há de tomar é como dirimir esse conflito sem afetar nem a liberdade de expressão nem a dignidade da pessoa humana.

Não é uma questão nova. David Hume, no seu conhecido ensaio "Da Liberdade de Imprensa", no século XVII, afirma sem meias palavras que "[n]ada surpreende mais um estrangeiro que a extrema liberdade, de que desfrutamos nesse país, de comunicar o que quisermos ao público e de criticar abertamente qualquer medida decretada pelo rei ou por seus ministros" (*Ensaios morais, políticos e literários*, Liberty Classics e Topbooks, 2004, p. 101). E identifica essa liberdade à "nossa forma mista de governo, que não é nem inteiramente monárquico, nem inteiramente republicano" (op. cit., p. 102). E conclui: "Frequentemente, o entusiasmo do povo precisa ser instigado, para que sejam refreadas as ambições da Corte; e o medo de que esse entusiasmo seja instigado precisa ser usado para prevenir essas ambições. Nada contribui mais para esse fim como a liberdade de imprensa, graças à qual é possível usar todo saber, inteligência e gênio da nação em benefício da liberdade, e animar todos a defendê-la. Portanto, enquanto a parte republicana de nosso governo puder conservar sua predominância sobre a monárquica, ela terá naturalmente o cuidado de manter a imprensa livre, pois esta é importante para sua própria preservação" (op. cit., p. 105). Todavia, põe uma advertência final: "Deve-se, contudo admitir, embora seja difícil, talvez impossível, propor um remédio adequado para a liberdade de imprensa ilimitada, pois é este um dos males a que estão sujeitas aquelas formas mistas de governo" (op. cit., p. 105).

Assim, o que se destaca como suporte de nossa análise nesta questão é exatamente a reafirmação do trato dado à liberdade de imprensa como instituição enlaçada no próprio conceito de democracia política e a reafirmação de que não

é possível desconhecer a disciplina da reserva qualificada que põe relevo na proteção da dignidade da pessoa humana, fundamento da República.

O que Hume já antevia difícil naqueles tempos, na verdade, é agora ainda mais, considerando que o discurso político pela prevalência ilimitada da liberdade de imprensa ganha altitude pela natureza do seu papel na segurança que se espera de viver democraticamente.

Tendo a ver de outro ângulo essa dificuldade. É que estou convencido, cada dia com maior intensidade, de que, quanto mais forte se põe a instituição, mais frágil se torna. Por quê? Porque estimula a arrogância e enaltece o arbítrio e a sensação de permanente acerto. Isso me leva à compreensão de que só existe garantia de preservação institucional quando um sistema de pesos e contrapesos é posto num mesmo patamar de proteção de tal modo que sejamos capazes de identificar limites. Limites são sempre esteio da convivência social, como apanágio mesmo da tolerância e da capacidade humana de superar o absoluto que não é compatível com a natureza mesma das sociedades democráticas. Nenhuma instituição pode arrogar-se em deter o absoluto, a vedação inconsequente de encontrar o seu espaço de agir desrespeitando o espaço de agir das outras instituições.

Daí que se torna relevante, pelo menos na minha avaliação, no que tange ao conflito entre a liberdade de informação e a dignidade da pessoa humana na projeção positiva dos direitos da personalidade, estabelecer o padrão de comportamento do Estado, capaz de por meio de suas instituições absorver a tensão e desfazê-la para estabelecer um modo de convivência institucional que nem destrua a liberdade de imprensa nem avilte a dignidade do ser do homem.

Esse fazer exige uma dedicação não apenas no plano do discurso, mas concreta, científica, capaz de estabelecer alguns critérios possíveis para esvaziar o conflito. Deixar sem essa mediação será como condenar no tempo seja a liberdade de imprensa seja a dignidade da pessoa humana.

Nesse sentido, penso que não será razoável estabelecer o padrão de vedação pura e simples da mediação do Estado por seus órgãos na regulação do tema. Isso pode e deve ser feito considerando o princípio da reserva qualificada previsto na Constituição Federal no art. 220, § 1 ° e § 2°. Note-se que essa reserva está vinculada ao art. 5°, incisos IV (liberdade de manifestação do pensamento, vedado o anonimato), V (direito de resposta proporcional ao agravo, além da indenização por dano moral ou à imagem), X (são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação), XIII (é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer) e XIV (é assegurado a todos o acesso à informação e resguardado o sigilo da fonte, quando necessário ao exercício profissional).

Essa estrutura da disciplina constitucional revela com toda claridade que não se pode deixar ao desabrigo da mediação estatal esse provável conflito entre a liberdade de imprensa e a dignidade da pessoa humana, ou seja, objetivamente, esta

Suprema Corte, como guardiã da Constituição, será chamada a intervir nas situações em que esse conflito estiver presente, na melhor tradição das Cortes Constitucionais.

Isso quer dizer, concretamente, e esse é o sinal que procurei estabelecer quando votei na medida cautelar e que agora confirmo, que nenhuma lei estará livre do conflito com a Constituição Federal se nascer a partir da vontade punitiva do legislador de modo a impedir o pleno exercício da liberdade de imprensa e da atividade jornalística em geral. Daí que se há de fazer valer o comando constitucional afirmando expressamente que a "manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição" (art. 220, *caput*).

Na verdade, com isso sinalizo que não é possível legislar com conteúdo punitivo, impeditivo do exercício da liberdade de imprensa, isto é, que criem condições de intimidação. Com isso, veda-se qualquer tipo de censura à veiculação de notícias ou coerção à liberdade de informação jornalística. Por outro lado, a preservação da dignidade da pessoa humana deve ser assegurada como limite possível para o exercício dessa liberdade de imprensa.

O regime constitucional nascido com a Constituição de 1988 não se compadece com outra forma de mediação do Estado. Veja-se ainda uma vez a lição extraída por Dworkin no caso New York Times *vs*. Sullivan em torno da Primeira Emenda no sentido de que o voto do Juiz Brennnan "dá a moderna fundamentação do direito de liberdade de expressão nos Estados Unidos" (op. cit., p. 312). É que naquela decisão criou-se limitação quanto à prova para que os agentes públicos pudessem receber indenização, cabendo-lhes provar a existência de "malícia efetiva", isto é, a prova de que os "jornalistas não só foram descuidados ou negligentes ao fazer as pesquisas para a reportagem, mas que também a publicaram sabendo que ela era falsa ou com 'temerária desconsidaração' (*reckless disregard*) pela veracidade ou falsidade das informações ali contidas" (op. cit., p. 311). É claro que muitas vezes há a veiculação do mal, mas isso não se deve à liberdade de imprensa, e sim à qualidade do profissional, como ocorre em qualquer atividade humana.

Há que fazer da mediação do Estado um instrumento de garantia da liberdade de imprensa como instituição enlaçada com a democracia e não meio de restringir o papel institucional da imprensa.

Considerando que a atual Lei de Imprensa nasceu com inspiração incompatível com o princípio constitucional da liberdade de imprensa, nos termos das razões que acima deduzi, reitero o voto que proferi quando do julgamento da medida cautelar, considerando a Lei 5.250, de 1967, incompatível com a disciplina da Constituição Federal de 1988.

ESCLARECIMENTO

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Presidente, apenas para esclarecer, estamos, portanto, em que o eminente Ministro Menezes Direito, que acaba de proferir esse belíssimo voto, acompanha integralmente o Ministro Relator, não é isso, Ministro?

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Quanto ao resultado, quanto à fundamentação, obviamente, é isso.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: É, exatamente, mas é só para deixar claro que a conclusão é no sentido da não recepção, em bloco, da norma.

VOTO
(Aditamento)

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Presidente, eu preparei um voto mais alongado, exatamente em razão do que disse o Ministro Menezes Direito, hoje, no início de seu brilhantíssimo voto; aliás, já tinha sido também enfatizado pelo eminente Ministro Relator no muito profícuo e fecundo voto que proferiu, pela importância da matéria aqui tratada e que diz respeito ao fundamento do próprio Estado, tal como, modelarmente, posto na Constituição de 1988, ou seja, no Estado Democrático.

Mas eu estou votando exatamente no sentido do que foi o voto tanto do Ministro Relator quanto o do Ministro Menezes Direito, aliás, também do Ministro Eros Grau, que já tinha acompanhado o Relator, no sentido da não recepção, e, portanto, alargando o que eu tinha inicialmente votado.

E vou chamar a atenção apenas para três pontos; vou liberar o meu voto e, com isso, dar todas as razões.

Fiz um estudo da Lei 5.250 em relação a essa Constituição e, inclusive, a Carta de 1967, e a Emenda 1. Essa lei tem alguns dados curiosos, pelo menos. Basta ver o que ela pretendia ao dizer, no art. 1º, que estava garantida a liberdade; no § 1º desse mesmo art. 1º, dizer que é garantida a liberdade de imprensa, e o § 1º afirma: "não será tolerada". O que é uma contradição imediata dos seus termos, porque a pretensão dela, o ponto de partida e o ponto de chegada é exatamente garrotear a liberdade de imprensa. Aquilo que era chamado de liberdade das liberdades, ou garantias das garantias, por Laboulaye, que era citado até desde João Barbalho.

Eu queria apenas enfatizar três dados que estão no meu voto, Presidente, para fundamentá-lo.

Primeiro, é que me parece que o que foi posto brilhantemente pelo Ministro Carlos Britto, e, agora, enfatizado pelo Ministro Menezes Direito, é que a liberdade de imprensa – como a manifestação talvez mais importante da liberdade, porque a liberdade de pensamento para informar, se informar e ser informado, que é garantia de todo mundo, se compõe, exatamente, para a realização da dignidade da pessoa humana, ao contrário de uma equação que pretendem ver como se fossem dados adversos. Eu acho que são dados complementares, quer dizer, quanto menor a informação, menor a possibilidade de liberdade que o ser humano tem, e, portanto, menor dignidade em relação ao outro, criando cidadanias diferentes.

O segundo dado que eu gostaria de enfatizar é que o fundamento da Constituição do Brasil é exatamente o da democracia, que não se compadece

absolutamente com qualquer tipo de restrição – e, agora, o Ministro Menezes Direito chamou a atenção para até o aspecto punitivo de restrições que eventualmente adviessem na legislação infraconstitucional – e, portanto, é exatamente o que se tem nessa lei, que não poderia mesmo ser recepcionada.

O terceiro elemento para o qual eu chamei a atenção, porque fiz um levantamento, em muitos Estados Democráticos contam com lei de imprensa nem por isso são considerados antidemocráticos.

Ocorre que a Lei 5.250 trata de já prever que toda liberdade seria um abuso do exercício, e não apenas o uso, que, nos termos da Constituição de 1988, é plenamente garantida até – repetindo – como uma forma de se dar plena expressão à liberdade da pessoa e à sua dignidade.

Por isso, Senhor Presidente, eu vou deixar de ler o voto na inteireza. Eu queria apenas chamar a atenção para um dado que eu já tinha, de alguma forma, chamado quando votei na cautelar proferida.

Da atualidade das palavras de Rui Barbosa que foram proferidas no Senado em 11 de novembro de 1914, exatamente sobre lei de imprensa, ou seja, há quase cem anos. Dizia, então, Rui que:

> Se não estou entre os mais valentes dos seus advogados, estou entre os mais sinceros e os mais francos, os mais leais e desinteressados, os mais refletidos e mais radicais. Sou pela liberdade total da imprensa, pela sua liberdade absoluta, pela sua liberdade sem outros limites que os do direito comum, os do Código Penal, os da Constituição em vigor.
>
> A Constituição Imperial não a queria menos livre; e, se o Império não se temeu dessa liberdade, vergonha será que a República a não tolere. Mas, extremado adepto, como sou, da liberdade, sem outras restrições, para a imprensa, nunca me senti mais honrado que agora em estar ao seu lado; porque nunca a vi mais digna, mais valorosa, mais útil, nunca a encontrei mais cheia de inteligência, de espírito e de civismo; nunca lhe senti melhor a importância, os benefícios, a necessidade.

E dizia, então, Rui, em 1914:

> A ela [liberdade de imprensa] exclusivamente se deve o não ser hoje o Brasil, em toda a sua extensão, um vasto charco de lama.

E, desde o Império – lembro-me bem que a história registra que um certo chefe do gabinete foi ao Imperador pedir a ele que restringisse a imprensa, ao que o Imperador teria respondido: como é que eu vou saber o que se passa no meu governo? –, a imprensa tem, inclusive, um papel em relação aos administradores que, muitas vezes, não sabem, como não podem saber, em toda a inteireza, tudo o que se passa.

Portanto, não apenas para o cidadão, mas para a garantia da cidadania em relação a quem eventualmente exerce os cargos, inclusive os cargos políticos, a liberdade de imprensa é mais que imprescindível para se ter uma verdadeira democracia.

Tenho, para mim, que a Constituição de 1988 tratou regularmente e integralmente daquilo que é necessário para que os abusos sejam coartados – como realçado pelo Ministro Carlos Britto, e, agora, brilhantemente, também enfatizado pelo Ministro Menezes Direito –, que o Direito tem mecanismos para coartar, para repudiar todos os abusos que eventualmente, em nome da liberdade, sejam praticados. Vale para a imprensa, isso vale para todo mundo.

Portanto, não vejo como considerar recepcionada essa norma. Razão pela qual, Senhor Presidente, o meu voto é integralmente todo fundamentado no sentido exatamente de acompanhar o Ministro Relator, com as achegas brilhantíssimas do Ministro Menezes Direito. Como disse, não vou ler as trinta laudas por considerar que os fundamentos estão devidamente explicitados, mas estou liberando o voto.

VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Senhor Presidente, a Lei 5.250/1967 foi editada num período autoritário, cujo objetivo – evidentemente não declarado – foi o de cercear ao máximo a liberdade de expressão, com vistas a perpetuar o regime autoritário que vigorava no País.

Cuida-se, hoje, à evidência, de um diploma legal que se mostra totalmente incompatível com os valores e princípios fundamentais abrigados pela Constituição de 1988.

Como afirmei no julgamento da cautelar, essa lei, antes de tudo, afigura-se incompatível com o princípio democrático e o princípio republicano, que, juntamente com o princípio federativo, integram o tripé axiológico sobre o qual se assenta o próprio Estado Brasileiro, segundo consta do art. 1º da Carta Magna.

Trata-se, ademais, de um texto legal totalmente supérfluo, porque a matéria nele contida já se encontra, no que interessa à cidadania, regulada por inteiro no texto constitucional.

Com efeito, de um lado, a Constituição, nos arts. 5º, incisos IV e IX, e 220, garante o direito coletivo à manifestação do pensamento, à expressão e à informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, independentemente de licença e a salvo de toda restrição ou censura.

De outro, nos art. 5º, incisos V e X, a Carta Magna garante o direito individual de resposta, declarando, ainda, inviolável a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização por dano moral ou material decorrente de sua violação.

São direitos de eficácia plena e aplicabilidade imediata – para usar a consagrada terminologia do Professor José Afonso da Silva –, como foi acentuado pelo Deputado Miro Teixeira da tribuna, quando mais não seja, por força do que dispõe o art. 5º, § 1º, do Texto Magno.

Não impressiona, *data venia*, a objeção de alguns, segundo a qual, se a lei for totalmente retirada do cenário jurídico, o direito de resposta ficaria sem

parâmetros e a indenização por dano moral e material sem balizas, esta última à falta de tarifação.

É que a Constituição, no art. 5º, V, assegura o "direito de resposta, proporcional ao agravo", vale dizer, trata-se de um direito que não pode ser exercido arbitrariamente, devendo o seu exercício observar uma estrita correlação entre meios e fins. E disso cuidará e tem cuidado o Judiciário.

Ademais, o princípio da proporcionalidade, tal como explicitado no referido dispositivo constitucional, somente pode materializar-se em face de um caso concreto. Quer dizer, não enseja uma disciplina legal apriorística, que leve em conta modelos abstratos de conduta, visto que o universo da comunicação social constitui uma realidade dinâmica e multifacetada, em constante evolução.

Em outras palavras, penso que não se mostra possível ao legislador ordinário graduar de antemão, de forma minudente, os limites materiais do direito de retorção, diante da miríade de expressões que podem apresentar, no dia a dia, os agravos veiculados pela mídia em seus vários aspectos.

A indenização por dano material, como todos sabem, é aferida objetivamente, ou seja, o juiz, ao fixá-la, leva em conta o efetivo prejuízo sofrido pela vítima, inclusive mediante avaliação pericial se necessário for.

Já a indenização por dano moral – depois de uma certa perplexidade inicial por parte dos magistrados – vem sendo normalmente fixada pelos juízes e tribunais, sem quaisquer exageros, aliás, com muita parcimônia, tendo em vista os princípios da *equidade* e da *razoabilidade*, além de outros critérios, como o da *gravidade* e a *extensão do dano*, a *reincidência* do ofensor, a *posição profissional e social do ofendido* e a *condição financeira do ofendido e do ofensor*. Tais decisões, de resto, podem ser sempre submetidas ao crivo do sistema recursal.

Esta Suprema Corte, no tocante à indenização por dano moral, de longa data, cristalizou jurisprudência no sentido de que os arts. 52 e 56 da Lei de Imprensa não foram recepcionados pela Constituição, com o que afastou a possibilidade do estabelecimento de qualquer tarifação, confirmando, nesse aspecto, a Súmula 281 do Superior Tribunal de Justiça.

Cito, nessa linha, entre outras, as seguintes decisões: RE 396.386-4/SP, Rel. Min. Carlos Velloso; RE 447.484/SP, Rel. Min. Cezar Peluso; RE 240.450/RJ, Rel. Min. Joaquim Barbosa; e AI 496.406/SP, Rel. Min. Celso de Mello.

Observo, finalmente, que, nos países onde a imprensa é mais livre, onde a democracia deita raízes mais profundas, salvo raras exceções, a manifestação do pensamento é totalmente livre, a exemplo do que ocorre nos EUA, no Reino Unido e na Austrália, sem que seja submetida a qualquer disciplina legal.

Por essas razões, acompanho o eminente Relator para julgar integralmente a presente arguição de descumprimento de preceito fundamental, de maneira a considerar que a nova ordem constitucional não recepcionou a Lei 5.250/1967.

ESCLARECIMENTO

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Senhor Presidente, quero dizer que, no meu relatório, de fato, cometi um *lapsus mentis*; eu me esqueci de dizer que, quando do julgamento da cautelar, fiquei muito preso ao caráter prefacial do exame e não avancei o meu juízo de total incompatibilidade – vale dizer, de não recepção total da Lei de Imprensa pela nossa Constituição. Achei de boa técnica me limitar à suspensão de 22 dispositivos da lei, dado o caráter precário do exame jurídico em sede de medida cautelar.

Porém, o Ministro Menezes Direito de logo manifestou essa opinião, da não recepção *in totum*, agora confirmada. No que Vossa Excelência foi seguido pelos Ministros Eros Grau e Celso de Mello.

Vossas Excelências, portanto, de pronto, de plano, assentaram essa não recepção em bloco, *in totum*, da lei ora adversada pela vigente Constituição.

Também aproveito a oportunidade para saudar os Ministros Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia, agradecendo as referências elogiosas que fizeram ao meu voto.

VOTO

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Senhor Presidente, estamos diante de uma arguição de descumprimento de preceito fundamental ajuizada contra dispositivos da Lei federal 5.250/1967.

Opinou o Procurador-Geral da República pela impossibilidade de conhecimento desta arguição de descumprimento de preceito fundamental em relação às matérias que não foram expressamente impugnadas pelo autor (fl. 650). Em relação aos dispositivos impugnados, apontou uma série de soluções, desde o reconhecimento da invalidade de algumas normas em exame até a outorga de interpretação conforme a Constituição, de modo a extrair do texto sentido que tornasse os dispositivos compatíveis com a ordem constitucional.

Em sentido diverso, o eminente Ministro Carlos Britto, Relator, considerou o conjunto normativo como um todo indivisível, isto é, um objeto cujo significado não se confundia com a mera soma de suas partes componentes. Daí extraiu duas conclusões: primeira, a de que a declaração de incompatibilidade constitucional de fragmentos do texto normativo seria insuficiente para manter a unidade constitucional de princípios, e, segunda, a de que a utilização da técnica de interpretação conforme a Constituição também seria ineficaz para preservar a ordem constitucional. Assim, Sua Excelência declarou não recepcionado todo o texto da Lei federal 5.250/1967, e parece que a Corte se encaminha, na sua plenitude, nessa direção.

Pois bem.

Estamos todos plenamente conscientes e acordes quanto ao papel fundamental da imprensa na sociedade moderna, sobre a sua natureza intrinsecamente

fundante, enquanto direito fundamental de primeiríssima grandeza, e, claro, da sua magna importância na evolução e na consolidação de uma democracia, especialmente de democracias ainda em flor, como a nossa. É através da imprensa que os cidadãos se conscientizam dos problemas comuns da *polis*; ela é fundamental na orientação e no esclarecimento conducentes à tomada de posição, pelos cidadãos, quanto à formação dos quadros dirigentes da nação, e quanto ao juízo que todos nós temos direito de fazer acerca das políticas públicas implementadas pelos representantes eleitos.

Contudo, não basta ter uma imprensa inteiramente livre. Em primeiro lugar, é preciso que ela seja suficientemente diversa e plural, de modo a oferecer os mais variados canais de expressão de ideias e pensamentos aos mais diversos segmentos da sociedade; em segundo lugar, é preciso que essa salutar e necessária diversidade da imprensa seja plena a ponto de impedir que haja concentração. Situações como as existentes em algumas unidades da nossa Federação, em que grupos hegemônicos dominam quase inteiramente a paisagem audiovisual e o mercado público de ideias e informações, com fins políticos, não é nada positivo para a formação da vontade pública e para a consolidação dos princípios democráticos. Noutras palavras, a concentração de mídia é algo extremamente nocivo para a democracia.

No seu voto, o eminente Relator optou por uma posição radical e preconizou para o nosso País uma imprensa inteiramente livre de qualquer regulamentação ou de qualquer tipo de interferência por parte dos órgãos estatais. Aparentemente, se não fiz uma leitura errada do posicionamento de Sua Excelência, até mesmo a intervenção do Poder Judiciário seria vista como suspeita.

Eu, contudo, a exemplo do pensamento sobre a matéria do eminente professor Owen Fiss, da Universidade de Yale, em quem me inspiro, penso que nem sempre o Estado exerce uma influência negativa no campo das liberdades de expressão e de comunicação.

O Estado pode, sim, atuar em prol da liberdade de expressão, e não apenas como seu inimigo, como pode parecer a alguns.

Múltiplos fatores interferem nesse campo: a peculiaridade da história do país, a maneira como a sociedade é organizada, o modo de interação entre grupos sociais dominantes e grupos sociais minoritários, tudo pode influir na questão da liberdade de expressão e da liberdade de imprensa.

Imagine-se, por exemplo, a situação de total impotência e desamparo a que pode ser relegado um grupo social marginalizado e insularizado de uma determinada sociedade, quando confrontado com a perseguição sistemática ou a vontade deliberada de silenciá-lo, de estigmatizá-lo, de espezinhá-lo, por parte de um grupo hegemônico de comunicação ou de alguns de seus porta-vozes.

Penso que a liberdade de imprensa há de ser considerada também sob uma ótica a respeito da qual, aparentemente, o eminente Relator passou ao largo. É que a liberdade de imprensa tem natureza e função multidimensionais. Ela deve

também ser examinada sob a ótica dos destinatários da informação, e não apenas à luz dos interesses dos produtores da informação.

É tendo em mente esses riscos que o ultraliberalismo pode trazer que eu, a exemplo de Fiss, penso que sem dúvida o Estado pode, sim, ser um opressor da liberdade de expressão, mas ele pode ser também uma fonte de liberdade, desobstruindo os canais de expressão que são vedados àqueles que muitos buscam, conscientemente ou inconscientemente, silenciar e marginalizar. Lamentavelmente, esses aspectos da questão não estão examinados pela Corte no julgamento deste caso.

Passo ao exame tópico dos dispositivos da lei em causa. Adianto que, a esse respeito, são poucas as minhas divergências em relação ao voto do eminente Relator.

Os arts. 1º, § 1º, 14 e 16, inciso I, proíbem a propaganda de guerra, de processos de subversão da ordem política e social ou de preconceitos de raça ou classe e, verificada a conduta vedada, comina-lhe uma reprimenda.

O eminente Relator votou pela supressão pura e simples de todos esses dispositivos.

Eu tenho dúvidas quanto à suposta incompatibilidade total desses dispositivos com a Constituição Federal. É certo que a linguagem neles utilizada nos remete a um período sombrio da nossa história recente. E cito o que dizem os dispositivos:

> Art. 1º, § 1º:
> Não será tolerada a propaganda de guerra, de processos de subversão da ordem política e social ou de preconceitos de raça ou classe.
>
> Art. 14:
> Fazer propaganda de guerra, de processos para subversão da ordem política e social ou de preconceitos de raça ou classe.
>
> Art. 16, I:
> Perturbação da ordem pública ou alarma social.

Mas daí eu pergunto: a Constituição protege o discurso que vise a fazer apologia de preconceitos de raça ou de classe, tal como mencionados no mesmo dispositivo.

O Procurador-Geral da República optou por um meio-termo e sugeriu a técnica da interpretação conforme à Constituição para firmar o termo "subversão da ordem política e social" com o sentido de "preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional" nos exatos termos do art. 136 da Constituição da República e de seu excepcional regime jurídico. Ou seja, circunscreveu a possibilidade de intervenção do Estado àquelas hipóteses relacionadas com as situações de excepcionalidade institucional de que nos dá conta o art. 136 da Constituição. Creio que a proposta do eminente Procurador-Geral, no que diz respeito a essa específica expressão "subversão da ordem política e social", e desde que entendida única e exclusivamente no contexto excepcional do art. 136 da Constituição, pode, sim, ser tida como compatível com a ordem constitucional vigente.

Quanto aos preconceitos de raça e de classe, também mencionados nos mesmos dispositivos, creio que suprimir pura e simplesmente as expressões a eles correspondentes equivalerá, na prática, a admitir que, doravante, a proteção constitucional à liberdade de imprensa compreende também a possibilidade de livre veiculação desses preconceitos, sem qualquer possibilidade de contraponto por parte dos grupos atingidos.

O art. 1º, § 2º, dispõe sobre a aplicação de censura. A meu sentir, o dispositivo em questão é notoriamente incompatível com a Constituição de 1988.

O art. 2º, *caput*, refere-se à comunicação pública que atente contra a moral e os bons costumes. O Procurador-Geral da República sugere a compatibilidade do texto com a Constituição, se o termo "moral e bons costumes" for interpretado com o sentido de "respeito aos valores éticos e sociais da pessoa e da família", nos exatos termos do art. 221, IV, da Constituição. Com essa compreensão, que extrai da expressão "moral e bons costumes" o ranço autoritário e a vagueza conceitual em que ela se vê envolta, e a remete a valores acolhidos pela nova ordem constitucional, entendo que o dispositivo pode ganhar uma sobrevida. Não, claro, na sua concepção original.

Também concordo com o Relator quanto à total incompatibilidade dos arts. 3º, 4º, 5º, 6º e 65, que versam sobre a organização de empresas jornalísticas. A matéria, aliás, já se encontra regulamentada na Lei 10.610/2002, sem falar que o dispositivo do art. 222 da Constituição basta em si mesmo.

Os arts. 20, 21 e 22 versam sobre figuras penais, ao definir os tipos de calúnia, injúria e difamação no âmbito da comunicação pública e social. O tratamento em separado dessas figuras penais, quando praticadas através da imprensa, justifica-se em razão da maior intensidade do dano causado à imagem da pessoa ofendida. Vale dizer, quanto maior o alcance do veículo em que transmitida a injúria, a calúnia ou a difamação, maior o dano. O eminente Relator vê incompatibilidade entre essas normas e a Constituição. Eu as vejo como importantes instrumentos de proteção ao direito de intimidade, e úteis para coibir abusos não tolerados pelo sistema jurídico.

Quanto ao resto, acompanho o eminente Relator.

É como voto.

VOTO
(Aditamento)

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Senhores Ministros, estamos diante de arguição de descumprimento de preceito fundamental ajuizada contra dispositivos da Lei federal 5.250.

Opinou o Procurador-Geral da República pela impossibilidade de conhecimento desta arguição de descumprimento de preceito fundamental em relação às matérias que não foram expressamente impugnadas pelo autor.

Em relação aos dispositivos impugnados, apontou uma série de soluções, desde o reconhecimento da invalidade de algumas normas em exame até a outorga de interpretação conforme a Constituição, de modo a extrair do texto o sentido que tornasse os dispositivos compatíveis com a ordem constitucional.

Em sentido diverso, o eminente Relator, Ministro Carlos Britto, considerou o conjunto normativo como um todo indivisível, isto é, um objeto cujo significado não se confundia com a mera soma de suas partes componentes. Daí extraiu duas conclusões: primeira, a de que a declaração de incompatibilidade constitucional de fragmentos do texto normativo seria suficiente para manter a unidade constitucional de princípios, e a de que a utilização da técnica de interpretação conforme a Constituição também seria ineficaz para preservar a ordem constitucional.

Assim, Sua Excelência declarou não recepcionado todo o texto da Lei federal 5.250, e parece que a Corte se encaminha, na sua plenitude, nessa direção.

Pois bem, estamos todos plenamente conscientes e acordes quanto ao papel fundamental da imprensa na sociedade moderna, sobre a sua natureza intrinsecamente fundante, enquanto direito fundamental de primeiríssima grandeza, e, claro, da sua magna importância na evolução e na consolidação de uma democracia, especialmente de democracias ainda em flor, como a nossa.

É através da imprensa que os cidadãos se conscientizam dos problemas comuns da *polis*, ela é fundamental na orientação e no esclarecimento conducentes à tomada de posição, pelos cidadãos, quanto à formação dos quadros dirigentes da nação e quanto ao juízo que todos nós temos direito de fazer acerca das políticas públicas implementadas pelos representantes eleitos.

Contudo, Senhores Ministros, não basta ter uma imprensa livre. Em primeiro lugar, é preciso que ela seja suficientemente diversa e plural, de modo a oferecer os mais variados canais de expressão de ideias e pensamentos aos mais diversos segmentos da sociedade; em segundo lugar, é preciso que essa salutar e necessária diversidade da imprensa seja plena a ponto de impedir que haja concentração.

Situações como as existentes em algumas unidades da nossa Federação, em que grupos hegemônicos dominam quase inteiramente a paisagem audiovisual e o mercado público de ideias e informações, com fins políticos, não é nada positivo para a formação da vontade pública e para a consolidação dos princípios democráticos. Noutras palavras, a concentração de mídia é algo extremamente nocivo para a democracia.

No seu voto, o eminente Relator optou por uma posição radical e preconizou para o nosso País uma imprensa inteiramente livre de qualquer regulamentação, ou de qualquer tipo de interferência por parte dos órgãos estatais – se é que não fiz uma leitura errada do voto de Sua Excelência.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Isso quanto ao núcleo duro da liberdade de imprensa, consubstanciado nas coordenadas de tempo e de conteúdo. O tamanho desse conteúdo é que não pode ser objeto de lei.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Vossa Excelência não exclui a ponderação de valores, tais como os abundantemente citados no voto do Ministro Carlos Alberto Menezes Direito?

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Há matérias perifericamente de imprensa, ou lateralmente de imprensa, que podem ser objeto de lei.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Então, Vossa Excelência admite a preservação de parte da lei?

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Não, por outra ordem de consideração: porque é uma lei orgânica, e ela tratou, de cambulhada, todos os temas; além de ser, nas suas linhas e entrelinhas, visceralmente inimiga da atual Constituição.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: A exemplo do pensamento sobre a matéria do eminente professor Owen Fiss, já citado aqui hoje, eminente professor da Universidade de Yale, em quem me inspiro, penso que nem sempre o Estado exerce uma influência nefasta no campo das liberdades de expressão e de comunicação. O Estado pode, sim, atuar em prol da liberdade de expressão, e não apenas como seu inimigo, como pode parecer a alguns. Múltiplos fatores interferem nesse campo: a peculiaridade da história do país, a maneira como a sociedade é organizada, o modo de interação entre grupos sociais dominantes e grupos sociais minoritários, tudo pode influir na questão da liberdade de expressão e da liberdade de imprensa.

Imagine-se, por exemplo, a situação de total impotência e desamparo a que pode ser relegado um grupo social marginalizado e insularizado de uma determinada sociedade quando confrontado com a perseguição sistemática, ou a vontade deliberada de silenciá-lo, de estigmatizá-lo, de espezinhá-lo, por parte de um grupo hegemônico de comunicação ou de alguns de seus porta-vozes.

É tendo em mente esses riscos que a posição radical, com todo respeito, parece-me que eu, a exemplo de Owen Fiss, penso que, sem dúvida, o Estado pode, sim, ser um opressor da liberdade de expressão, e o é na maioria das vezes, mas ele pode ser também uma fonte de liberdade, desobstruindo os canais de expressão vedados àqueles que muitos buscam, conscientemente, ou não, silenciar e marginalizar.

Eu estou inteiramente de acordo com o voto proferido pelo eminente Relator, a não ser em relação a pouquíssimas questões. Fiz apenas essa pequena introdução porque acho que nós estamos examinando essa lei, estamos vendo a imprensa apenas sob a ótica institucional, e especialmente nós estamos vendo a imprensa quando confrontada com o Estado, ou pelo exercício, por agentes públicos, das suas funções. Mas a imprensa pode ser destrutiva não apenas em relação a agentes públicos, a impressa pode destruir vidas de pessoas privadas, como nós temos assistido neste País.

Eu, como disse, concordo com o essencial do voto do Relator quanto à total incompatibilidade, por exemplo, dos arts. 3º, 4º, 5º, 6º e 65, que versam sobre a organização de empresas jornalísticas. A matéria, aliás, já se encontra regulamentada na Lei 10.610/2002, sem falar que o dispositivo do art. 222 da Constituição basta em si mesmo.

Os arts. 20, 21 e 22 versam sobre figuras penais, ao definir os tipos de calúnia, injúria, difamação no âmbito da comunicação pública e social. O tratamento em separado dessas figuras penais, quando praticadas através da imprensa, se justifica em razão da maior intensidade do dano causado à imagem da pessoa ofendida. Vale dizer, quanto maior o alcance do veículo em que transmitida a injúria, a calúnia ou a difamação, maior o dano.

E nesse ponto, respeitosamente, divirjo do eminente Relator, que vê incompatibilidade entre essas normas e a Constituição, ou seja, Sua Excelência vê uma incompatibilidade entre o tratamento legal dessa questão de maneira especial, e eu vejo esse tratamento especializado como importante instrumento de proteção ao direito de intimidade, útil para coibir abusos não tolerados pelo sistema jurídico, e, mais uma vez, volto a frisar, não apenas em relação a agentes públicos. Entendo que a liberdade de expressão deve ser a mais ampla possível no que diz respeito a agentes públicos, mas tenho muita reticência em admitir que o mesmo tratamento seja dado em relação às pessoas privadas, ao cidadão comum.

Apenas com essas observações, concordo com o voto do eminente Relator, a não ser com relação a esses arts. 20 e 21, que versam exatamente sobre o tratamento específico da questão penal quando veiculada através da imprensa.

É como voto.

VOTO

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Senhor Presidente, serei breve, porque acho que os votos anteriores não apenas foram brilhantes, mas suficientemente exaustivos sobre a matéria, além do que a Corte já declarou em sede de liminar.

Gostaria apenas, Senhor Presidente, mais por cuidado do que por necessidade jurídica, de fazer ressalva quanto à fundamentação, pedindo vênia ao eminente Relator para, nesse ponto, acompanhar as restrições a que se referiu, agora, o Ministro Joaquim Barbosa e, com mais largueza, o voto do eminente Ministro Menezes Direito.

A mim me parece, e isso é coisa que a doutrina, tirando – ou tirante – algumas posturas radicais, sobretudo no Direito norte-americano, é pensamento universal que, além de a Constituição não prever, nem sequer em relação à vida, caráter absoluto a direito algum, evidentemente não poderia conceber a liberdade de imprensa com essa largueza absoluta e essa invulnerabilidade unímoda.

Quando a Constituição Federal se refere à plenitude desse direito, ela, evidentemente, não apenas pressupõe as suas próprias restrições literais que constam

do *caput* do art. 220, do § 1º e das outras normas a que se remete, como estabelece que se trata de uma plenitude atuante nos limites conceitual-constitucionais.

Noutras palavras, a liberdade da imprensa é plena nos limites conceitual-constitucionais, dentro do espaço que lhe reserva a Constituição. E é certo que a Constituição a encerra em limites predefinidos, que o são na previsão da tutela da dignidade da pessoa humana. Noutras palavras, a Constituição tem a preocupação de manter equilíbrio entre os valores que adota, segundo as suas concepções ideológicas, entre os valores da liberdade de imprensa e da dignidade da pessoa humana.

Em segundo lugar, a minha tendência era realmente fazer ressalvas sobre algumas matérias disciplinadas pela lei, que me parecem absolutamente compatíveis com o ordenamento constitucional vigente, nos termos em que o fiz na votação da medida liminar.

Senhor Presidente, não apenas pelo fato de que parece que a maioria da Casa tende a encaminhar-se para uma solução de exclusão total da lei, ocorreu-me o seguinte inconveniente: talvez não fosse prático manter vigentes alguns dispositivos de um sistema que se tornou mutilado. A sobrevivência de algumas normas, sem organicidade, realmente poderia levar, na prática, a dificuldades.

Até que o Congresso Nacional, se o entenda devido, edite uma lei de imprensa, que é coisa perfeitamente compatível com o sistema constitucional, a mim me parece se deva deixar ao Judiciário a competência para decidir questões relacionadas, sobretudo, ao direito de resposta e a temas correlatos.

Senhor Presidente, com essas ressalvas, acompanho o voto do Relator, entendendo não recebida a Lei de Imprensa.

VOTO

A Sra. Ministra Ellen Gracie: Senhor Presidente, desejo tecer algumas considerações resumidas para examinar, após os brilhantes votos já proferidos, a situação atual que se delineia com o julgamento desta ação.

Em sessão plenária de 1º-4-2009, o eminente Relator, Ministro Carlos Britto, julgou procedente o pedido formulado pela agremiação partidária arguente, o PDT, por entender que a Constituição Federal, promulgada em 1988, não recepcionou, na sua integralidade, a Lei 5.250, de 9-2-1967, que "regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação". Sua Excelência defendeu que a proteção dada pela Constituição Federal às liberdades de pensamento e de expressão impede toda e qualquer atuação legiferante do Estado em matéria de imprensa, *verbis*:

> Em nenhum momento do seu falar imperativo a Constituição iniciou a regulação da matéria para outro diploma legislativo retomar e concluir, se a conduta é nuclearmente de imprensa. Bem ao contrário, em comportamentos da espécie o comando constitucional é intransponivelmente proibitivo da intromissão estatal, em qualquer das personalizadas esferas da Federação brasileira. Logicamente

proibitivo, até, porque nenhuma lei pode ir além do que já foi a Magna Carta de 1988, simplesmente porque nossa Constituição já foi ao máximo da proteção que se pode, teoricamente, conferir à liberdade da profissão de jornalista e de atuação dos meios de comunicação social. E, se nenhuma lei pode ir além do que já foi constitucionalmente qualificado como "livre" e "pleno", a ideia mesma de uma lei de imprensa em nosso País soaria aos ouvidos de todo operador do Direito como inescondível tentativa de embaraçar, restringir, dificultar, represar, inibir aquilo que a nossa Lei das Leis circundou com o mais luminoso halo de liberdade em plenitude.

É o quanto me basta para chegar a duas outras centradas conclusões deste voto: a) não há espaço constitucional para movimentação interferente do Estado em qualquer das matérias essencialmente de imprensa; b) a Lei federal 5.250/1967, sobre disciplinar matérias essencialmente de imprensa, misturada ou englobadamente com matérias circundantes ou periféricas e até sancionatórias (de enfiada, portanto), o faz sob estruturação formal estatutária. Dois procederes absolutamente inconciliáveis com a superveniente Constituição de 1988, notadamente pelo seu art. 20 e § 1º, § 2º e § 6º dele próprio, a acarretar o kelseniano juízo da não recepção do Direito velho, todo ele, pela ordem constitucional nova.

O Senhor Ministro Eros Grau, com a licença de todos os demais pares, adiantou voto, acompanhando, sem reserva, a respeitável posição jurídica manifestada pelo eminente Relator.

Impõe-se, portanto, neste momento específico do julgamento ora em curso, examinar a possibilidade da válida coexistência, em nosso ordenamento jurídico, entre as normas constitucionais que asseguram a plena liberdade de informação jornalística e uma legislação ordinária definidora dos limites e responsabilidades da atividade de imprensa no Brasil.

Como visto, defendeu o eminente Relator, Ministro Carlos Britto, que a proteção dada, pela Constituição Federal, às liberdades de pensamento e de expressão impede toda e qualquer atuação legiferante do Estado em matéria de imprensa.

Eu, *data venia* de Sua Excelência, da brilhante colocação que fez, neste ponto não posso concordar.

Asseverou ainda Sua Excelência, em determinada passagem de seu voto, que as conformações de direitos fundamentais, previstas na Carta Magna (art. 220, § 1º, parte final), além de não serem suscetíveis de regulamentação, somente se manifestam ou já durante o exercício da atividade jornalística, no que diz respeito à proibição do anonimato (art. 5º, IV), à garantia do livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão (art. 5º, XIII), e ao direito ao sigilo da fonte (art. 5º, XIV); ou *a posteriori*, com o acionamento do direito de resposta e de reparação pecuniária, por danos à intimidade, à vida privada, à honra e à imagem de terceiros (art. 5º, V e X) e com a possibilidade "do uso de ação penal, ocasionalmente cabível, nunca, porém, em situação de rigor mais forte, do que o prevalecente para os indivíduos em geral".

Neste ponto, eu sigo a linha agora inaugurada pelo Ministro Joaquim Barbosa por também entender que a ofensa proferida por intermédio de meios de comunicação, quanto maior for a sua extensão, maior gravame trará e, portanto, maior reprovabilidade merecerá.

Peço todas as vênias ao eminente Ministro Carlos Britto, a quem tanto me apraz acompanhar, e também aos Colegas que o seguem, para divergir desses entendimentos.

Não descuido, tal como fez o nobre Relator, do dogma, conquistado a duras penas pelos Estados Democráticos de Direito, de que a imprensa é essencialmente livre ou, então, não é imprensa, não podendo o Estado cair na tentação de se fazer intermediário entre as atividades de expressão e informação e a sociedade.

No entanto, não enxergo, com a devida vênia, uma hierarquia entre os direitos fundamentais consagrados na Constituição Federal que pudesse permitir, em nome do resguardo de apenas um deles, a completa blindagem legislativa desse direito aos esforços de efetivação de todas as demais garantias individuais.

Entendo, com todo respeito e admiração à visão exposta pelo eminente Relator, Ministro Carlos Britto, que a inviolabilidade dos direitos subjetivos fundamentais, sejam eles quais forem, não pode ser colocada na expressão adotada pelo eminente Relator, num "estado de momentânea paralisia" para o pleno usufruto de apenas um deles individualmente considerado. A ideia de calibração temporal ou cronológica, proposta por Sua Excelência, representaria, a meu sentir, a própria nulificação dos direitos fundamentais à intimidade, à vida privada, à imagem e à honra de terceiros. É de todos bastante conhecida a metáfora de que se faz a respeito da busca tardia pela reparação da honra injustamente ultrajada, esforço correspondente àquele de reunir as plumas de um travesseiro, lançadas do alto de um edifício.

Penso assim que a plenitude da liberdade de informação jornalística, desfrutada pelos veículos de comunicação social, não é automaticamente comprometida pela existência de legislação infraconstitucional que trate da atividade de imprensa, inclusive para protegê-la, como assinalou o Ministro Joaquim.

Caberá sempre ao Poder Judiciário apreciar se determinada disposição legal representou verdadeiro embaraço ao livre exercício de manifestação, observadas as balizas constitucionais expressamente indicadas, conforme disposto no art. 220, § 1º, da Constituição, nos incisos IV, V, X, XIII e XIV do seu art. 5º.

Em conclusão, Senhor Presidente, acredito que o art. 220 da Constituição Federal, quando assevera que nenhum diploma legal conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade conferida aos veículos de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV, quis claramente enunciar que a lei, ao tratar das garantias previstas nesses mesmos incisos, esmiuçando-as, não poderá nunca ser interpretada como empecilho, obstáculo ou dificuldade ao pleno exercício da liberdade de informação.

Com base nessas breves razões e alinhando-me à divergência, pedindo novas vênias ao eminente Relator, eu divirjo de Sua Excelência.

Parece-me que a votação havia sido encaminhada originalmente no sentido de decidirmos primeiro se analisávamos a legislação como um todo ou de forma partilhada, nos seus artigos. Ao que tudo indica, a maioria se inclina para a primeira solução, rejeitando inteiramente a chamada Lei de Imprensa, de modo que, neste ponto, eu divirjo dos demais para ressalvar aqueles artigos que considero não agredirem o texto constitucional.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Nem todos os dispositivos da lei foram impugnados.

A Sra. Ministra Ellen Gracie: Nem todos foram impugnados.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): O pedido é múltiplo e há uma parte do pedido que é alternativo.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Há o pedido alternativo. O primeiro deles é que a lei seja considerada não recebida.

A Sra. Ministra Ellen Gracie: Essa é a posição majoritária. Todavia, com todo o respeito, divirjo.

Nesse sentido, ressalvo os arts. 20, 21 e 22, mencionados pelo Ministro Joaquim Barbosa. E também, por não serem de todo incompatíveis com a letra constitucional, nos termos mesmos postos pelo parecer da Procuradoria-Geral da República, firmado pelo Dr. Roberto Gurgel Santos, o art. 1º, § 1º: "Não será tolerada a propaganda de guerra, de processos de subversão da ordem política e social ou de preconceitos de raça ou classe", o que, evidentemente, está de acordo com a Constituição Federal; o art. 14, que cuida novamente da propaganda de guerra; o art. 16, inciso I, que se refere à perturbação da ordem social. Da mesma forma, o art. 2º, *caput*, na referência que faz aos atentados à moral e aos bons costumes.

São essas as referências que faço. Também acrescento a já mencionada referência aos arts. 20, 21 e 22, que conferem sanções às violações ou abusos do direito de livre expressão do pensamento. São garantias, como volto a frisar, de proteção à intimidade, à vida privada, à honra, à imagem das pessoas, em consonância com o art. 5º.

Além do mais, se me é permitido, creio que essas normas inclusive proporcionam, para os órgãos da imprensa, para as empresas jornalísticas, um certo balizamento que, a partir da decisão desta Corte, conforme ela se encaminha, fica eliminado.

É esse o teor do meu voto.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Quanto ao direito de resposta, Vossa Excelência não se manifesta?

A Sra. Ministra Ellen Gracie: Não.

VOTO
(Retificação)

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Senhor Presidente, na verdade, quero retomar um trecho do voto que eu saltei.

Os arts. 1º, § 1º, 14 e 16, inciso I, proíbem a propaganda de guerra, de processos de subversão da ordem política e social, ou de preconceitos de raça ou classe e, verificada a conduta, cominam-lhe uma reprimenda.

Também neste ponto o eminente Relator votou pela supressão pura e simples de todos esses dispositivos.

Eu tenho dúvidas quanto à suposta incompatibilidade total desses dispositivos com a Constituição Federal. É certo que a linguagem neles utilizada nos remete a um período sombrio da nossa história recente. E cito o que diz o dispositivo:

> § 1º Não será tolerada a propaganda de guerra, de processos de subversão da ordem política e social ou de preconceitos de raça ou classe.

Mas daí eu pergunto: a Constituição protege o discurso que vise a fazer a apologia de preconceitos de raça ou de classe, tal como mencionado no mesmo dispositivo?

O Procurador-Geral optou por um meio-termo e sugeriu a técnica da interpretação conforme a Constituição para firmar o termo "subversão da ordem política e social" com o sentido de "preservar ou prontamente restabelecer, em locais restritos e determinados, a ordem pública ou a paz social ameaçadas por grave e iminente instabilidade institucional", nos exatos termos do art. 136 da Constituição e de seu excepcional Regime Jurídico.

Ou seja, circunscreveu a possibilidade de intervenção do Estado àquelas hipóteses relacionadas com as situações de excepcionalidade institucional de que nos dá conta o art. 136 da Constituição.

Creio que – embora tendo dificuldade, como disse, com a linguagem utilizada em parte do dispositivo – a proposta do eminente Procurador-Geral, no que diz respeito a essa específica expressão "subversão da ordem política e social", e desde que entendida única e exclusivamente no contexto excepcional do art. 136 da Constituição, poderia, sim, ser tida como compatível com a ordem constitucional vigente.

Quanto à questão dos preconceitos de raça e de classe, também mencionados nos mesmos dispositivos, creio que suprimir, pura e simplesmente, as expressões a eles correspondentes equivalerá, na prática, a admitir que, doravante, a proteção constitucional à liberdade de imprensa compreende também a possibilidade de livre veiculação desses preconceitos, sem qualquer possibilidade de contraponto por parte dos grupos sociais eventualmente prejudicados.

Meu voto, portanto, é na linha do voto da Ministra Ellen Gracie. Reajuste meu voto nesse sentido.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Começo por perguntar a mim mesmo: a quem interessa o vácuo normativo? A jornais? A jornalistas? Aos cidadãos em geral, destinatários da vida organizada? Diz-se que amanhã passaremos, depois da decisão do Supremo, a ter liberdade. Penso que não, Presidente. Passaremos a ter a babel; passaremos a ter, nos conflitos de interesse, o critério de plantão estabelecido pelo julgador, a partir de um ato de vontade – o ato interpretativo do arcabouço da ordem jurídica.

Presidente, estamos a nos defrontar com uma lei que se encontra em vigor há quarenta e dois anos, dois meses e vinte e um dias e, desse período, vinte anos, seis meses e vinte e quatro dias, vigente a Constituição Federal, que se diz ter sido elaborada num clima de embriaguez democrática.

Não creio, sequer, que interesse ao Partido autor – o Partido Democrático Trabalhista (PDT) – expungir do cenário jurídico essa lei, fazendo-o de cambulhada, assentando-se, do primeiro ao último artigo, que os preceitos nela contidos são conflitantes com os novos ares democráticos. Mas somente agora, passados vinte anos, seis meses e vinte e quatro dias da vigência da Constituição Federal, diz-se que há o descumprimento de preceito fundamental. Não me consta que a imprensa do País não seja livre, e possíveis artigos à margem da Carta da República já foram e são diariamente afastados pelo Judiciário.

Poderíamos dizer que existe hoje, em termos de eficácia, em termos de concretude, uma lei purificada pelo crivo equidistante, como o voto de um Colega demonstrou nesta assentada, do próprio Judiciário, daqueles que têm a missão sublime de julgar os semelhantes e os conflitos de interesse envolvendo os semelhantes.

Presidente, chegou às minhas mãos um trabalho do mestre paranaense, que costumo ouvir para refletir na minha atuação judicante, René Ariel Dotti, cujo título é sinalizador: "Controle democrático da liberdade de informação: uma lei própria para regular o universo dos meios de comunicação". Tem-se, então, a transcrição – com referência ao saudoso Ministro Evandro Lins e Silva, insuspeito quanto ao ranço da ditadura – de parte da exposição de motivos de um projeto ou anteprojeto confeccionado pela Ordem dos Advogados do Brasil. No item 10 dessa exposição de motivos, está consignado:

> 10. O entendimento de que os crimes de imprensa devem ser tratados pelo Código Penal implica em reduzir substancialmente o generoso e complexo universo da liberdade de informação que abrange direitos e garantias merecedores das atenções e cuidados de um diploma especial melhor adequado às peculiaridades da matéria. Por outro lado, ignoram ou fazem ignorar, os defensores de tal orientação [e não querem os jornalistas a incidência do Código Penal] que os delitos contra a liberdade de imprimir e divulgar o pensamento e as ideias não são apenas aqueles cometidos através dos meios de comunicação (calúnia, injúria, difamação, violação da intimidade), mas, também, aqueles dirigidos contra os meios de comunicação (...)

Vê-se o inverso do sustentado pelo arguente, e a estrada aqui é de mão dupla.

No tocante ao alcance da lei – e parece até palavrão mencionar-se o seu número, Lei 5.250, considerado o ano em que editada, 1967 –, temos, sim, preceitos que protegem o cidadão quanto à privacidade, quanto à honra. No entanto, há inúmeros preceitos que protegem a atividade jornalística; inúmeros preceitos que prestam homenagem à liberdade de informação. Como disse, no correr desses quarenta anos, o Judiciário afastou aqueles que se mostravam, considerada a Carta da época, ou se mostraram, considerada a Carta que Ulisses Guimarães apontou como cidadã, conflitantes com ditames maiores advindos da Constituição Federal.

E continua:

> (...) mas também aqueles dirigidos contra os meios de comunicação (destruir, inutilizar ou deteriorar maquinário, instrumentos ou aparelhos, e empastelamento de material) ou contra os administradores ou profissionais da comunicação social.

E prossegue para, depois, consignar:

> Entre os mais lúcidos defensores da liberdade de imprensa em nosso País, destaca-se a figura ímpar de Barbosa Lima Sobrinho.
>
> Em brilhante e alentado artigo ("Necessidade de uma nova lei"), o presidente da Associação Brasileira de Imprensa afirma não ter conseguido "entender a atitude de jornalistas que fazem questão de declarar que não há necessidade de uma lei de imprensa [e não se tem, já foi assentado, há muitos anos, pela doutrina do Supremo, direito absoluto, como não se tem preceitos hierarquizados (foi frisado pela Ministra Ellen Gracie, nesta assentada) na própria Carta da República], pois que tudo se resolveria com a presença [é o artigo de Barbosa Lima Sobrinho – e, afastada a lei, ter-se-á essa presença] do Código Penal, em que figurariam-se os chamados abusos da liberdade de imprensa: a injúria, a calúnia e a difamação". [sic]

Esse mesmo trabalho prossegue e, então, versa-se o estatuto para o exercício da liberdade de imprensa e demonstra-se a necessidade de um diploma próprio para tratar do universo de variantes da liberdade de informação.

Cita-se artigo publicado na *Folha de São Paulo*, reproduzindo-se parte que estaria a revelar:

> Somente lei específica pode disciplinar adequadamente temas essenciais como: a) a responsabilidade civil e penal (relação de causalidade, autoria e participação); b) o que é legitimado pela Lei de Imprensa (art. 27) e não é justificado pelo Código Penal (art. 142), mais limitado ao estabelecer causas de exclusão do crime [ter-se-ia, aqui, um diploma mais favorável quanto às causas de exclusão do crime]; c) o exercício dos direitos de resposta e retificação com peculiaridades próprias; d) os direitos, as garantias e os deveres inerentes a fundação, administração e funcionamento das empresas de jornalismo e radiodifusão; e) as concessões, permissões e autorizações para os serviços de radiodifusão de sons e imagens, bem como os casos de suspensão e cancelamento; f) a efetivação dos princípios constitucionais para a produção e programação das emissoras de rádio e televisão; g) a regra de balanceamento de bens para a aplicação do art. 220 da Constituição Federal (...)

Leio entendimento do jornal a que me referi, de maior expressão no cenário nacional, a *Folha de São Paulo*:

> Sem lei de imprensa [e, aqui, temos que ter olhos voltados também para as minorias em sentido linear] só grandes empresas teriam boas condições de proteger-se da má aplicação da lei comum, levando processos até as mais altas instâncias do Judiciário. Ficariam mais expostos ao jogo bruto do poder, e a decisões abusivas de magistrados, os veículos menores e as iniciativas individuais.
>
> A fiscalização de tiranetes e oligarcas em regiões menos desenvolvidas do país ficaria mais vulnerável.

Precisamos considerar que o Brasil não é apenas Brasília, não é apenas Rio de Janeiro, não é apenas São Paulo, não é apenas grandes capitais:

> Tampouco haveria o devido amparo legal à efervescente "imprensa cidadã", que dissemina blogs pela internet – inovações que merecem ter proteção especial da lei de imprensa quando revestirem caráter jornalístico.
>
> (*Folha de São Paulo*. Editoriais: Lei de Imprensa – 30-3-2008.)

Mas, como dito no trabalho, e vou parafrasear a expressão, há a síndrome da ditadura militar. Volta-se aos idos imediatamente anteriores a 1988, quando se sentiu necessidade de transportar para a Lei Maior do País preceitos que poderiam estar muito bem na legislação ordinária. Chegou-se até ao ponto de transportar para a Constituição da República a prescrição trabalhista, que sempre foi regida pela Consolidação das Leis do Trabalho.

Agora, esquece-se – nessa visão distorcida, que não é a de qualquer Colega, e isso posso testemunhar e asseverar sem receio de dúvida – que o Código foi decretado durante o Estado Novo e continua a viger; esquece-se que tivemos reformas desse mesmo Código Penal durante o regime que alguns apontam como regime *de chumbo*, como regime de exceção, e reformas que, no tocante a garantias do cidadão, mostraram-se profícuas, adequadas, aconselháveis quando se vive em um Estado Democrático de Direito.

Cito – e faço-o a partir de dados do trabalho de René Ariel Dotti, a que me referi – a Lei 6.416, de 24 de maio de 1977, a revelar a reforma penal e penitenciária dos anos setenta. Houve reforma, como dito no trabalho, humanitária nos setores da aplicação e execução da pena privativa de liberdade. Tivemos, ainda, em 1984, antes da Carta Cidadã, a reforma da parte geral do Código Penal, com as Leis 7.209 e 7.210. Essas leis surgiram, Presidente – é preciso que se diga, é preciso que passo a passo se faça justiça –, durante o período em que se governava o Brasil em regime militar, e não podemos, só porque veio à balha a Carta Cidadã, simplesmente apagar toda a legislação pretérita, principalmente aquela que adveio no período subsequente a março de 1964.

Volto a citar René Ariel Dotti, em item "Regras Totalitárias não recepcionadas pelo Judiciário", considerado o editorial do jornal *Folha de São Paulo*. A Lei de Imprensa – é o editorial – deixou de ser a principal ameaça à liberdade de expressão no Brasil. Quem o diz é um jornal de grande circulação, um jornal

nacional. Não me refiro à Globo e poderia mencioná-la também, já que falei no Jornal Nacional, no que semelhante o pensamento. Ameaça à liberdade de expressão no Brasil criada por uma ditadura, se o objetivo central era controlar a informação pela coação legal imposta a veículos e profissionais:

> Nem todos os 33 artigos do código de 1967 [que é a Lei de Imprensa], entretanto, correspondiam a pressupostos de tutela.
>
> Os dispositivos mais autoritários da Lei de Imprensa passaram a ser ignorados nos tribunais a partir da redemocratização de 1985. O que restou do diploma hoje [dito, repito, à exaustão, a mais não poder, pela *Folha de São Paulo*] propicia alguma segurança jurídica a cidadãos, empresas e jornalistas, sem ameaçar direitos fundamentais.

A *Folha* não é composta de juristas, admito, mas é um veículo de comunicação atento à democracia, atento aos anseios populares.

Prossegue o pensador René Ariel Dotti, procedendo a confronto e citando, mais uma vez, o editorial do jornal referido:

> Já nos códigos cuja aplicação seria alargada no caso da abolição da Lei de Imprensa, há mais incerteza.

Foi o que disse: a quem interessa o vácuo normativo? Aos jornais? Aos jornalistas? À cidadania brasileira? A resposta, Presidente, somente pode ser, com a devida vênia, negativa:

> Em todas as democracias modernas existe um conflito clássico entre dois valores fundamentais: o direito à informação, de um lado, e os direitos ligados à personalidade, do outro. As constituições resolveram o dilema conferindo primazia ao primeiro termo, em nome do interesse público. Como contrapartida, criaram mecanismos para reparar excessos cometidos no livre exercício da imprensa.

Esses mecanismos, no que acionados nesta quadra que estamos a viver, não alcançaram, Presidente, o cerceio à liberdade de expressão.

Não posso – a não ser que esteja a viver em outro Brasil – dizer que nossa imprensa hoje é uma imprensa cerceada, presente a Lei 5.250/1967. Digo – e sou arauto desse fenômeno – que se tem uma imprensa livre, agora, claro, sem que se reconheça direito absoluto, principalmente considerada a dignidade do homem. Em relação a homem público ou privado, pouco importa, a dignidade há de ser mantida.

E consigna René Ariel Dotti:

> É essencial considerar que, enquanto na lei especial, o bem jurídico prevalente é a liberdade de informação como interesse coletivo [e digo, aqui, de todos nós] no Código Penal, a proteção tem caráter individual. Consideremos, aí, os crimes de injúria, difamação e calúnia.

Prossegue o autor do trabalho, preocupado com o que sinalizado neste processo, a revelar, não uma ação direta de inconstitucionalidade – não estamos aqui

a julgar a ação direta de inconstitucionalidade que, nesses anos todos, não foi proposta, não estamos a julgar ação declaratória de constitucionalidade; estamos a julgar a arguição de descumprimento de preceito fundamental. De que preceito fundamental, considerada a prática notada? Digam-me. Em que espaço de tempo, depois de 1988, a nossa imprensa esteve cerceada, deixando de cumprir o dever público de informar, e bem informar, os cidadãos em geral?

Não creio, Presidente, a prevalecer a premissa da ação, ter-se – e isso é necessário para a procedência de um dos pedidos formulados, pedidos sucessivos – o desrespeito a preceito fundamental. Não há como concluir pela transgressão a preceito fundamental ligado à liberdade de expressão.

Prossegue, então, o autor do trabalho com comparações legislativas. Precisamos ter presente, muito embora haja apenação mais grave, considerados certos crimes contra a honra – e há a problemática da injúria, em que o Código Penal prevê pena de um a seis meses e a lei em exame prevê detenção de um mês a um ano –, o grande todo encerrado por essa lei e confiar naqueles que personificam o Estado, substituindo a vontade das partes e julgando os conflitos de interesse.

A Lei de Imprensa, ressalta o autor do trabalho – e isso é sabença geral –, é bem mais favorável quanto aos prazos de prescrição e decadência e, também, quanto ao tratamento, que não diria privilegiado, porque todo privilégio encerra algo odioso, que se faz no campo das prerrogativas, da prisão especial, no que o art. 66 dessa lei prevê que:

> Art. 66. O jornalista profissional não poderá ser detido nem recolhido preso antes de sentença transitada em julgado [afastando, portanto, até mesmo, a preventiva, a prisão provisória, ainda que temporária]; em qualquer caso, somente em sala decente [e as nossas penitenciárias não revelam essas salas], arejada e onde encontre todas as comodidades.

Presidente, hei de atuar sempre com desassombro. Hei de sempre proceder segundo a minha ciência e consciência, e o dia em que puder ficar assustado, a ponto de tremer no ofício judicante, ante a possibilidade de suposição errônea, terei de deixar a toga que envergo nesta Corte.

Não posso, de forma alguma, proceder a partir de um ranço, a partir do pressuposto de que essa lei foi editada pelo Congresso Nacional, em regime que aponto não como *de chumbo*, mas como de exceção, considerado o essencialmente democrático.

Gostaria de saber e pediria que me respondessem com pureza d'alma: qual é o preceito fundamental descumprido a respaldar o acolhimento de pedido formulado na inicial desta ação? Gostaria de saber – e teria de haver, até mesmo, o acionamento da premonição: o que ocorrerá no dia seguinte, quando não mais vigente esse diploma?

Devo encerrar, Presidente, já tomei muito tempo da Corte. Peço vênia ao Relator, aos Colegas que o acompanharam e, em parte, àqueles que divergiram parcialmente para julgar totalmente improcedentes os pedidos formulados.

Deixemos à carga de nossos representantes, dos representantes do povo brasileiro – e temos presente no Plenário um deles e que por sinal, bem representa o meu Estado de origem, Deputado Federal Miro Teixeira, que sustentou da tribuna em nome do arguente, Partido Democrático Trabalhista –, dos representantes dos Estados e, portanto, deputados e senadores, a edição de lei que substitua a em exame, sem ter-se, enquanto isso, o vácuo – como disse – que só leva à babel, à bagunça, à insegurança jurídica, inclusive quanto ao direito de resposta previsto na Constituição Federal, mas sem que esta explicite as necessárias balizas.

É o voto.

VOTO

O Sr. Ministro Celso de Mello: **Desejo registrar**, Senhor Presidente, **o luminoso**, denso **e** erudito voto **que** acaba **de proferir** o eminente Ministro MENEZES DIREITO, **a revelar não só** a extrema qualificação intelectual de Sua Excelência, **mas**, também, **a sensibilidade e a preocupação** que demonstrou **no exame da delicadíssima** questão **concernente** ao exercício da liberdade de imprensa.

Realizou-se, em 1994, **no Castelo de Chapultepec**, **situado** no centro da Cidade do México, **a Conferência Hemisférica** sobre liberdade de expressão, **que elaborou** uma importantíssima Carta de Princípios, **fundada** em postulados, que, **por essenciais** ao regime democrático, **devem** constituir objeto **de permanente** observância **e** respeito **por parte** do Estado **e** de suas autoridades e agentes.

A Declaração de Chapultepec proclamou que:

> ***Uma imprensa livre é condição fundamental*** *para que as sociedades* ***resolvam*** *seus conflitos,* ***promovam*** *o bem-estar* ***e protejam*** *sua liberdade.* ***Não deve existir*** *nenhuma lei ou ato de poder* ***que restrinja*** *a liberdade de expressão ou de imprensa,* ***seja qual for*** *o meio de comunicação.* ***Porque temos consciência*** *dessa realidade e a sentimos com profunda convicção, firmemente comprometidos com a liberdade,* ***subscrevemos esta declaração*** *com os seguintes princípios:*
>
> ***I – Não há pessoas nem sociedades livres sem liberdade de expressão e de imprensa****. O exercício dessa não é uma concessão das autoridades, é um direito inalienável do povo.*
>
> ***II – Toda pessoa tem o direito*** *de buscar e receber informação, expressar opiniões e divulgá-las livremente.* ***Ninguém pode*** *restringir ou negar esses direitos.*
>
> ***III – As autoridades devem estar legalmente obrigadas*** *a pôr à disposição dos cidadãos, de forma oportuna e equitativa, a informação gerada pelo setor público. Nenhum jornalista poderá ser compelido a revelar suas fontes de informação.*
>
> ***IV – O assassinato, o terrorismo, o sequestro, as pressões, a intimidação****, a prisão injusta dos jornalistas, a destruição material dos meios de comunicação, qualquer tipo de violência e impunidade dos agressores,* ***afetam seriamente a liberdade de expressão e de imprensa****. Esses atos devem ser investigados com presteza e punidos severamente.*
>
> ***V – A censura prévia****, as restrições à circulação dos meios ou à divulgação de suas mensagens, a imposição arbitrária de informação, a criação de obstáculos*

ao livre fluxo informativo ***e*** *as limitações ao livre exercício e movimentação dos jornalistas* ***se opõem*** *diretamente à liberdade de imprensa.*

VI – Os meios de comunicação e os jornalistas não devem *ser objeto de discriminações ou favores em função do que escrevam ou digam.*

VII – As políticas tarifárias e cambiais*, as licenças de importação de papel ou equipamento jornalístico, a concessão de frequências de rádio e televisão* ***e*** *a veiculação ou supressão da publicidade estatal* ***não devem ser utilizadas*** *para premiar ou castigar os meios de comunicação ou os jornalistas.*

VIII – A incorporação de jornalistas *a associações profissionais ou sindicais* ***e*** *a filiação de meios de comunicação a câmaras empresariais* ***devem*** *ser estritamente voluntárias.*

IX – A credibilidade da imprensa *está ligada ao compromisso com a verdade, à busca de precisão, imparcialidade e equidade e à clara diferenciação entre as mensagens jornalísticas e as comerciais. A conquista desses fins e a observância desses valores éticos e profissionais não devem ser impostos. São responsabilidades exclusivas dos jornalistas e dos meios de comunicação. Em uma sociedade livre, a opinião pública premia ou castiga.*

X – Nenhum meio de comunicação ou jornalista *deve ser sancionado por difundir a verdade, criticar ou fazer denúncias contra o poder público.*

(**Grifei.**)

O conteúdo dessa Declaração, Senhor Presidente, **revela-nos** que **nada** mais nocivo, **nada** mais perigoso do que a pretensão do Estado de regular a liberdade de expressão, **pois o pensamento há de ser livre** – **permanentemente** livre, **essencialmente** livre, **sempre** livre.

Torna-se extremamente importante reconhecer, desde logo, que, **sob a égide** da vigente Constituição da República, **intensificou-se**, em face de seu inquestionável sentido de fundamentalidade, **a liberdade** de informação **e** de manifestação do pensamento.

Todos sabemos, Senhor Presidente – **e já tive** o ensejo de me pronunciar nesse sentido, **em decisão** proferida **na Pet 3.486/DF**, de que fui Relator –, **que o exercício concreto**, pelos profissionais da imprensa, **da liberdade de expressão**, cujo fundamento **reside** no próprio texto da Constituição da República, **assegura** ao jornalista **o direito de expender crítica**, ainda que desfavorável **e** em tom contundente, **contra** quaisquer pessoas **ou** autoridades.

Ninguém desconhece que, **no contexto** de uma sociedade fundada em bases democráticas, **mostra-se intolerável** a repressão penal ao pensamento, **ainda mais** quando a crítica – **por mais dura** que seja – **revele-se inspirada** pelo interesse público **e decorra da prática legítima de uma liberdade pública** de extração **eminentemente** constitucional (**CF**, art. 5º, IV, **c/c** o art. 220).

Não se pode ignorar que a liberdade de imprensa, **enquanto** projeção da liberdade de manifestação de pensamento **e** de comunicação, **reveste-se** de conteúdo abrangente, **por compreender**, **dentre outras prerrogativas** relevantes que lhe são inerentes, (**a**) o direito **de** informar, (**b**) o direito **de buscar** a informação, (**c**) o direito **de** opinar **e** (**d**) o direito **de** criticar.

A crítica jornalística, desse modo, **traduz** direito **impregnado** de qualificação constitucional, **plenamente oponível** aos que exercem **qualquer** parcela de autoridade no âmbito do Estado, **pois** o interesse social, **fundado na necessidade** de preservação dos limites ético-jurídicos **que devem pautar** a prática da função pública, **sobrepõe-se** a eventuais suscetibilidades que possam revelar os detentores do poder.

Uma vez dela ausente o "*animus injuriandi vel diffamandi*", **tal como ressalta** o magistério doutrinário (CLÁUDIO LUIZ BUENO DE GODOY, "**A Liberdade de Imprensa e os Direitos da Personalidade**", p. 100/101, item n. 4.2.4, 2001, Atlas; VIDAL SERRANO NUNES JÚNIOR, "**A Proteção Constitucional da Informação e o Direito à Crítica Jornalística**", p. 88/89, 1997, Editora FTD; RENÉ ARIEL DOTTI, "**Proteção da Vida Privada e Liberdade de Informação**", p. 207/210, item n. 33, 1980, RT, **v.g.**), **a crítica** que os meios de comunicação social **dirigem** às pessoas públicas, **especialmente** às autoridades **e** aos agentes do Estado, **por mais acerba**, dura e veemente que possa ser, **deixa de sofrer**, quanto ao seu concreto exercício, **as limitações externas que ordinariamente resultam** dos direitos da personalidade.

Lapidar, sob tal aspecto, **a decisão** emanada do E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, **consubstanciada** em acórdão assim ementado:

> ***Os políticos estão sujeitos de forma especial às críticas públicas**, e é fundamental **que se garanta** não só ao povo em geral **larga margem de fiscalização e censura** de suas atividades, **mas sobretudo à imprensa**, ante a **relevante utilidade** pública da mesma.*
> (**JTJ 169/86**, Rel. Des. MARCO CESAR – **Grifei.**)

Vê-se, pois, **que a crítica jornalística**, quando **inspirada** pelo interesse público, **não importando** a acrimônia **e** a contundência da opinião manifestada, **ainda mais** quando dirigida a figuras públicas, **com alto grau de responsabilidade** na condução dos negócios de Estado, **não** traduz **nem** se reduz, em sua expressão concreta, à dimensão de abuso da liberdade de imprensa, **não se revelando suscetível**, por isso mesmo, **em situações de caráter ordinário**, à possibilidade de sofrer **qualquer** repressão estatal **ou** de se expor **a qualquer** reação hostil do ordenamento positivo, **tal como pude decidir** em julgamento monocrático **proferido** nesta Suprema Corte:

> ***LIBERDADE DE IMPRENSA** (**CF**, ART. 5º, IV, **c/c** o ART. 220). **JORNALISTAS**. **DIREITO DE CRÍTICA**. **PRERROGATIVA CONSTITUCIONAL** CUJO SUPORTE LEGITIMADOR **REPOUSA** NO PLURALISMO POLÍTICO (**CF**, ART. 1º, V), **QUE REPRESENTA** UM DOS FUNDAMENTOS INERENTES AO REGIME DEMOCRÁTICO. **O EXERCÍCIO DO DIREITO DE CRÍTICA** INSPIRADO POR RAZÕES DE INTERESSE PÚBLICO: **UMA PRÁTICA INESTIMÁVEL** DE LIBERDADE **A SER PRESERVADA** CONTRA ENSAIOS **AUTORITÁRIOS** DE REPRESSÃO PENAL. **A CRÍTICA JORNALÍSTICA E AS AUTORIDADES PÚBLICAS**. **A ARENA POLÍTICA: UM ESPAÇO DE DISSENSO** POR EXCELÊNCIA.*
> (**Pet 3.486/DF**, Rel. Min. CELSO DE MELLO.)

É certo que o direito de crítica **não assume** caráter absoluto, **eis que inexistem**, em nosso sistema constitucional, **como reiteradamente proclamado** por esta Suprema Corte (**RTJ** 173/805-810, **807-808**, **v.g.**), direitos e garantias **revestidos** de natureza absoluta.

Não é menos exato afirmar-se, no entanto, que o direito de crítica **encontra** suporte legitimador **no pluralismo político**, que representa **um dos fundamentos** em que se apóia, **constitucionalmente**, o próprio Estado Democrático de Direito (**CF**, art. 1º, V).

Na realidade, **e como assinalado** por VIDAL SERRANO NUNES JÚNIOR ("**A Proteção Constitucional da Informação e o Direito à Crítica Jornalística**", p. 87/88, 1997, Editora FTD), **o reconhecimento da legitimidade** do direito de crítica, **tal como sucede** no ordenamento jurídico brasileiro, **qualifica-se** como "*pressuposto do sistema democrático*", **erigindo-se**, por efeito de sua natureza mesma, em condição de **verdadeira** "*garantia institucional da opinião pública*":

> *(...)* ***o direito de crítica em nenhuma circunstância é ilimitável****, porém adquire um* ***caráter preferencial****, desde que a crítica veiculada se refira* ***a assunto de interesse geral****, ou que tenha* ***relevância pública****, e guarde pertinência com o objeto da notícia, pois tais aspectos é que fazem a* ***importância da crítica*** *na formação da* ***opinião pública****.*
> **(Grifei.)**

Não foi por outra razão que o Tribunal Constitucional espanhol, **ao proferir as Sentenças** 6/1981 (Rel. Juiz FRANCISCO RUBIO LLORENTE), 12/1982 (Rel. Juiz LUIS DÍEZ-PICAZO), 104/1986 (Rel. Juiz FRANCISCO TOMÁS Y VALIENTE) **e** 171/1990 (Rel. Juiz BRAVO-FERRER), **pôs em destaque a necessidade essencial de preservar-se** a prática da liberdade de informação, **inclusive o direito de crítica** que dela emana, **como um dos suportes axiológicos** que informam **e** que conferem legitimação material à própria concepção do regime democrático.

É relevante observar, aqui, **que o Tribunal Europeu de Direitos Humanos** (**TEDH**), em mais de uma ocasião, **também advertiu** que a limitação do direito à informação **e** do direito (dever) de informar, mediante (**inadmissível**) redução de sua prática "*ao relato puro, objetivo e asséptico de fatos,* ***não se mostra*** *constitucionalmente aceitável* ***nem*** *compatível com o pluralismo, a tolerância (...),* ***sem os quais*** *não há sociedade democrática (...)*" (**Caso Handyside**, Sentença do TEDH, de 7-12-1976).

Essa **mesma** Corte Europeia de Direitos Humanos, **quando** do julgamento **do Caso Lingens** (**Sentença** de 8-7-1986), **após assinalar** que "***a divergência*** *subjetiva de opiniões* ***compõe*** *a estrutura mesma do aspecto institucional do direito à informação*", **acentua** que "*a imprensa* ***tem a incumbência****, por ser essa a sua missão,* ***de publicar*** *informações* ***e ideias*** *sobre as questões que se discutem* ***no terreno político e*** *em outros setores de interesse público (...)*", **vindo a concluir**, em tal decisão, **não ser aceitável** a visão daqueles **que pretendem**

negar, à imprensa, **o direito de interpretar** as informações **e de expender as críticas** pertinentes.

Não custa insistir, neste ponto, **na asserção** de que a Constituição da República **revelou hostilidade** extrema a quaisquer práticas estatais **tendentes** a restringir **ou** a reprimir o **legítimo** exercício da liberdade de expressão **e** de comunicação de ideias e de pensamento.

Essa repulsa constitucional bem traduziu **o compromisso** da Assembleia Nacional Constituinte **de dar expansão** às liberdades do pensamento. Estas são **expressivas** prerrogativas constitucionais **cujo integral e efetivo** respeito, pelo Estado, **qualifica-se** como pressuposto essencial e necessário **à prática** do regime democrático. **A livre** expressão e manifestação de ideias, pensamentos e convicções **não pode e não deve ser impedida** pelo Poder Público **nem submetida** a ilícitas interferências do Estado.

Não deixo de reconhecer, Senhor Presidente, **que os valores** que informam a ordem democrática, **dando-lhe** o indispensável suporte axiológico, **revelam-se conflitantes** com toda e qualquer pretensão estatal **que vise** a nulificar **ou** a coarctar a **hegemonia essencial** de que se revestem, em nosso sistema constitucional, as liberdades do pensamento.

O regime constitucional vigente no Brasil **privilegia**, de modo particularmente expressivo, o quadro em que se desenvolvem as liberdades do pensamento. Esta é uma realidade normativa, política e jurídica **que não pode ser desconsiderada** pelo Supremo Tribunal Federal.

A liberdade de expressão representa, dentro desse contexto, uma projeção significativa do direito, **que a todos assiste**, de manifestar, **sem** qualquer possibilidade de intervenção estatal "*a priori*", o seu pensamento **e** as suas convicções, **expondo** as suas ideias **e fazendo** veicular as suas mensagens doutrinárias.

Semelhante procedimento estatal, **que implicasse verificação prévia** do conteúdo das publicações, traduziria ato inerentemente injusto, arbitrário e discriminatório. Uma sociedade democrática e livre **não pode institucionalizar** essa intervenção prévia do Estado, **nem admiti-la** como expediente dissimulado pela **falsa** roupagem do cumprimento e da observância da Constituição.

É preciso reconhecer que a vedação dos comportamentos estatais **que afetam tão gravemente** a livre expressão e comunicação de ideias **significou** um notável avanço nas relações entre a sociedade civil e o Estado. **Nenhum diktat**, emanado do Estado, pode ser aceito ou tolerado, na medida em que compromete o **pleno** exercício da liberdade de expressão.

A Constituição, **ao subtrair** o processo de criação artística, literária e cultural da interferência, **sempre** tão expansiva **quão** prejudicial, do Poder Público, **mostrou-se atenta à grave advertência** de que o Estado **não pode dispor** de poder algum **sobre a palavra, sobre as ideias e sobre os modos** de sua divulgação. **Digna de nota**, neste ponto, a **sempre** lúcida ponderação de OCTAVIO PAZ ("**O Arco e a Lira**", p. 351, 1982, Nova Fronteira), **para quem** "*Nada é*

mais pernicioso e bárbaro que atribuir ao Estado poderes na esfera da criação artística. ***O poder político é estéril****, porque sua essência* ***consiste na dominação*** *dos homens, qualquer que seja a ideologia que o mascare (...)*".

Impende advertir, bem por isso, **notadamente** quando se busca promover a repressão à crítica jornalística, **que o Estado não dispõe de poder algum sobre a palavra**, **sobre as ideias e sobre as convicções** manifestadas pelos profissionais dos meios de comunicação social.

Essa garantia básica da liberdade de expressão do pensamento, como **precedentemente** assinalado, **representa**, em seu próprio e essencial significado, **um dos fundamentos** em que repousa a ordem democrática. **Nenhuma** autoridade **pode** prescrever **o que será ortodoxo** em política, **ou** em outras questões que envolvam temas de natureza filosófica, ideológica ou confessional, **nem** estabelecer padrões de conduta cuja observância implique restrição aos meios de divulgação do pensamento. **Isso**, porque "*o direito de pensar, falar e escrever livremente, sem censura, sem restrições ou sem interferência governamental*" **representa**, conforme **adverte** HUGO LAFAYETTE BLACK, **que integrou** a Suprema Corte dos Estados Unidos da América, "***o mais precioso privilégio dos cidadãos***..." ("**Crença na Constituição**", p. 63, 1970, Forense).

Vale registrar, **por relevante**, fragmento expressivo da obra do ilustre magistrado federal SÉRGIO FERNANDO MORO ("**Jurisdição Constitucional como Democracia**", p. 48, item n. 1.1.5.5, 2004, RT), **no qual põe em destaque** um "*landmark ruling*" da Suprema Corte norte-americana, **proferida** no caso "*New York Times* ***v.*** *Sullivan*" (1964), **a propósito** do tratamento que esse Alto Tribunal **dispensa** à garantia constitucional da liberdade de expressão:

> *A Corte* ***entendeu*** *que a liberdade de expressão* ***em assuntos públicos*** *deveria de todo modo ser* ***preservada****. Estabeleceu que* ***a conduta do jornal estava protegida*** *pela liberdade de expressão,* ***salvo*** *se provado que a matéria falsa tinha sido publicada maliciosamente* ***ou*** *com desconsideração negligente em relação à verdade.* ***Diz o voto condutor*** *do Juiz William Brennan:*
>
> > *"(...)* ***o debate de assuntos públicos deve ser sem inibições****, robusto, amplo,* ***e pode incluir ataques veementes, cáusticos e****, algumas vezes,* ***desagradáveis*** *ao governo* ***e*** *às autoridades governamentais.*"
>
> (**Grifei.**)

É importante observar, no entanto, Senhor Presidente, que a Constituição da República, **embora garantindo** o exercício da liberdade de informação jornalística, **legitima** a intervenção **normativa** do Poder Legislativo, **permitindo-lhe** – **observados** determinados parâmetros referidos **no § 1º** do art. 220 da Lei Fundamental – **a emanação** de regras **concernentes** à proteção dos direitos à integridade moral **e** à preservação da intimidade, da vida privada **e** da imagem das pessoas.

Se assim não fosse, os atos de caluniar, de difamar, de injuriar **e** de fazer apologia de fatos criminosos, por exemplo, **não seriam** suscetíveis de qualquer

reação ou punição, **porque supostamente** protegidos pela cláusula da liberdade de expressão.

Daí a advertência do Juiz Oliver Wendell Holmes Jr., **proferida** em voto memorável, em 1919, **no julgamento** do caso Schenck *v*. United States (249 U.S. 47, **52**), **quando**, ao pronunciar-se **sobre o caráter relativo** da liberdade de expressão, tal como protegida pela Primeira Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América, **acentuou** que "*A mais rígida proteção da liberdade de palavra* ***não protegeria*** *um homem* ***que falsamente gritasse fogo num teatro*** *e, assim, causasse pânico"*, **concluindo**, com absoluta exatidão, em lição inteiramente aplicável ao caso, que "*a questão em cada caso é saber se as palavras foram usadas em tais circunstâncias e são de tal natureza que envolvem perigo evidente e atual (*'***clear and present danger***') de se produzirem os males gravíssimos que o Congresso tem o direito de prevenir. É uma questão de proximidade e grau*".

É por tal razão que a incitação ao ódio público contra qualquer pessoa, povo ou grupo social **não está** protegida pela cláusula constitucional **que assegura a liberdade de expressão**.

Cabe referir, neste ponto, a própria Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), **cujo Artigo 13 exclui** do âmbito de proteção da liberdade de manifestação do pensamento "*toda apologia ao ódio nacional, racial ou religioso que constitua incitação à discriminação, à hostilidade, ao crime ou à violência"* (**Artigo 13**, **§ 5º**).

Tenho por irrecusável, por isso mesmo, **que publicações que extravasam**, abusiva e criminosamente, **o exercício ordinário** da liberdade de expressão **e** de comunicação, **degradando-se** ao nível primário do insulto, da ofensa **e**, sobretudo, **do estímulo à intolerância e ao ódio público**, **não merecem** a dignidade da proteção constitucional **que assegura** a liberdade de manifestação do pensamento, **pois** o direito à livre expressão **não pode compreender**, em seu âmbito de tutela, exteriorizações **revestidas** de ilicitude penal **ou** de ilicitude civil.

O fato é que a liberdade de expressão **não pode amparar comportamentos delituosos** que tenham, **na manifestação** do pensamento, um de seus meios de exteriorização, **notadamente** naqueles casos em que a conduta desenvolvida pelo agente **encontra repulsa** no próprio texto da Constituição, **que não admite** gestos de intolerância que ofendem, no plano penal, valores fundamentais, **como o da dignidade da pessoa humana**, consagrados como verdadeiros princípios estruturantes do sistema jurídico de declaração dos direitos essenciais que assistem à generalidade das pessoas e dos grupos humanos.

É certo que a liberdade de manifestação do pensamento, **impregnada** de essencial transitividade, **destina-se** a proteger **qualquer** pessoa cujas opiniões possam, até mesmo, conflitar com as concepções prevalecentes, em determinado momento histórico, no meio social, **impedindo** que incida, sobre ela, por conta e efeito de suas convicções, **qualquer** tipo de restrição de índole política ou de natureza jurídica, **pois todos hão de ser livres** para exprimir ideias, ainda que

estas possam insurgir-se ou revelar-se em desconformidade frontal com a linha de pensamento dominante no âmbito da coletividade.

Isso não significa, contudo, **que a prerrogativa** da livre manifestação do pensamento **ampare** exteriorizações contrárias à própria lei penal comum, **pois** o direito à liberdade de expressão, **que não é absoluto**, não autoriza condutas sobre as quais **já haja incidido**, mediante prévia definição típica emanada do Congresso Nacional, juízo de reprovabilidade penal **que se revele em tudo compatível** com os valores cuja intangibilidade a **própria** Constituição da República **deseja ver preservada**.

É por tal razão que esta Suprema Corte **já acentuou que não há**, no sistema constitucional brasileiro, direitos ou garantias que se revistam **de caráter absoluto**, mesmo porque razões de **relevante** interesse público **ou** exigências derivadas do princípio de convivência das liberdades **legitimam**, ainda que **excepcionalmente**, a adoção, por parte dos órgãos estatais, de medidas restritivas das prerrogativas individuais ou coletivas, **desde que respeitados os termos estabelecidos pela própria Constituição**.

O estatuto constitucional das liberdades públicas, bem por isso, **ao delinear** o regime jurídico a que estas estão sujeitas – **e considerado o substrato ético** que as informa – **permite** que sobre elas **incidam** limitações de ordem jurídica, **destinadas**, de um lado, **a proteger** a integridade do interesse social **e**, de outro, **a assegurar** a coexistência harmoniosa das liberdades, pois **nenhum** direito **ou** garantia pode ser exercido **em detrimento ou com desrespeito** aos direitos e garantias de terceiros.

Cabe referir, neste ponto, julgamento **emanado** da Suprema Corte dos Estados Unidos da América, **proferido em 7-4-2003**, no exame do caso ***Virginia v. Black et al.***, quando essa Alta Corte **concluiu que não é incompatível** com a Primeira Emenda (**que protege** a liberdade de expressão naquele país) a lei penal **que pune**, como delito, **o ato de queimar uma cruz** ("*cross burning*") **com a intenção** de intimidar, **eis que** o gesto de queimar uma cruz, **com tal intuito**, representa, no meio social em que praticado, um iniludível símbolo de ódio, destinado a transmitir, àqueles a quem tal mensagem se destina, o propósito criminoso de ameaçar.

Em tal julgamento, a Suprema Corte dos Estados Unidos da América – **cuja jurisprudência** em torno da Primeira Emenda **orienta-se** no sentido de reconhecer, **quase incondicionalmente**, a prevalência da liberdade de expressão (**adotando**, por isso mesmo, o critério da "*preferred position*") – **proclamou**, não obstante, que essa proteção constitucional **não é absoluta**, sendo lícito ao Estado **punir** certas manifestações do pensamento cuja exteriorização traduza comportamentos **que veiculem** propósitos criminosos.

É inquestionável que o exercício concreto da liberdade de expressão **pode** fazer instaurar **situações de tensão dialética** entre valores essenciais, **igualmente** protegidos pelo ordenamento constitucional, **dando causa** ao surgimento de verdadeiro **estado de colisão de direitos**, caracterizado pelo **confronto** de

liberdades revestidas de **idêntica** estatura jurídica, **a reclamar** solução que, **tal seja** o contexto em que se delineie, **torne possível** conferir primazia **a uma** das prerrogativas básicas, **em relação de antagonismo** com determinado interesse fundado em cláusula inscrita na própria Constituição.

Cabe observar, bem por isso, **que a responsabilização** "***a posteriori***", em regular processo judicial, **daquele que comete abuso** no exercício da liberdade de informação **não traduz** ofensa **ao que dispõem** os §§ 1º **e** 2º do art. 220 da Constituição da República, **pois** é o próprio estatuto constitucional **que estabelece**, **em favor** da pessoa **injustamente** lesada, **a possibilidade** de receber indenização "*por dano material, moral ou à imagem*" (**CF**, art. 5º, **incisos** V **e** X).

Se é certo que o direito de informar, **considerado o que prescreve** o art. 220 da Carta Política, **tem** fundamento constitucional (**HC 85.629/RS**, Rel. Min. ELLEN GRACIE), **não é menos exato que o exercício abusivo** da liberdade de informação, **que deriva do desrespeito** aos vetores subordinantes referidos **no § 1º** do art. 220 **da própria** Constituição, "***caracteriza** ato ilícito **e**, como tal, **gera** o dever de indenizar*", **consoante observa**, em magistério irrepreensível, **o ilustre magistrado** ENÉAS COSTA GARCIA ("**Responsabilidade Civil dos Meios de Comunicação**", p. 175, 2002, Editora Juarez de Oliveira), **inexistindo**, por isso mesmo, **quando tal se configurar**, situação evidenciadora **de indevida** restrição à liberdade de imprensa, **tal como pude decidir** em julgamento proferido no Supremo Tribunal Federal:

> ***LIBERDADE DE INFORMAÇÃO**. PRERROGATIVA CONSTITUCIONAL **QUE NÃO SE REVESTE** DE CARÁTER ABSOLUTO. **SITUAÇÃO DE ANTAGONISMO** ENTRE O DIREITO DE INFORMAR **E** OS POSTULADOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA **E** DA INTEGRIDADE DA HONRA E DA IMAGEM. **A LIBERDADE DE IMPRENSA EM FACE DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE**. **COLISÃO** ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS, **QUE SE RESOLVE**, EM CADA CASO, **PELO MÉTODO** DA PONDERAÇÃO **CONCRETA** DE VALORES. **MAGISTÉRIO** DA DOUTRINA. **O EXERCÍCIO ABUSIVO** DA LIBERDADE DE INFORMAR, **DE QUE RESULTE INJUSTO GRAVAME** AO PATRIMÔNIO MORAL/MATERIAL **E** À DIGNIDADE DA PESSOA LESADA, **ASSEGURA** AO OFENDIDO **O DIREITO** À REPARAÇÃO CIVIL, **POR EFEITO** DO QUE DETERMINA **A PRÓPRIA** CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA (**CF**, ART. 5º, **INCISOS** V **E** X). **INOCORRÊNCIA**, EM TAL HIPÓTESE, **DE INDEVIDA** RESTRIÇÃO JUDICIAL À LIBERDADE DE IMPRENSA. **NÃO RECEPÇÃO** DO ART. 52 **E** DO ART. 56, **AMBOS** DA LEI DE IMPRENSA, **POR INCOMPATIBILIDADE** COM A CONSTITUIÇÃO DE 1988. **DANO MORAL. AMPLA REPARABILIDADE**. **PRECEDENTES** DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **EXAME SOBERANO** DOS FATOS E PROVAS **EFETUADO** PELO E. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO. **MATÉRIA INSUSCETÍVEL DE REVISÃO** EM SEDE RECURSAL EXTRAORDINÁRIA. **AGRAVO DE INSTRUMENTO IMPROVIDO**.*
>
> *– **O reconhecimento** "a posteriori" da responsabilidade civil, em **regular** processo judicial **de que resulte a condenação ao pagamento de indenização** por danos materiais, morais **e** à imagem da pessoa **injustamente** ofendida, **não transgride** os §§ 1º e 2º do art. 220 da Constituição da República, **pois é o próprio***

*estatuto constitucional que estabelece, **em cláusula expressa** (**CF**, art. 5º, V **e** X), **a reparabilidade patrimonial** de tais gravames, **quando caracterizado o exercício abusivo**, pelo órgão de comunicação social, **da liberdade de informação**. **Doutrina**.*

*– A Constituição da República, **embora garanta** o exercício da liberdade de informação jornalística, **impõe-lhe**, no entanto, como requisito legitimador de sua prática, **a necessária observância de parâmetros** – **dentre os quais** avultam, por seu relevo, **os direitos da personalidade** – **expressamente referidos no próprio** texto constitucional (**CF**, art. 220, § 1º), **cabendo**, ao Poder Judiciário, **mediante** ponderada avaliação das prerrogativas constitucionais em conflito (**direito de informar**, de um lado, **e direitos da personalidade**, de outro), **definir**, em cada situação ocorrente, **uma vez configurado** esse contexto de tensão dialética, **a liberdade que deve prevalecer no caso concreto**. **Doutrina**.*

*– **Não subsistem**, por incompatibilidade material com a Constituição da República **promulgada** em 1988 (**CF**, art. 5º, **incisos** V **e** X), **as normas inscritas no art. 52** (que define o regime de indenização tarifada) **e no art. 56** (que estabelece o prazo decadencial de 3 meses para ajuizamento da ação de indenização por dano moral), **ambos** da Lei de Imprensa (Lei 5.250/1967). **Hipótese de não recepção**. **Doutrina**. **Precedentes do Supremo Tribunal Federal**.*

(**AI 595.395/SP**, Rel. Min. CELSO DE MELLO.)

Põe-se em evidência, neste ponto, **instigante** discussão em torno de tema **impregnado** do mais alto relevo constitucional, **consistente** na análise **da eficácia horizontal** dos direitos fundamentais **nas relações** entre particulares, **cabendo referir**, a esse respeito, **valiosas** opiniões doutrinárias (WILSON STEINMETZ, "**A Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais**", 2004, Malheiros; THIAGO LUÍS SANTOS SOMBRA, "**A Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Jurídico-Privadas**", 2004, Fabris Editor; ANDRÉ RUFINO DO VALE, "**Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Privadas**", 2004, Fabris Editor, **v**.**g**.).

Essa questão constitucional – **que estimula reflexões** em torno do tema pertinente **à eficácia externa** (ou eficácia em relação a terceiros) dos direitos, liberdades e garantias, **também denominada eficácia horizontal** dos direitos fundamentais na ordem jurídico-privada – **resume-se**, em seus elementos essenciais, **à seguinte indagação**, que, **formulada** por J. J. GOMES CANOTILHO ("**Direito Constitucional e Teoria da Constituição**", p. 1151, Almedina), **bem delineia o aspecto central** da matéria em análise:

> ***Em termos tendenciais**, o problema pode enunciar-se da seguinte forma: as normas constitucionais consagradoras de direitos, liberdades e garantias (e direitos análogos) **devem ou não** ser obrigatoriamente observadas e cumpridas **pelas pessoas privadas** (individuais ou colectivas) **quando estabelecem** relações jurídicas **com outros** sujeitos jurídicos privados?*
>
> (**Grifei.**)

O estatuto das liberdades públicas (**enquanto** complexo de poderes, de direitos e de garantias) **não se restringe** à esfera das relações **verticais** entre o Estado e o indivíduo, **mas também incide** sobre o domínio em que se proces-

sam as relações de caráter meramente privado, **pois** os direitos fundamentais **projetam-se**, por igual, **numa perspectiva** de ordem **estritamente** horizontal.

Cumpre considerar, neste ponto, **até mesmo** para efeito de exame dessa questão, **a advertência** de INGO WOLFGANG SARLET ("**A Constituição Concretizada: Construindo Pontes entre o Público e o Privado**", p. 147, 2000, Livraria do Advogado, Porto Alegre), **cujas observações acentuam** que o debate doutrinário em torno do reconhecimento, ou não, **de uma eficácia direta** dos direitos e garantias fundamentais, **com projeção imediata** sobre as relações jurídicas entre particulares, **assume** um nítido caráter político-ideológico, **assim caracterizado** por esse mesmo autor: "*uma opção por uma eficácia direta traduz uma decisão política em prol de um constitucionalismo da igualdade, objetivando a efetividade do sistema de direitos e garantias fundamentais no âmbito do Estado social de Direito, ao passo que a concepção defensora de uma eficácia apenas indireta encontra-se atrelada ao constitucionalismo de inspiração liberal-burguesa*".

Impende destacar, ainda, **que essa visão** da controvérsia pertinente à questão **da eficácia horizontal** dos direitos fundamentais nas relações entre particulares **tem se refletido na jurisprudência constitucional** do Supremo Tribunal Federal, **como resulta claro de decisões** que esta Suprema Corte **proferiu** a propósito da incidência da garantia do devido processo legal **nas hipóteses de exclusão** de integrantes de associações e cooperativas, **ou**, ainda, **em casos** nos quais empresas estrangeiras, com sede domiciliar no Brasil, **incidiram em práticas discriminatórias** contra trabalhadores brasileiros, **em frontal oposição** ao postulado da igualdade:

> ***COOPERATIVA – EXCLUSÃO DE ASSOCIADO** – CARÁTER PUNITIVO – **DEVIDO PROCESSO LEGAL**. Na hipótese de exclusão de associado decorrente de conduta contrária aos estatutos, impõe-se a observância ao devido processo legal, viabilizado o exercício amplo da defesa. Simples desafio do associado à assembleia geral, no que toca à exclusão, não é de molde a atrair adoção de processo sumário. Observância obrigatória do próprio estatuto da cooperativa.*
> (**RTJ 164/757-758**, Rel. Min. MARCO AURÉLIO.)
>
> *2. **Cooperativa: exclusão de cooperado: imposição de observância** do devido processo legal: **precedente (RE 158.215**, Marco Aurélio, Segunda Turma, DJ de 7-6-1996).*
>
> *3. Recurso extraordinário: descabimento: **a invocação** do art. 5º, XVIII, da Constituição, relativo à liberdade de criação e à autonomia de funcionamento de associações e cooperativas, **não afasta o fundamento** do acórdão recorrido **referente à inobservância** dos princípios constitucionais da ampla defesa, do contraditório e do devido processo legal, verificada à luz de normas estatutárias: incidência das Súmulas 283 e 454.*
> (**AI 346.501-AgR/SP**, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE – **Grifei.**)
>
> ***CONSTITUCIONAL. TRABALHO. PRINCÍPIO DA IGUALDADE. TRABALHADOR BRASILEIRO EMPREGADO DE EMPRESA ESTRANGEIRA: ESTATUTOS DO PESSOAL DESTA: APLICABILIDADE**: AO TRABALHADOR*

ESTRANGEIRO E AO TRABALHADOR BRASILEIRO. ***CF, 1967****, art. 153, § 1º;* ***CF, 1988****, art. 5º, caput.*

I – Ao recorrente*,* ***por não ser francês****, não obstante trabalhar para a empresa francesa, no Brasil,* ***não foi aplicado*** *o Estatuto do Pessoal da Empresa,* ***que concede vantagens*** *aos empregados, cuja aplicabilidade seria* ***restrita*** *ao empregado de nacionalidade francesa.* ***Ofensa ao princípio da igualdade****:* ***CF****, 1967, art. 153, § 1º;* ***CF****, 1988, art. 5º, caput.*

II – A discriminação *que se baseia em atributo, qualidade, nota intrínseca ou extrínseca do indivíduo, como o sexo, a raça, a nacionalidade, o credo religioso, etc.,* ***é inconstitucional****.* ***Precedente*** *do STF:* ***AI 110.846-AgR/PR****, Célio Borja,* ***RTJ*** *119/465.*

III – Fatores *que autorizariam a desigualização* ***não ocorrentes*** *no caso.*

IV *– Recurso extraordinário conhecido e provido.*

(**RE 161.243/DF**, Rel. Min. CARLOS VELLOSO – **Grifei.**)

O entendimento doutrinário não dissente dessa orientação jurisprudencial, **cabendo mencionar**, por oportuno, **dentre outros** autores (ANDRÉ RUFINO DO VALE, "**Eficácia dos Direitos Fundamentais nas Relações Privadas**", p. 137/138, item n. 3.4, 2004, Fabris Editor; CARLOS ROBERTO SIQUEIRA CASTRO, "**Aplicação dos Direitos Fundamentais às Relações Privadas**", "*in*" "Cadernos de Soluções Constitucionais", p. 32/47, 2003, Malheiros; DANIEL SARMENTO, "**Direitos Fundamentais e Relações Privadas**", p. 301/313, item n. 5, 2004, Lumen Juris), **a precisa lição** de PAULO GUSTAVO GONET BRANCO ("**Associações, Expulsão de Sócios e Direitos Fundamentais**", "*in*" "Direito Público", ano I, n. 2, p. 170/174, out./dez. de 2003), **quando expende** doutas considerações **em torno de julgamento** proferido pelo Supremo Tribunal Federal **a propósito** da questão concernente à extensão, às relações jurídicas de ordem privada, dos direitos e garantias fundamentais inscritos no texto da Constituição da República:

Um dos direitos fundamentais *que se apontam como de incidência no âmbito dos relacionamentos privados* ***é o direito de ampla defesa****. Esse direito é tido como de observância obrigatória,* ***em se tratando*** *de exclusão de sócio ou de membro de associação particular.*

(...)

O direito de defesa ampla assoma-se como meio indispensável para se prevenirem situações de arbítrio, que subverteriam a própria liberdade de se associar.

O acórdão do STF em comento parece imbuído dessa convicção. Por isso, o Tribunal não resumiu a questão posta ao seu descortino a um mero problema de desrespeito de cláusulas estatutárias sobre processo disciplinar, o que tornaria a Corte incompetente para a causa; ao contrário, à falta de todo procedimento prévio de defesa dos recorrentes, viu desrespeitada a incontornável necessidade de se ouvir o castigado antes da sanção, quer a medida seja aplicada pelo Estado, quer ela seja infligida no âmbito das relações privadas.

O julgado em comento marca postura do Supremo Tribunal em conferir larga extensão à garantia da ampla defesa, firma precedente inserindo o direito brasileiro na corrente que admite a invocação de direitos fundamentais no domínio das relações privadas e dá entrada a novas e ricas perspectivas

argumentativas na compreensão do direito de se associar e no manejo do próprio recurso extraordinário.
(**Grifei.**)

Essa mesma reflexão sobre o tema é também compartilhada por WILSON STEINMETZ ("**A Vinculação dos Particulares a Direitos Fundamentais**", p. 295, 2004, Malheiros), **cujo magistério põe em destaque** a significativa importância **de estender-se**, ao plano das relações de direito privado estabelecidas entre particulares, **a cláusula de proteção** das liberdades e garantias constitucionais, **cuja incidência** – como já referido **no início** deste voto – **não se resume**, apenas, **ao âmbito das relações verticais** entre os indivíduos, de um lado, **e** o Estado, de outro:

> ***No marco normativo*** *da CF,* ***direitos fundamentais*** *– exceto aqueles cujos sujeitos destinatários (sujeitos passivos ou obrigados) são exclusivamente os poderes públicos –* ***vinculam os particulares. Essa vinculação se impõe*** *com fundamento no princípio da supremacia da Constituição, no postulado da unidade material do ordenamento jurídico, na dimensão objetiva dos direitos fundamentais, no princípio constitucional da dignidade da pessoa (CF, art. 1º, III), no princípio constitucional da solidariedade (CF, art. 3°, I) e no princípio da aplicabilidade imediata dos direitos e das garantias fundamentais (CF, art. 5º, § 1º).*
> (**Grifei.**)

É por essa razão que a autonomia privada – **que encontra** claras limitações de ordem jurídica – **não pode** ser exercida em detrimento **ou** com desrespeito aos direitos e garantias de terceiros, **especialmente** aqueles positivados **em sede constitucional**, **pois** a autonomia da vontade **não confere** a ninguém, no domínio de sua incidência e atuação, o poder de transgredir **ou** de ignorar as restrições **postas e definidas** pela própria Constituição, cuja eficácia **e** força normativa **também se impõem**, aos particulares, **no âmbito** de suas relações privadas, **em tema** de liberdades fundamentais.

Daí o inteiro acerto da observação de ANDRÉ RUFINO DO VALE ("***Drittwirkung*** **de Direitos Fundamentais e Associações Privadas**", "*in*" "Direito Público", vol. 9/53-74, **64-65 e 72-73**, jul./set. de 2005, IDP/Síntese):

> *No entanto,* ***o direito de autodeterminação*** *das associações* ***encontra*** *seus limites precisamente* ***no conteúdo*** *da relação privada* ***determinado pelas regras estatutárias*** *que a própria associação elabora,* ***assim como*** *nas normas* ***e*** *nos princípios de ordem pública,* ***mormente os direitos fundamentais*** *assegurados constitucionalmente aos sócios.*
>
> *(...)*
>
> *Como se vê,* ***a autonomia estatutária****, quando se trata de matéria de poder sancionador,* ***não é ilimitada****,* ***podendo sofrer certo controle de conteúdo****.* ***Esse controle pode ser levado a efeito com base*** *não somente na legislação civil,* ***mas diretamente em face das normas constitucionais****.*
>
> ***Os estatutos****, portanto,* ***deverão regular*** *o procedimento sancionador* ***e delimitar*** *os órgãos competentes para impor as sanções,* ***sempre*** *de acordo com os*

preceitos de ordem pública ***e assegurando direitos fundamentais do sócio, como a ampla defesa****.*

Assim, certo é que o direito fundamental de associação estará sempre limitado pelos direitos fundamentais *de seus próprios membros.*

Essa limitação *concretiza-se em algumas regras.*

(...)

A ideia *de um ordenamento jurídico* ***invadido pela Constituição*** *faz transparecer a noção de associações privadas* ***responsáveis*** *pelos direitos fundamentais de seus associados.* ***Constitucionalizar*** *a ordem jurídica privada* ***significa também submeter*** *o ordenamento jurídico* ***interno*** *dos organismos privados* ***aos princípios constitucionais****.* ***Não se trata de restringir ou anular a autonomia privada*** *das associações,* ***mas de reafirmar*** *que a liberdade de associação,* ***assegurada*** *pelo art. 5º, incisos XVII a XX, da Constituição,* ***não pode e não deve ser absoluta, mas sim precisa estar em harmonia com todo o sistema de direitos fundamentais****.*

(...)

Diante disso, ***os princípios constitucionais devem operar como limites à capacidade de autorregulação dos grupos****, na medida em que se faça necessário* ***assegurar a eficácia*** *de direitos fundamentais dos indivíduos* ***em face do poder privado*** *das associações.* ***Servem****, nessa perspectiva,* ***como fundamento para justificar*** *o controle judicial* ***de atos privados*** *atentatórios às liberdades fundamentais.*
(**Grifei.**)

Torna-se importante salientar, neste ponto, **presente** o contexto em exame, **que a superação dos antagonismos** existentes **entre** princípios constitucionais – **como aqueles** concernentes à liberdade de informação, de um lado, **e** à preservação da honra, de outro – **há de resultar da utilização**, pelo Poder Judiciário, **de critérios** que lhe permitam **ponderar e avaliar**, "*hic et nunc*", **em função** de determinado contexto **e sob uma perspectiva axiológica** concreta, **qual deva ser** o direito a preponderar **em cada** caso, **considerada** a situação de conflito ocorrente, **desde que**, no entanto, **a utilização do método da ponderação** de bens **e** interesses **não importe em esvaziamento** do conteúdo essencial dos direitos fundamentais, **tal como adverte o magistério da doutrina** (DANIEL SARMENTO, "**A Ponderação de Interesses na Constituição Federal**" p. 193/203, "***Conclusão***", itens ns. 1 **e** 2, 2000, Lumen Juris; LUÍS ROBERTO BARROSO, "**Temas de Direito Constitucional**", tomo I/363-366, 2001, Renovar; JOSÉ CARLOS VIEIRA DE ANDRADE, "**Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**", p. 220/224, item n. 2, 1987, Almedina; FÁBIO HENRIQUE PODESTÁ, "**Direito à Intimidade. Liberdade de Imprensa. Danos por Publicação de Notícias**", "*in*" "**Constituição Federal de 1988 – Dez Anos (1988-1998)**", p. 230/231, item n. 5, 1999, Editora Juarez de Oliveira; J. J. GOMES CANOTILHO, "**Direito Constitucional**", p. 661, item n. 3, 5. ed., 1991, Almedina; EDILSOM PEREIRA DE FARIAS, "**Colisão de Direitos**", p. 94/101, item n. 8.3, 1996, Fabris Editor; WILSON ANTÔNIO STEINMETZ, "**Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade**", p. 139/172, 2001, Livraria do Advogado Editora; SUZANA DE TOLEDO BARROS, "**O Princípio da**

Proporcionalidade e o Controle de Constitucionalidade das Leis Restritivas de Direitos Fundamentais", p. 216, "***Conclusão***", 2. ed., 2000, Brasília Jurídica).

Cabe reconhecer que os direitos da personalidade (**como os pertinentes** à incolumidade da honra **e** à preservação da dignidade pessoal dos seres humanos) **representam limitações constitucionais externas** à liberdade de expressão, "*verdadeiros contrapesos à liberdade de informação*" (L. G. GRANDINETTI CASTANHO DE CARVALHO, "**Liberdade de Informação e o Direito Difuso à Informação Verdadeira**", p. 137, 2. ed., 2003, Renovar), **que não pode – e não deve – ser exercida de modo abusivo** (GILBERTO HADDAD JABUR, "**Liberdade de Pensamento e Direito à Vida Privada**", 2000, RT), **mesmo porque** a garantia constitucional **subjacente** à liberdade de informação **não afasta**, por efeito do que determina **a própria** Constituição da República, **o direito do lesado** à indenização por danos materiais, morais **ou** à imagem (**CF**, art. 5º, **incisos** V **e** X, **c/c** o art. 220, § 1º).

Na realidade, **a própria** Carta Política, **depois de garantir** o exercício da liberdade de informação jornalística, **impõe-lhe parâmetros –** dentre os quais **avulta**, por sua inquestionável importância, **o necessário respeito** aos direitos da personalidade (**CF**, art. 5º, V e X) – **cuja observância não pode ser desconsiderada** pelos órgãos de comunicação social, **tal como expressamente determina** o texto constitucional (art. 220, **§ 1º**), **cabendo**, ao Poder Judiciário, **mediante** ponderada avaliação das prerrogativas constitucionais em conflito (**direito de informar**, de um lado, **e direitos da personalidade**, de outro), **definir**, em cada situação ocorrente, **uma vez configurado** esse contexto de tensão dialética, a liberdade **que deve prevalecer** no caso concreto.

Lapidar, sob tal aspecto, **o douto magistério** do eminente Desembargador SÉRGIO CAVALIERI FILHO ("**Programa de Responsabilidade Civil**", p. 129/131, item n. 19.11, 6. ed., 2005, Malheiros):

> *(...)* ***ninguém questiona*** *que a Constituição* ***garante*** *o direito de livre expressão à atividade intelectual, artística, científica, "****e de comunicação****", independentemente de censura* ***ou*** *licença (arts. 5º, IX, e 220, §§ 1º e 2º).* ***Essa mesma Constituição****, todavia,* ***logo no inciso X*** *do seu art. 5º,* ***dispõe que*** *"****são invioláveis*** *a intimidade", a vida privada, a "honra" e a imagem das pessoas,* ***assegurado*** *o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação".* ***Isso evidencia*** *que, na temática atinente aos direitos e garantias fundamentais,* ***esses dois princípios constitucionais*** *se confrontam e devem ser conciliados.* ***É tarefa do intérprete encontrar o ponto de equilíbrio*** *entre princípios constitucionais em aparente conflito,* ***porquanto****, em face do "princípio da unidade constitucional", a Constituição não pode estar em conflito consigo mesma, não obstante a diversidade de normas e princípios que contém (...).*
>
> *(...)*
>
> ***À luz desses princípios****, é forçoso concluir que,* ***sempre*** *que direitos constitucionais* ***são colocados em confronto****,* ***um condiciona o outro****, atuando como limites estabelecidos pela própria Lei Maior* ***para impedir*** *excessos e arbítrios.* ***Assim****,* ***se*** *ao direito à livre expressão da atividade intelectual e de comunicação* ***contrapõe-se*** *o direito à inviolabilidade da intimidade da vida privada, da honra*

*e da imagem, **segue-se** como consequência lógica **que este último condiciona o exercício do primeiro**.*

*Os nossos melhores constitucionalistas, **baseados** na jurisprudência da Suprema Corte Alemã, **indicam o princípio da "proporcionalidade"** como sendo o meio mais adequado para se solucionarem **eventuais conflitos** entre a liberdade de comunicação **e** os direitos da personalidade. **Ensinam** que, **embora não se deva atribuir primazia absoluta a um ou a outro princípio ou direito**, no processo de ponderação desenvolvido para a solução do conflito, o direito de noticiar há de ceder espaço sempre que o seu exercício importar sacrifício da intimidade, da honra e da imagem das pessoas.*

***Ademais**, o constituinte brasileiro **não concebeu** a liberdade de expressão **como direito absoluto**, na medida em que estabeleceu **que o exercício** dessa liberdade **deve-se fazer com observância do disposto** na Constituição, **consoante** seu art. 220, "in fine". **Mais expressiva**, ainda, **é a norma contida no § 1º** desse artigo **ao subordinar**, expressamente, **o exercício** da liberdade jornalística **à "observância** do disposto **no art. 5º**, IV, **V**, **X**, XIII e XIV". **Temos aqui verdadeira "reserva legal qualificada", que autoriza** o estabelecimento de restrição à liberdade de imprensa com vistas a preservar outros direitos individuais, **não menos** significativos, **como os direitos de personalidade em geral**. **Do contrário**, **não haveria razão para que a própria Constituição se referisse aos princípios** contidos nos incisos acima citados **como limites imanentes** ao exercício da liberdade de imprensa.*

(...)

***Em conclusão**: os direitos individuais, **conquanto previstos** na Constituição, **não podem ser** considerados ilimitados **e** absolutos, **em face** da natural restrição resultante do "princípio da convivência das liberdades", **pelo quê não se permite** que qualquer deles seja exercido de modo danoso à ordem pública e às liberdades alheias. **Fala-se**, hoje, não mais em direitos individuais, mas em direitos do homem inserido na sociedade, de tal modo que não é mais exclusivamente com relação ao indivíduo, mas com enfoque de sua inserção na sociedade, que se justificam, no Estado Social de Direito, tanto os direitos como as suas limitações.*

(**Grifei.**)

Daí a procedente observação feita pelo eminente Ministro GILMAR FERREIRA MENDES, **em trabalho concernente à colisão de direitos fundamentais** (liberdade de expressão e de comunicação, de um lado, **e** direito à honra e à imagem, de outro), **em que expendeu**, com absoluta propriedade, **o seguinte magistério** ("**Direitos Fundamentais e Controle de Constitucionalidade – Estudos de Direito Constitucional**", p. 89/96, 2. ed., 1999, Celso Bastos Editor):

***No processo de "ponderação"** desenvolvido para solucionar o conflito de direitos individuais **não se deve atribuir** primazia absoluta **a um ou a outro** princípio ou direito. **Ao revés**, esforça-se o Tribunal **para assegurar** a aplicação das normas conflitantes, **ainda** que, **no caso concreto**, uma delas **sofra** atenuação. (...).*

***Como demonstrado**, a Constituição brasileira (...) **conferiu** significado especial aos direitos da personalidade, **consagrando** o princípio da dignidade humana como postulado essencial da ordem constitucional, **estabelecendo a inviolabilidade** do direito à honra e à privacidade **e fixando** que a liberdade de expressão e de informação **haveria de observar** o disposto na Constituição, **especialmente** o estabelecido no art. 5º, X.*

> ***Portanto**, tal como no direito alemão, **afigura-se legítima a outorga de tutela judicial** contra a violação dos direitos de personalidade, **especialmente** do direito à honra e à imagem, ameaçados **pelo exercício abusivo** da liberdade de expressão e de informação.*
> (**Grifei.**)

Impõe-se observar, ainda, Senhor Presidente, **que o reconhecimento da insubsistência** da Lei de Imprensa **não implicará** supressão **de uma importantíssima** prerrogativa **de que dispõem** os jornalistas, **consistente** no direito de preservação **do sigilo da fonte**.

Como se sabe, **nenhum jornalista poderá ser constrangido** a revelar o nome de seu informante **ou** a indicar a fonte de suas informações, **sendo certo**, ainda, que **não** poderá sofrer **qualquer** sanção, direta **ou** indireta, **quando se recusar** a quebrar esse sigilo de ordem profissional.

Na realidade, essa prerrogativa profissional **qualifica-se** como expressiva garantia de ordem jurídica, que, **outorgada a qualquer jornalista** em decorrência de sua atividade profissional, **destina-se**, em última análise, **a viabilizar**, **em favor da própria coletividade**, **a ampla pesquisa** de fatos **ou** eventos cuja revelação se impõe como consequência ditada por razões **de estrito** interesse público.

O ordenamento positivo brasileiro, na disciplina específica desse tema (**Lei 5.250/1967**, art. 71), **prescreve que nenhum jornalista poderá ser compelido** a indicar o nome de seu informante **ou** a fonte de suas informações. **Mais do que isso**, e como **precedentemente** assinalado, esse profissional, **ao exercer a prerrogativa** em questão, **não poderá** sofrer qualquer sanção, direta **ou** indireta, **motivada** por seu silêncio **ou** por sua **legítima** recusa em responder às indagações que lhe sejam eventualmente dirigidas **com o objetivo** de romper o sigilo da fonte.

Para FREITAS NOBRE ("**Lei da Informação**", p. 251/252, 1968, Saraiva), "***O jornalista**, à semelhança **de outros** profissionais (...), **goza** do direito ao segredo profissional, **podendo**, conforme dispõe o art. 71, **não indicar** o nome do informante, ou mesmo a fonte de suas informações, **isto é**, até mesmo o local onde obtém os elementos que lhe permitem escrever a notícia ou comentário*", **eis que – tratando-se do profissional de imprensa –** "*este segredo é exigência social, porque ele possibilita a informação mesmo contra o interesse dos poderosos do dia, pois que o informante não pode ficar à mercê da pressão ou da coação dos que se julgam atingidos pela notícia*".

Com a superveniência da Constituição de 1988, **intensificou-se**, ainda mais, **o sentido tutelar** dessa especial proteção jurídica, **vocacionada** a dar concreção à garantia básica de acesso à informação, **consoante enfatizado** pelo próprio magistério da doutrina (WALTER CENEVIVA, "**Direito Constitucional Brasileiro**", p. 52, item n. 10, 1989, Saraiva; MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, "**Comentários à Constituição Brasileira de 1988**", vol. 1/39, 1990, Saraiva, **v.g.**).

Essa é a razão pela qual a Carta Política, **ao proclamar a declaração de direitos**, **nela introduziu – enquanto verdadeira pauta de valores essenciais**

à preservação do Estado democrático de direito – **a explícita referência à indevassabilidade** da fonte de informações, **qualificando** essa prerrogativa de ordem profissional **como expressão** de um dos direitos fundamentais que claramente limitam a atividade do Poder Público.

A Constituição da República, tendo presente **a necessidade** de proteger um dos aspectos **mais sensíveis** em que se projetam as múltiplas liberdades do pensamento – **precisamente** aquele concernente **ao direito de obtenção da informação** –, **prescreveu**, em seu art. 5º, **n. XIV**, que "*é assegurado a todos o acesso à informação **e resguardado o sigilo da fonte**, quando necessário ao exercício profissional*" (**grifei**).

Impõe-se rememorar, **no ponto**, **o magistério** de DARCY ARRUDA MIRANDA ("**Comentários à Lei de Imprensa**", p. 774, item n. 781, 3. ed., 1995, RT), que, **após enfatizar** o alto significado político-social **que assume** a prerrogativa concernente **ao sigilo da fonte** de informação, **observa**:

> ***O jornalista ou radialista** que publicou ou transmitiu a informação sigilosa, ainda que interpelado, **não fica obrigado a indicar o nome de seu informante** ou a fonte de suas informações. **Este silêncio é direito seu**, não podendo ser interpretado neste ou naquele sentido **e não fica sujeito a sanção de qualquer natureza**, nem a qualquer espécie de penalidade.*
>
> ***Esclareça-se, porém**: o que não sofre sanção civil, administrativa ou penal, é o silêncio do divulgador, não a publicação ou transmissão incriminada.*
>
> (**Grifei.**)

Cumpre enfatizar – presente o quadro normativo em referência – **que**, **mais** do que simples prerrogativa de caráter individual **ou** de natureza corporativa, **a liberdade de informação jornalística** desempenha **uma relevantíssima** função político-social, **eis que**, em seu processo de evolução histórica, **afirmou-se** como instrumento realizador do direito **da própria coletividade** à obtenção da informação (JOSÉ AFONSO DA SILVA, "**Curso de Direito Constitucional Positivo**", p. 246, item n. 15.3, 32. ed., 2009, Malheiros; JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, "**Comentários à Constituição de 1988**", vol I/283, item n. 184, 1989, Forense Universitária).

A liberdade de imprensa, na medida em que **não** sofre interferências governamentais **ou** restrições de caráter censório, **constitui** expressão positiva **do elevado** coeficiente democrático **que deve qualificar** as formações sociais genuinamente livres. **E a prerrogativa do sigilo da fonte**, **nesse contexto**, **constitui** instrumento de preservação **da própria** liberdade de informação.

Isso claramente significa que a prerrogativa concernente ao sigilo da fonte, longe de qualificar-se como mero privilégio de ordem pessoal **ou** estamental, **configura**, na realidade, **meio essencial** de concretização **do direito constitucional de informar**, revelando-se **oponível**, em consequência, **a quaisquer** órgãos **ou** autoridades do Poder Público, **não importando** a esfera em que se situe a atuação institucional dos agentes estatais interessados.

Daí a exata advertência de CELSO RIBEIRO BASTOS ("**Comentários à Constituição do Brasil**", vol. 2/81-82, 1989, Saraiva):

> ***O acesso à informação*** *ganha uma conotação particular* ***quando é levado*** *a efeito por profissionais, os jornalistas.* ***Neste caso****, a Constituição* ***assegura o sigilo da fonte****.* ***Isto significa que nem a lei nem a administração nem os particulares podem compelir um jornalista a denunciar a pessoa ou o órgão de quem obteve a informação****.* ***Trata-se*** *de medida conveniente para o bom desempenho da atividade de informar.* ***Com o sigilo da fonte*** *ampliam-se as possibilidades de recolhimento de material informativo.*
>
> (**Grifei.**)

Resulta claro, pois, que o juízo **negativo** de recepção da Lei de Imprensa **não afetará** a prerrogativa jurídica **que assegura**, ao jornalista, **o direito de não revelar** a fonte de suas informações, **pois** – **insista-se** – **esse direito**, agora, **compõe** o quadro **da própria** declaração **constitucional** de direitos **e** garantias individuais, **não podendo sofrer** qualquer tipo de restrição, **nem legitimar**, quando exercido, **a imposição**, ao jornalista, de medidas de caráter punitivo.

O direito de preservar o sigilo da fonte representa prerrogativa de extração **eminentemente** constitucional, **cujo fundamento** reside em estatuto – **a própria** Constituição da República (art. 5º, **inciso** XIV) – **impregnado** do mais elevado coeficiente de positividade jurídica, **a significar**, por isso mesmo, **que nenhuma sanção**, direta ou indireta, **poderá ser imposta** ao profissional de imprensa, **sob pena** de tal medida punitiva **ou** restritiva de direitos **incidir** no vício de inconstitucionalidade.

Esse direito público subjetivo, revestido de qualificação constitucional, **além de inteiramente oponível** a qualquer agente, autoridade **ou** instituição do Estado, **propicia**, ao jornalista, um campo de proteção **e** amparo **muito mais** abrangente do que aquele **resultante** de uma simples norma de caráter legal, **como** a inscrita **no art. 71** da Lei de Imprensa.

Em suma: **a proteção constitucional** que confere ao jornalista **o direito de não proceder** à "*disclosure*" da fonte de informação **ou de não revelar** a pessoa de seu informante **desautoriza** qualquer medida **tendente** a pressionar **ou** a constranger o profissional da imprensa **a indicar a origem das informações** a que teve acesso, **eis que** – **não custa insistir –** os jornalistas, **em tema de sigilo da fonte**, **não se expõem** ao poder de indagação do Estado **ou** de seus agentes **e não podem sofrer**, por isso mesmo, **em função** do exercício **dessa legítima prerrogativa constitucional**, a imposição de **qualquer** sanção penal, civil **ou** administrativa, **tal como o reconheceu** o Supremo Tribunal Federal (**Inq 870/RJ**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, **DJU** 15-4-1996).

Uma palavra, agora, Senhor Presidente, **sobre o direito de resposta**.

O direito de resposta, como se sabe, **foi elevado à dignidade constitucional**, no sistema normativo brasileiro, **a partir** da Constituição de 1934, **não obstante** a liberdade de imprensa **já constasse** da Carta Política do Império do Brasil de 1824.

O art. 5º, **inciso V**, da Constituição brasileira, **ao prever** o direito de resposta, **qualifica-se** como regra **impregnada** de suficiente densidade normativa, **revestida**, por isso mesmo, de aplicabilidade imediata, **a tornar desnecessária**, **para efeito de sua pronta** incidência, a "*interpositio legislatoris*", **o que dispensa**, por isso mesmo, **ainda que não se lhe vede**, a intervenção concretizadora do legislador comum.

Isso significa que a ausência de regulação legislativa, **motivada** por transitória situação de vácuo normativo, **não se revelará obstáculo** ao exercício da prerrogativa **fundada** em referido preceito constitucional, **que possui** densidade normativa suficiente **para atribuir**, a quem se sentir prejudicado por publicação inverídica **ou** incorreta, **direito**, **pretensão e ação**, cuja titularidade **bastará** para viabilizar, **em cada** situação ocorrente, **a prática concreta** da resposta **e/ou** da retificação.

O direito de resposta/retificação traduz, como sabemos, **expressiva** limitação externa, **impregnada** de fundamento constitucional, **que busca neutralizar** as consequências danosas resultantes **do exercício abusivo** da liberdade de imprensa, **pois tem por função precípua**, de um lado, **conter** os excessos decorrentes da prática irregular da liberdade de comunicação jornalística (**CF**, art. 5º, IV **e** IX, e art. 220, § 1º) **e**, de outro, **restaurar e preservar** a verdade **pertinente** aos fatos reportados pelos meios de comunicação social.

Vê-se, daí, **que a proteção jurídica** ao direito de resposta **permite**, nele, **identificar uma dupla vocação** constitucional, **pois visa** a preservar **tanto** os direitos da personalidade **quanto** assegurar, **a todos**, o exercício do direito à informação exata **e** precisa.

Cabe referir, nesse sentido, **quanto a essa ambivalência** do direito **constitucional** de resposta, **o valioso entendimento doutrinário exposto** por GUSTAVO BINENBOJM, **que ressalta o caráter transindividual** dessa prerrogativa jurídica, **na medida** em que o exercício do direito de resposta **propicia**, em favor **de um número indeterminado** de pessoas (**mesmo** daquelas **não** diretamente atingidas pela publicação inverídica ou incorreta), **a concretização** do próprio direito à informação correta, precisa e exata ("**Meios de Comunicação de Massa**, **Pluralismo e Democracia Deliberativa**. **As Liberdades de Expressão e de Imprensa nos Estados Unidos e no Brasil**", p. 12/15, "*in*" Revista Eletrônica de Direito Administrativo Econômico – REDAE, Número 5 – fevereiro/março/abril de 2006, IDPB):

> ***Ocorre*** *que, de parte sua preocupação com a dimensão individual e defensiva da liberdade de expressão (entendida como proteção contra ingerências indevidas do Estado na livre formação do pensamento dos cidadãos),* ***o constituinte atentou*** *também para a sua dimensão transindividual e protetiva, que tem como foco o enriquecimento da qualidade e do grau de inclusividade do discurso público.* ***É interessante notar*** *que,* ***ao contrário*** *da Constituição dos Estados Unidos,* ***a Constituição brasileira de 1988*** *contempla, ela mesma, os princípios que devem ser utilizados no sopesamento das dimensões defensiva e protetiva da liberdade de expressão.* ***É nesse sentido*** *que Konrad Hesse se refere à natureza dúplice da liberdade de expressão.*

Importam-nos *mais diretamente,* ***para os fins*** *aqui colimados,* ***os dispositivos constitucionais*** *que cuidam de balancear o poder distorsivo das empresas de comunicação social sobre o discurso público, que devem ser compreendidos como intervenções pontuais que relativizam a liberdade de expressão em prol do fortalecimento do sistema de direitos fundamentais e da ordem democrática traçados em esboço na Constituição.* ***No vértice*** *de tal sistema se encontra a pessoa humana, como agente moral autônomo em suas esferas privada e pública, capaz de formular seus próprios juízos morais acerca da sua própria vida e do bem comum.*

(...)

Além das normas *constitucionais mencionadas logo no intróito deste capítulo, alguns direitos individuais relacionados no art. 5º também mitigam a dimensão puramente negativa da liberdade de imprensa (art. 220, § 1º). Dentre eles, o direito de resposta (art. 5º, inciso V) e o direito de acesso à informação (art. 5º, XIV) guardam pertinência mais direta com o ponto que se deseja demonstrar.*

O direito de resposta *não pode ser compreendido no Brasil como direito puramente individual,* ***nem tampouco*** *como exceção à autonomia editorial dos órgãos de imprensa. De fato, além de um conteúdo tipicamente defensivo da honra e da imagem das pessoas, o direito de resposta cumpre também uma missão informativa e democrática, na medida em que permite o esclarecimento do público sobre os fatos e questões do interesse de toda a sociedade. Assim, o exercício do direito de resposta não deve estar necessariamente limitado à prática de algum ilícito penal ou civil pela empresa de comunicação, mas deve ser elastecido para abarcar uma gama mais ampla de situações que envolvam fatos de interesse público. Com efeito, algumas notícias, embora lícitas, contêm informação incorreta ou defeituosa, devendo-se assegurar ao público o direito de conhecer a versão oposta.*

A meu ver*, portanto,* ***o direito de resposta*** *deve ser visto como um instrumento de mídia colaborativa ("collaborative media")* ***em que o público é convidado*** *a colaborar com suas próprias versões de fatos e a apresentar seus próprios pontos de vista. A autonomia editorial, a seu turno, seria preservada desde que seja consignado que a versão ou comentário é de autoria de um terceiro e não representa a opinião do veículo de comunicação.*

Na Argentina*, a Suprema Corte* ***acolheu*** *esta utilização mais ampla do direito de resposta em caso no qual um famoso escritor concedeu entrevista em programa de televisão na qual emitiu conceitos considerados ofensivos a figuras sagradas da religião católica. A Corte assegurou o direito de resposta a um renomado constitucionalista, com a leitura de uma carta no mesmo canal de TV, baseando-se em um direito da comunidade cristã de apresentar o seu próprio ponto de vista sobre as mencionadas figuras. Considerou-se, na espécie, que o requerente atuou como substituto processual daquela coletividade.*

(**Grifei.**)

Posiciona-se, no mesmo sentido, L. G. GRANDINETTI CASTANHO DE CARVALHO ("**Liberdade de Informação e o Direito Difuso à Informação Verdadeira**", p. 118/119, 2. ed., 2003, Renovar):

A primeira e grande utilidade *é o exercício da defesa da pessoa ofendida, de maneira pronta e eficaz.*

Inegável que o direito de resposta*, uma vez aceito pelo órgão de imprensa, acarreta grande economia para a máquina judiciária. Por ele apaziguam-se os ânimos e evitam-se, na maioria das vezes, as disputas forenses. Esse é o*

denominado direito de resposta extrajudicial, já que feito sem a intermediação do Poder Judiciário, que só será chamado a intervir no caso de o órgão recusar-se a publicar a resposta.

***Outra utilidade é a preservação da verdade**. Exercida a resposta, ao leitor ou espectador se oferecem, pelo menos, duas versões do fato, o que, certamente, concorrerá para a formação livre de sua convicção sobre o assunto objeto da notícia. Aceita a retificação, pelo próprio veículo, afirma-se a sua credibilidade e sua retidão na prestação de seu serviço informativo.*

***A resposta concorre**, igualmente, **para a diversidade de opiniões**, salutar para a liberdade de imprensa, concretizando a aplicação do princípio político do pluralismo nos órgãos da imprensa.*

(**Grifei.**)

A justa preocupação da comunidade internacional **com a preservação** do direito de resposta **tem representado**, **em tema** de proteção aos direitos de personalidade, **um tópico sensível e delicado** da agenda dos organismos internacionais em âmbito regional, **como** o Pacto de São José da Costa Rica (**Artigo 14**), **aplicável** ao sistema interamericano, **que representa** instrumento **que reconhece**, a qualquer pessoa que se considere ofendida por meio de informação veiculada pela imprensa, **o direito de resposta e de retificação**:

Artigo 14 – Direito de retificação ou resposta

***1.** Toda pessoa atingida por informações inexatas ou ofensivas emitidas em seu prejuízo por meios de difusão legalmente regulamentados e que se dirijam ao público em geral tem direito a fazer, pelo mesmo órgão de difusão, sua retificação ou resposta, nas condições que estabeleça a lei.*

***2.** Em nenhum caso a retificação ou a resposta eximirão das outras responsabilidades legais em que se houver incorrido.*

***3.** Para a efetiva proteção da honra e da reputação, toda publicação ou empresa jornalística, cinematográfica, de rádio ou televisão, deve ter uma pessoa responsável que não seja protegida por imunidades nem goze de foro especial.*

(**Grifei.**)

Cumpre relembrar, no ponto, **o magistério doutrinário** de VALÉRIO DE OLIVEIRA MAZZUOLI ("**Direito Penal – Comentários à Convenção Americana sobre Direitos Humanos/Pacto de San José da Costa Rica**", vol. 4/138, **em coautoria** com LUIZ FLÁVIO GOMES, 2008, RT), **cuja análise** do mencionado **Artigo 14** da Convenção Americana de Direitos Humanos **bem ressalta** o entendimento que a comunidade internacional **confere** à cláusula convencional **pertinente** ao direito de resposta **e** de retificação:

*A Convenção **não se refere** à "proporcionalidade" da resposta relativamente à ofensa, **não indicando** se as pessoas atingidas **têm direito de responder** em espaço igual ou maior, **em que lapso** pode exercitar esse direito, que terminologia é mais adequada etc. **A Convenção diz apenas** que estas condições serão as "que estabeleça a lei", frase que remete às normas internas dos Estados-Partes o estabelecimento das "condições" de exercício do direito de retificação ou resposta, o que poderá variar de país para país. **Contudo**, **tal proporcionalidade da resposta** relativamente à ofensa **deve entender-se** "implícita" no texto da Convenção, **não***

***podendo** as leis dos Estados-Partes ultrapassar os limites restritivos razoáveis e os conceitos pertinentes já afirmados pela Corte Interamericana.*
(**Grifei.**)

Cabe mencionar, ainda, **fragmento da Opinião Consultiva 7/1986**, proferida, em 29 de agosto de 1986, pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, que, **ao ressaltar a essencialidade** desse instrumento de preservação dos direitos da personalidade, **entendeu** que o direito de resposta **deve ser aplicado independentemente** de regulamentação pelo ordenamento jurídico **interno ou doméstico** dos países signatários do Pacto de São José da Costa Rica:

***A tese** de que a frase "nas condições que estabeleça a lei", **utilizada** no art. 14.1, **somente facultaria** aos Estados Partes a criar por lei o direito de retificação ou de resposta, sem obrigá-los a garanti-lo enquanto seu ordenamento jurídico interno não o regule, não se compadece nem com o "sentido corrente" dos termos empregados nem com o "contexto" da Convenção. Com efeito, a retificação ou resposta em razão de informações inexatas ou ofensivas dirigidas ao público em geral se coaduna com o artigo 13.2.a sobre liberdade de pensamento ou de expressão, que sujeita essa liberdade ao "respeito aos direitos ou à reputação das demais pessoas" (...); com o artigo 11.1 e 11.3, segundo o qual*

"1. Toda pessoa tem direito ao respeito de sua honra e ao reconhecimento de sua dignidade"

"3. Toda pessoa tem direito à proteção da lei contra tais ingerências ou tais ofensas"

e com o artigo 32.2, segundo o qual "Os direitos de cada pessoa são limitados pelos direitos dos demais, pela segurança de todos e pelas justas exigências do bem comum, em uma sociedade democrática".

O direito de retificação ou de resposta é um direito ao qual são aplicáveis as obrigações dos Estados Partes consagradas nos artigos 1.1 e 2 da Convenção. E não poderia ser de outra maneira, já que o próprio sistema da Convenção está direcionado a reconhecer direitos e liberdades às pessoas e não a facultar que os Estados o façam (Convenção Americana, Preâmbulo, O efeito das reservas sobre a entrada em vigência da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (arts. 74 e 75), Opinião Consultiva OC-2/82 de 24 de setembro de 1982. Série A, n. 2, parágrafo 33).
(**Grifei.**)

Impende ressaltar trecho da manifestação proferida **no âmbito** de mencionada Opinião Consultiva **emanada** da Corte Interamericana de Direitos Humanos, **proveniente** do eminente Juiz **RODOLFO E. PIZA ESCALANTE**, **que assim se pronunciou**:

***Em outras palavras**, o direito de retificação **ou** de resposta **é de tal relevância que nada impede** respeitá-lo **ou** garanti-lo, **vale dizer** aplicá-lo e ampará-lo, **ainda que não haja lei que o regulamente**, por meio de simples critérios de razoabilidade; no fim das contas, a própria lei, ao estabelecer as condições de seu exercício, deve sujeitar-se a iguais limitações, porque, de outra forma, violaria ela mesma o conteúdo essencial do direito regulamentado e, portanto, o artigo 14.1 da Convenção.*
(**Grifei.**)

No que diz respeito ao direito comparado, **cumpre referir** que há países que **não** estabeleceram **qualquer** tipo de regulamentação legislativa ao direito de resposta, **como** os Estados Unidos **e** a Argentina.

Quanto ao direito argentino, **impende assinalar** o magistério doutrinário do ilustre jurista RODOLFO PONCE DE LEÓN ("*Derecho de réplica*", p. 137/138, "*in*" "**Jerarquía Constitucional de los Tratados Internacionales**", **organizado** por JUAN CARLOS VEGA **e** MARISA ADRIANA GRAHAM, 1996, Astrea), **que assim se manifesta** a respeito do exercício **do direito de resposta**, **considerada** a circunstância **de que inexiste**, na República Argentina, **qualquer** regulação legislativa **disciplinadora** do exercício do direito de resposta **e/ou** de retificação:

> ***O exercício*** *do direito de retificação* ***ou*** *de resposta* ***supõe*** *o prejuízo à honra* ***ou*** *à reputação de uma pessoa,* ***ocasionado*** *por informações* ***inexatas e ofensivas por intermédio de meios*** *de difusão que se dirijam ao público em geral (****art. 14****, parágrafo 1, Convenção Americana sobre Direitos Humanos).*
>
> ***Causado*** *esse prejuízo,* ***nasce*** *o direito específico,* ***que é o de formular****, pelo mesmo órgão de difusão, sua retificação* ***ou*** *resposta.*
>
> ***Se há lei****, nos termos dela mesma;* ***se não há lei****,* ***como é o nosso caso*** *[argentino]* ***atualmente****,* ***a Constituição opera diretamente****.* ***Isso não é uma novidade****, mas um critério estabelecido por nossa Corte Suprema de Justiça* ***desde o caso*** *"Ekmekdjian c/Sofovich"* ***anterior*** *à reforma constitucional.*
>
> *Esta ação* ***não é outra*** *que a de amparo* ***prevista*** *no parágrafo 1º do art. 43 da Constituição nacional reformada.*
>
> ***Confirmadas*** *as informações inexatas ou ofensivas, e alegado o prejuízo à honra ou à reputação,* ***o juiz deverá ordenar*** *ao meio de difusão passiva* ***a publicação*** *de resposta* ***ou*** *de retificação* ***que satisfaça*** *ao ofendido.*
>
> ***O primeiro elemento*** *de equidade que aparece é o de que a publicação deverá apresentar a imediatidade que o meio impõe.* ***O segundo elemento*** *é o de que a publicação deverá apresentar o mesmo grau de importância jornalística e informativa que a publicação a que se responde ou que se retifica.* ***O terceiro elemento*** *é o de que a publicação deverá ajustar-se ao respondido ou retificado, sem poder apresentar considerações de outro tipo nem, por óbvio, apresentar expressões ofensivas ou injuriosas.*
>
> ***O meio jornalístico*** *deverá publicar nessas condições a resposta* ***ou*** *a retificação.* ***Sendo uma obrigação de fazer****, poderão ser impostas multas ao meio de imprensa* ***negligente*** *no cumprimento de sua obrigação constitucional.*
>
> ***Tudo o que foi aqui exposto*** *tem validade no que diz respeito às jurisdições nas quais os Poderes Legislativos locais não houverem estabelecido normas procedimentais específicas em função das quais dar trâmite ao processo.*
>
> ***Se*** *[os Poderes Legislativos locais] houverem estabelecido,* ***e sem prejuízo*** *da crítica a que [essas normas] estejam sujeitas, o juiz deverá observar a idoneidade desse procedimento, no que se refere à proteção que se postula. Se isso acontecer, fica a situação excluída do art. 43 em análise.*
>
> ***Para finalizar****, devemos dizer que,* ***desde a reforma de 1994****, em nossa opinião, não é saudável que se regulamente o exercício dessa ação nem no âmbito nacional nem no provincial.* ***Cabem aqui as críticas****,* ***alertas e reservas*** *manifestadas* ***quando da edição****, pelo governo militar,* ***da lei de amparo n. 16.986****.*

***Parafraseando** VARGAS GÓMEZ, **digamos que uma regulamentação inconveniente** do direito de réplica **poder-se-ia converter em uma regulamentação do silêncio**. Com BIDART CAMPOS – que assim se manifestou naquela oportunidade –, **digamos que é duvidoso que os problemas** que podem decorrer **da falta** de uma lei **possam** ser resolvidos com a edição dessa norma.*
(**Grifei.**)

Cabe registrar, neste ponto, **que o direito de resposta somente** constituiu objeto de regulação legislativa, no Brasil, **com o advento** da *Lei Adolpho Gordo* (**Decreto** 4.743, de 31-10-1923, arts. 16 **a** 19), **eis que** – **consoante observa** SOLIDONIO LEITE FILHO ("**Comentários à Lei de Imprensa**", p. 188, **item** n. 268, 1925, J. Leite Editores) – "*Não havia na legislação anterior à lei de imprensa nenhum dispositivo regulando o direito de resposta*".

O que me parece relevante acentuar, Senhor Presidente, **é que a ausência** de qualquer disciplina ritual **regedora** do exercício concreto do direito de resposta **não impedirá** que o Poder Judiciário, **quando** formalmente provocado, **profira decisões em amparo e proteção** àquele **atingido** por publicações inverídicas **ou** inexatas.

É que esse direito de resposta**/**retificação **não depende**, para ser exercido, da existência de lei, **ainda que a edição** de diploma legislativo sobre esse tema específico **possa** revelar-se útil **e**, até mesmo, conveniente.

Vale insistir na asserção de que o direito de resposta**/**retificação **tem** por base normativa **a própria** Constituição da República, cujo art. 5º, **inciso** V, **estabelece os parâmetros** necessários à invocação dessa prerrogativa de ordem jurídica.

Por isso mesmo, Senhor Presidente, **sempre caberá** ao Poder Judiciário, **observados** os parâmetros em questão, **garantir**, à pessoa lesada, **o exercício** do direito de resposta.

A ausência de regramento legislativo, momentânea **ou** não, **não** autoriza **nem** exonera o Juiz, **sob pena** de transgressão ao princípio da indeclinabilidade da jurisdição, **do dever de julgar** o pedido de resposta, **quando formulado** por quem se sentir ofendido **ou** prejudicado por publicação ofensiva **ou** inverídica.

Não se pode desconhecer, Senhor Presidente, **que é ínsito**, à atividade do Juiz, **o dever** de julgar **conforme** os postulados da razoabilidade, proporcionalidade **e** igualdade, **em respeito** ao que está previsto **no art. 126** do Código de Processo Civil (*"O juiz **não se exime** de sentenciar **ou** despachar **alegando lacuna** ou obscuridade da lei. **No julgamento** da lide **caber-lhe-á aplicar** as normas legais; **não as havendo**, recorrerá à analogia, aos costumes e aos princípios gerais de direito*"), **consoante assinala**, sem maiores disceptações, **o magistério da doutrina** (ANTÔNIO CLÁUDIO DA COSTA MACHADO, "**Código de Processo Civil Interpretado e Anotado**", p. 405, 2. ed., 2008, Manole; LUIZ GUILHERME MARINONI e DANIEL MITIDIERO, "**Código de Processo Civil Comentado Artigo por Artigo**", p. 174/175, 2008, RT; HUMBERTO

THEODORO JUNIOR, "**Curso de Direito Processual Civil**", vol. I/38 **e** 40, **itens** ns. 35 **e** 38, 50. ed., 2009, Forense, **v**.**g**.).

Impende observar, finalmente, que, em situação de "*vacuum legis*", **ainda assim** o magistrado **poderá** valer-se, **considerado** o que dispõe o art. 126 do CPC, de dispositivos outros – **tais como aqueles existentes**, **p. ex.**, **na Lei 9.504/1997** (art. 58 e parágrafos) –, **aplicando-os**, por analogia, **no que couber**, ao caso concreto, **viabilizando-se**, desse modo, o **efetivo** exercício, pelo interessado, do direito de resposta **e/ou** de retificação.

Registre-se, de outro lado, que, **mesmo que mantido** o Capítulo IV da Lei 5.250/1967, **que disciplina** o *direito de resposta* (arts. 29 **a** 36), **ainda assim subsistiriam** sérias objeções **quanto** à constitucionalidade **de alguns** desses dispositivos, **como o § 3º** do art. 29, **o § 8º** do art. 30 **e o inciso III** do art. 34 de referido diploma legislativo, **conforme advertem** alguns autores (FREITAS NOBRE, "**Comentários à Lei de Imprensa** (**Lei nº 5.250**, **de 9-2-1967**)", p. 226, 4. ed., 1989, Saraiva; LUIZ MANOEL GOMES JUNIOR, "**Comentários à Lei de Imprensa**", p. 353/357 **e** 396/399, 2007, RT, **v**.**g**.).

O fato, Senhor Presidente, **é que o reconhecimento da incompatibilidade** da Lei de Imprensa **com a vigente** Constituição da República **não impedirá**, **consideradas** as razões que venho de expor, que qualquer interessado, **injustamente** atingido por publicação inverídica **ou** incorreta, **possa exercer**, em juízo, **o direito de resposta**, **apoiando** tal pretensão **em cláusula normativa inscrita na própria** Lei Fundamental, **cuja declaração de direitos assegura**, em seu art. 5º, **inciso** V, **em favor** de qualquer pessoa, "***o direito de resposta, proporcional*** *ao agravo,* ***além*** *da indenização por dano material, moral* ***ou*** *à imagem*" (**grifei**).

Concluo o meu voto, Senhor Presidente: **a liberdade de imprensa não traduz** uma questão meramente técnica. **Ao contrário**, representa matéria **impregnada** do maior relevo político, jurídico e social, **porque concerne** a todos **e** a cada um dos cidadãos **desta** República.

Essa garantia básica, que resulta da liberdade de expressão do pensamento, **representa**, em seu próprio **e** essencial significado, **um dos pilares** em que se fundamenta **e** repousa a ordem democrática.

Insisto, por isso mesmo, **em afirmação** por mim **anteriormente** feita neste voto: **nenhuma autoridade pode prescrever** o que será ortodoxo em política **ou** em outras questões **que envolvam** temas de natureza social, filosófica, ideológica ou confessional, **nem estabelecer** padrões de conduta cuja observância **implique** restrição aos meios de comunicação social ("*mass media*") **ou** de divulgação do pensamento.

É por tais razões, Senhor Presidente, **que julgo inteiramente procedente** a presente arguição de descumprimento de preceito fundamental, **em face da incompatibilidade** da Lei 5.250/1967 (Lei de Imprensa) **com a vigente** Constituição da República.

É o meu voto.

EXPLICAÇÃO

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Senhor Presidente, eu coloquei muita ênfase nessa ressalva dos direitos dos particulares, embora sempre assentando uma precedência cronológica para o direito à liberdade de manifestação do pensamento e de expressão *lato sensu*.

Eu disse que essa liberdade, consagrada como de informação jornalística, ou de imprensa propriamente dita, seria exercida de modo conciliado: primeiro, contemporaneamente com a proibição do anonimato, o sigilo da fonte e o livre exercício de qualquer trabalho ou profissão; segundo, *a posteriori*, com o direito de resposta e a reparação pecuniária por eventuais danos à honra e à imagem de terceiros, sem prejuízo do uso de ação penal, também ocasionalmente cabível, nunca, porém, em situação de rigor mais forte do que o prevalecente para os indivíduos em geral.

O Sr. Ministro Celso de Mello: **Esse tema constituiu** objeto do voto que venho de proferir, **pois**, nele, **pus em destaque a delicada** questão **que resulta** do estado de tensão dialética **entre** a liberdade de informação jornalística, de um lado, **e** os direitos da personalidade, de outro.

É por isso que enfatizei, em meu voto, **que o exercício concreto** da liberdade de expressão **pode** causar o surgimento **de verdadeira** situação de colisão de direitos, **caracterizada pelo confronto** de liberdades revestidas de **idêntica** estatura jurídica, **a reclamar** solução que, **tal seja** o contexto em que se delineie, **torne possível** conferir primazia **a uma** das prerrogativas básicas, **em relação de antagonismo** com determinado interesse fundado em cláusula inscrita na própria Constituição.

O fato relevante nesta matéria, Senhor Relator, é que **o exercício abusivo** da liberdade de informação, **que deriva do desrespeito** aos vetores subordinantes referidos **no § 1º** do art. 220 **da própria** Constituição, "***caracteriza*** *ato ilícito* ***e****, como tal,* ***gera*** *o dever de indenizar*" (ENÉAS COSTA GARCIA, "**Responsabilidade Civil dos Meios de Comunicação**", p. 175, 2002, Editora Juarez de Oliveira), **inexistindo**, por isso mesmo, **quando** tal se registrar, situação configuradora **de indevida** restrição à liberdade de imprensa, **como decidi** em julgamento **proferido** nesta Suprema Corte:

> ***LIBERDADE DE INFORMAÇÃO****. PRERROGATIVA CONSTITUCIONAL* ***QUE NÃO SE REVESTE*** *DE CARÁTER ABSOLUTO.* ***SITUAÇÃO DE ANTAGONISMO*** *ENTRE O DIREITO DE INFORMAR* ***E*** *OS POSTULADOS DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA* ***E*** *DA INTEGRIDADE DA HONRA E DA IMAGEM.* ***A LIBERDADE DE IMPRENSA EM FACE DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE****.* ***COLISÃO*** *ENTRE DIREITOS FUNDAMENTAIS,* ***QUE SE RESOLVE****, EM CADA CASO,* ***PELO MÉTODO*** *DA PONDERAÇÃO* ***CONCRETA*** *DE VALORES.* ***MAGISTÉRIO*** *DA DOUTRINA.* ***O EXERCÍCIO ABUSIVO*** *DA LIBERDADE DE INFORMAR,* ***DE QUE RESULTE INJUSTO GRAVAME*** *AO PATRIMÔNIO MORAL/MATERIAL* ***E*** *À DIGNIDADE DA PESSOA LESADA,* ***ASSEGURA****, AO OFENDIDO,* ***O DIREITO*** *À REPARAÇÃO CIVIL,* ***POR EFEITO***

DO QUE DETERMINA ***A PRÓPRIA*** *CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA (****CF****, ART. 5º,* ***INCISOS*** *V* ***E*** *X).* ***INOCORRÊNCIA****, EM TAL HIPÓTESE,* ***DE INDEVIDA*** *RESTRIÇÃO JUDICIAL À LIBERDADE DE IMPRENSA.* ***NÃO RECEPÇÃO*** *DO ART. 52* ***E*** *DO ART. 56,* ***AMBOS*** *DA LEI DE IMPRENSA,* ***POR INCOMPATIBILIDADE*** *COM A CONSTITUIÇÃO DE 1988.* ***DANO MORAL. AMPLA REPARABILIDADE. PRECEDENTES*** *DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.* ***EXAME SOBERANO*** *DOS FATOS E PROVAS* ***EFETUADO*** *PELO E. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO.* ***MATÉRIA INSUSCETÍVEL DE REVISÃO*** *EM SEDE RECURSAL EXTRAORDINÁRIA.* ***AGRAVO DE INSTRUMENTO IMPROVIDO****.*

*– **O reconhecimento** "a posteriori" da responsabilidade civil, em **regular** processo judicial **de que resulte a condenação ao pagamento de indenização** por danos materiais, morais **e** à imagem da pessoa **injustamente** ofendida, **não transgride** os §§ 1º e 2º do art. 220 da Constituição da República, **pois é o próprio estatuto constitucional** que estabelece, **em cláusula expressa** (**CF**, art. 5º, V **e** X), **a reparabilidade patrimonial** de tais gravames, **quando caracterizado o exercício abusivo**, pelo órgão de comunicação social, **da liberdade de informação. Doutrina**.*

*– A Constituição da República, **embora garanta** o exercício da liberdade de informação jornalística, **impõe-lhe**, no entanto, como requisito legitimador de sua prática, **a necessária observância de parâmetros – dentre os quais** avultam, por seu relevo, **os direitos da personalidade – expressamente referidos no próprio** texto constitucional (**CF**, art. 220, § 1º), **cabendo**, ao Poder Judiciário, **mediante** ponderada avaliação das prerrogativas constitucionais em conflito (**direito de informar**, de um lado, **e direitos da personalidade**, de outro), **definir**, em cada situação ocorrente, **uma vez configurado** esse contexto de tensão dialética, **a liberdade que deve prevalecer no caso concreto. Doutrina**.*

*– **Não subsistem**, por incompatibilidade material com a Constituição da República **promulgada** em 1988 (**CF**, art. 5º, **incisos** V **e** X), **as normas inscritas no art. 52** (que define o regime de indenização tarifada) **e no art. 56** (que estabelece o prazo decadencial de 3 meses para ajuizamento da ação de indenização por dano moral), **ambos** da Lei de Imprensa (Lei 5.250/1967). **Hipótese de não recepção. Doutrina. Precedentes do Supremo Tribunal Federal.***

(**AI 595.395/SP**, Rel. Min. CELSO DE MELLO.)

Entendo, bem por isso, que, **em ocorrendo** situação de *conflito de liberdades* **ou** de *colisão de direitos*, **caberá**, ao magistrado, **em ordem** a superar o antagonismo existente, **valer-se** do método da ponderação concreta de valores, **tal como expus**, amplamente, **no voto** que venho de proferir.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Ministro Celso de Mello, por um dever de honestidade intelectual, pelo que percebo estamos dissentindo, por entender que essa ponderação diante de uma colisão entre direitos de personalidade a Constituição já fez em favor da liberdade de imprensa. E Vossa Excelência remete o juízo de ponderação para o Poder Judiciário.

VOTO

O Sr. Ministro Gilmar Mendes:

1. Objeto da ação

A presente arguição de descumprimento de preceito fundamental foi proposta pelo Partido Democrático Trabalhista (PDT) com o fundamento de que "determinados dispositivos da Lei de Imprensa (Lei nº 5.250, de 9 de fevereiro de 1967) **(a)** não foram recepcionados pela Constituição Federal de 1988 e **(b)** outros carecem de interpretação conforme com ela compatível (...)" (fl. 3).

O parâmetro de controle da presente arguição são os preceitos fundamentais dos incisos IV (liberdade de manifestação do pensamento), V (direito de resposta), IX (liberdade de expressão intelectual, artística, científica e de comunicação), XIII (liberdade de exercício profissional) e XIV (direito de acesso à informação e sigilo da fonte) do art. 5º, e os arts. 220 a 223 (comunicação social) da Constituição Federal.

O pedido final é de declaração de não recepção de toda a Lei 5.250/1967 e, alternativamente:

1) a declaração de não recepção: a) da parte inicial do § 2º do art. 1º ("a espetáculos e diversões públicas, que ficarão sujeitos à censura, na forma da lei, nem"); b) do § 2º do art. 2º; c) da íntegra dos arts. 3º, 4º, 5º, 6º, 20, 21, 22, 23, 51 e 52; d) da parte final do art. 56 ("e sob pena de decadência deverá ser proposta dentro de 3 meses da data da publicação ou transmissão que lhe der causa"); e) dos § 3º e § 6º do art. 57; f) dos § 1º e § 2º do art. 60; g) da íntegra dos arts. 61, 62, 63, 64 e 65.

2) interpretação conforme a Constituição: a) do § 1º do art. 1º; b) da parte final do *caput* do art. 2º; c) do art. 14; d) do inciso I do art. 16; e) do art. 17, no sentido de que as expressões "subversão da ordem política e social" e "perturbação da ordem pública ao alarma social" não sejam interpretadas como censura de natureza política ideológica e artística ou constituam embaraço à liberdade de expressão e informação jornalística; f) do art. 37, para afirmar que o jornalista não é penalmente responsável por entrevista autorizada.

3) interpretação conforme a Constituição de toda a Lei 5.250/1967, para afastar qualquer entendimento significante de censura ou embaraço à liberdade de expressão e de informação jornalística.

Encontram-se suspensos, desde a decisão cautelar proferida pelo Relator, Ministro Carlos Britto, em 21 de fevereiro de 2008 (*DJe* de 27-2-2008), e referendada pelo Plenário desta Corte em 27 de fevereiro de 2008 (*DJ*e de 5-3-2008), cujos efeitos temporários (aplicação do parágrafo único do art. 21 da Lei 9.868/1999) foram prorrogados em questões de ordem decididas pelo Plenário nas sessões do dia 4-9-2008 (*DJ*e de 22-9-2008) e do dia 18-2-2009 (*DJ*e de 5-3-2009):

a) a expressão "a espetáculos de diversões públicas, que ficarão sujeitos à censura, na forma da lei, nem", contida na parte inicial do § 2º do art. 1º;

b) a íntegra do § 2º do art. 2º e dos arts. 3º, 4º, 5º, 6º e 65;

c) a expressão "e sob pena de decadência deverá ser proposta dentro de 3 meses da data da publicação ou transmissão que lhe der causa", constante da parte final do art. 56;

d) os § 3º e § 6º do art. 57;

e) os § 1º e § 2º do art. 60;

f) a íntegra dos arts. 61, 62, 63 e 64;

g) os arts. 20, 21, 22 e 23;

h) e os arts. 51 e 52.

É inegável que, no atual ritmo das discussões sobre a constitucionalidade dos diversos dispositivos que são objeto desta ação, outra questão mais ampla se impõe: a de saber se o art. 220 da Constituição, com sua redação literal aparentemente indicativa de uma liberdade de imprensa praticamente absoluta, admite conformações e restrições legislativas; ou, em outros termos, se o significado constitucional da liberdade de imprensa é compatível com uma lei específica reguladora de aspectos diversos da atividade, das funções e da responsabilidade (civil e penal) dos comunicadores em geral no Brasil.

Passo então à análise dos pedidos, numa linha de raciocínio que leva em conta o significado da liberdade de imprensa no Estado Democrático de Direito, tal como ela tem sido interpretada pelas Cortes Constitucionais no incessante debate entre a liberdade absoluta e a liberdade com restrições.

2. O significado da liberdade de imprensa no Estado Democrático de Direito

Reafirmar, e assim enfatizar, o significado da liberdade de imprensa no Estado Democrático de Direito não é tarefa estéril, muito menos ociosa. Se é certo que, atualmente, há uma aceitação quase absoluta de sua importância no contexto de um regime democrático e um consenso em torno de seu significado como um direito fundamental universalmente garantido, não menos certo é que, no plano prático, nunca houve uma exata correspondência entre a ampla concordância (ou mesmo o senso comum) em torno da ideia de imprensa livre e a sua efetiva realização e proteção. Mesmo em nações de democracia avançada, a liberdade de imprensa constitui um valor em permanente afirmação e concretização. Em países com histórico de instabilidade política e nas denominadas novas democracias, a paulatina construção dos fundamentos institucionais propícios ao desenvolvimento da liberdade de comunicação ainda representa um desafio e um objetivo a ser alcançado. No Brasil, como não poderia deixar de ser, o permanente aprendizado da democracia, em constante evolução positiva desde o advento do regime constitucional instaurado pela Constituição de 1988, sempre foi indissociável da incessante busca por uma imprensa de fato livre.

Desde as primeiras positivações nas conhecidas declarações de direitos e textos constitucionais – já proclamava a Declaração de Direitos da Virgínia de 1776 (*Virginia Bill of Rights*), em seu art. 12: *"that the freedom of the press is one of the great bulwarks of liberty and can never be restrained but despotic governments" –,* a liberdade de imprensa constitui um valor em busca de plena realização; um ideal à procura de seu correspondente fático.

Entre a liberdade absoluta e a censura completa, a imprensa se desenvolveu ao longo dos últimos séculos em uma luta incessante em direção à primeira. Talvez tenha sido Alexis de Tocqueville quem, por meio da análise de uma mente estrangeira sobre a democracia nos Estados Unidos da América, revelou tão claramente a peculiar questão sobre a definição do conteúdo da liberdade de imprensa. Pensava Tocqueville: "Se alguém me mostrasse, entre independência completa e a servidão inteira do pensamento, uma posição intermediária onde eu pudesse permanecer, talvez me estabelecesse nela; mas quem descobrirá essa posição intermediária?" (TOQUEVILLE, Alexis de. *La democracia en América*. México: Fondo de Cultura Económica, 1996, p. 198).

Dado curioso, nesse sentido, é que a grande maioria dos textos constitucionais, desde as primeiras declarações de direitos, proclamam expressamente a liberdade de imprensa como um valor quase absoluto, não passível de restrições por parte do governo ou mesmo do parlamento, por meio da lei. Assim ocorreu com a citada Declaração de Direitos da Virgínia de 1776 (art. 12) e com outros textos constitucionais originados dos processos de emancipação das colônias britânicas da América (New Hampshire, art. XII; Carolina do Sul, art. XLIII; Delaware, art. 1º, sec. 5; Pennsylvania, art. XII; Maryland, art. XXXVIII; Georgia, art. IV, sec. 3; Massachusetts, art. XVI), que influenciaram decisivamente na redação final da 1ª Emenda à Constituição dos Estados Unidos da América de 1791: "O Congresso não legislará no sentido de estabelecer uma religião ou de proibir o seu livre exercício, ou para limitar a liberdade de palavra, ou de imprensa, ou o direito do povo de reunir-se pacificamente e de pedir ao Governo a reparação de seus agravos" (cfr.: ASÍS ROIG, Rafael de; ANSUÁTEGUI ROIG, Javier; DORADO PORRAS, Javier. Los textos de las Colonias de Norteamérica y las Enmiendas a la Constitución. In: PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio; FERNÉNDEZ GARCÍA, Eusebio; ASÍS ROIG, Rafael de. *Historia de los derechos fundamentales*. Tomo II. Volumen III. Madrid: Dykinson, 2001).

No Brasil, apesar de as primeiras Constituições preverem expressamente a possibilidade da lei restritiva da liberdade de imprensa (Constituição de 1824, art. 179, IV; Constituição de 1891, art. 72, § 12; Constituição de 1934, art. 113, 9; Constituição de 1937, art. 122, 15; Constituição de 1946, art. 141, § 5º; Constituição de 1967/1969, art. 153, § 8º), a Constituição de 1988 adotou disposição (art. 220) que muito se assemelha ao modelo liberal clássico de garantia da liberdade de imprensa: "Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição".

A positivação nos textos constitucionais da liberdade de imprensa como valor imune a restrições de todo tipo não impediu, porém, a delimitação legislativa e jurisprudencial a respeito de seu efetivo conteúdo. A análise da história nos revela que, no processo contínuo de afirmação, positivação e concretização da liberdade de imprensa, os Tribunais cumpriram papel decisivo na interpretação e aplicação desses textos constitucionais. A história de progressiva efetivação do valor da

liberdade de imprensa se confunde com a própria história de definição jurisprudencial de seus limites pelas Cortes Constitucionais. O significado da liberdade de imprensa no Estado Democrático de Direito encontra-se na jurisprudência constitucional a respeito da definição dos limites à própria liberdade de imprensa.

No debate permanente entre a liberdade absoluta e a liberdade restrita, a jurisprudência das Cortes produziu duas vertentes ou duas concepções sobre o significado ou o conteúdo da liberdade de imprensa.

Nos Estados Unidos da América, formaram-se duas tradições ou dois modelos de interpretação da 1ª Emenda: a primeira, uma concepção liberal, enfatiza o bom funcionamento do "mercado das ideias" e remonta ao voto dissidente de Oliver W. Holmes no famoso caso *Abrams*; a segunda, uma concepção cívica ou republicana, ressalta a importância da deliberação pública e democrática e tem origem, além dos fundamentos lançados por James Madison, no voto de Louis D. Brandeis no caso *Whitney v. California*, culminando no famoso caso *New York Times Co. v. Sullivan* (cfr.: SUSTEIN, Cass R. *One case at a time. Judicial Minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University, 1999, p. 176).

Na Alemanha, o Tribunal Federal Constitucional (*Bundesverfassungsgericht*), por meio de uma jurisprudência constante que possui marco inicial no famoso caso *Lüth*, construiu o conceito de dupla dimensão, duplo caráter ou dupla face dos direitos fundamentais, enfatizando, por um lado, o aspecto subjetivo ou individual, e por outro, a noção objetiva ou o caráter institucional das liberdades de expressão e de imprensa.

Analisemos cada uma dessas tradições jurisprudenciais, que revelam o significado da liberdade de imprensa no Estado Democrático de Direito.

2.1 Duas tradições de interpretação da 1ª Emenda à Constituição Norte-Americana

Nos Estados Unidos, apenas na segunda década do século XX, foi instaurada uma verdadeira e profunda discussão sobre o conteúdo e os limites constitucionais da liberdade de imprensa protegida pela 1ª Emenda, quando a Corte Suprema foi chamada a se pronunciar sobre a constitucionalidade de leis restritivas editadas pelo Congresso. São conhecidos os históricos pronunciamentos de Oliver W. Holmes nos casos *Schenck v. United States* (249 US 47, 1919) e *Abrams v. United States* (250 US 616, 1919). Se no primeiro caso (*Schenck v. United States*) o *Justice* Holmes criou a doutrina do "perigo claro e iminente" (*clear and present danger*) para justificar a constitucionalidade da lei restritiva (Lei de Espionagem de 1917, editada durante a 1ª Guerra Mundial), no seguinte caso (*Abrams v. United States*) Holmes divergiu de seus pares com o famoso pronunciamento em torno do "mercado de ideias" (*market in ideas*):

> when men have realized that time has upset many fighting faiths, they may come to believe even more than they believe the very foundations of their own conduct that *the ultimate good desired is better reached by free trade in ideas – that the best test of truth is the power of the thought to get itself accepted in the*

> *competition of the market, and that truth is the only ground upon which their wishes safely can be carried out*. That, at any rate, is the theory of our Constitution. It is an experiment, as all life is an experiment. Every year, if not every day, we have to wager our salvation upon some prophecy based upon imperfect knowledge. While that experiment is part of our system, I think that we should be eternally vigilant against attempts to check the expression of opinions that we loathe and believe to be fraught with death, unless they so imminently threaten immediate interference with the lawful and pressing purposes of the law that an immediate check is required to save the country.

Os fundamentos do voto divergente de Holmes configuram o que Cass Sustein denomina de o primeiro modelo de interpretação da 1ª Emenda (SUSTEIN, Cass R. *One case at a time. Judicial Minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University, 1999, p. 176). Defendia Holmes, em verdade, a diversidade, a concorrência e o livre intercâmbio de ideias como o único modo idôneo de se buscar a verdade. Uma interpretação das liberdades de expressão e de imprensa que muito se assemelha às concepções defendidas por John Milton, em 1644, no discurso *Aeropagítica* – certamente um dos textos mais expressivos contra a censura da imprensa e sobre a necessidade da livre e ampla circulação de opiniões como forma de alcance do conhecimento e da verdade. Para Milton, "a opinião, entre homens de valor, é conhecimento em formação". Indagava então John Milton ao Parlamento inglês: "Quem jamais ouviu dizer que a verdade perdesse num confronto em campo livre e aberto?" (MILTON, John. *Aeropagítica*: *discurso pela liberdade de imprensa ao Parlamento da Inglaterra*. Rio de Janeiro: Topbooks, 1999).

Talvez seja essa uma das mais importantes funções das liberdades de expressão e de imprensa na democracia. O livre tráfego de ideias e a diversidade de opiniões são elementos essenciais para o bom funcionamento de um sistema democrático e para a existência de uma sociedade aberta. Essas concepções da liberdade encontram na obra de John Stuart Mill – *On liberty* – uma de suas melhores exposições. Como bem observou Isaiah Berlin, outro grande pensador das liberdades, a obra de Stuart Mill "ainda é a mais clara, sincera, persuasiva e instigante exposição do ponto de vista dos que desejam uma sociedade aberta e tolerante" (Introdução à obra: MILL, John Stuart. *A liberdade; utilitarismo*. São Paulo: Martins Fontes, 2000, p. XLVII). Ao defender a ampla liberdade de pensamento e de discussão, Mill enfatizava que nada mais prejudicial a toda humanidade do que silenciar a expressão de uma opinião. Em suas memoráveis palavras: "Se todos os homens menos um partilhassem a mesma opinião, e apenas uma única pessoa fosse de opinião contrária, a humanidade não teria mais legitimidade em silenciar esta única pessoa do que ela, se poder tivesse, em silenciar a humanidade" (op. cit., p. 29). E continua para afirmar, categoricamente, que "o que há de particularmente mau em silenciar a expressão de uma opinião é o roubo à raça humana" (op. cit., p. 29).

A Suprema Corte norte-americana ainda manteve por um tempo seu posicionamento a favor das leis e medidas administrativas restritivas da liberdade de imprensa em casos posteriores – *Pierce v. United States* (1920), *Gitlow v. New*

York (1925), *Whitney v. California* (1927) –, porém com os votos dissidentes de Holmes, que representam um marco na história da concepção liberal da proteção das liberdades de expressão e de imprensa nos Estados Unidos (cfr.: BELTRÁN DE FELIPE, Miguel; GONZÁLEZ GARCÍA, Julio. *Las sentencias básicas del Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América*. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales y Boletín Oficial del Estado, 2006).

Por outro lado, o famoso caso *New York Co. v. Sullivan* (376 US 254, 1964) representa o ponto culminante da formação de uma concepção que se iniciou em James Madison, foi acolhida por Louis D. Brandeis em voto no caso *Whitney v. California* e encontrou uma de suas melhores expressões no importante trabalho de Alexander Meiklejohn, que associou o princípio do *free speech* com o ideal de democracia deliberativa (SUSTEIN, Cass R. *One case at a time. Judicial Minimalism on the Supreme Court*. Cambridge: Harvard University, 1999, p. 176).

Decidiu a Suprema Corte, no *caso Sullivan*, que, para a efetiva garantia das liberdades de expressão e de imprensa, não se poderia exigir dos comunicadores em geral a prova da verdade das informações críticas aos comportamentos de funcionários públicos. O requisito da verdade como condição obrigatória de legitimidade das críticas às condutas públicas seria equiparável à censura, pois praticamente silenciaria quem pretendesse exercer a liberdade de informação. Mesmo nas hipóteses em que se pudesse ter certeza da veracidade das informações, a dúvida poderia persistir sobre a possibilidade de prova dessa verdade perante um Tribunal. Tal sistema suprimiria a vitalidade e a diversidade do debate público e democrático e, dessa forma, não seria compatível com as liberdades de expressão e de informação protegidas pela 1ª Emenda.

A decisão cita expressamente o pensamento de Madison, no sentido de que o direito de criticar e discutir as condutas públicas constitui um princípio fundamental da forma democrática e republicana de governo na América. Trata-se de um modelo que incorpora a ideia cívica e republicana de soberania popular simbolizada pelo *"We the people"*.

A jurisprudência firmada em *Sullivan* foi posteriormente aplicada pela Corte norte-americana em outros casos: *Rosenblatt v. Baer* (1966), com extensão aos candidatos a cargos públicos; *Curtis Publishing Co. v. Butts* e *Associated Press v. Nalker* (1967), aplicando-se o entendimento a figuras públicas que não estivessem desempenhando funções oficiais; *Rosenbloom v. Metromedia* (1971), estendendo-se aos casos em que não há uma figura pública, mas tem-se assuntos de transcendência pública.

Como observa Cass Sustein, o *modelo madisoniano* de interpretação da 1ª Emenda traduz o direito de livre expressão como uma parte fundamental do sistema constitucional de deliberação pública e democrática. Essa visão da Constituição não seria contrária à possibilidade de intervenção regulatória do Estado no sentido de promover e aperfeiçoar o debate público e de assegurar o bom funcionamento do regime democrático (SUSTEIN, Cass R. *One case*

at a time. Judicial Minimalism on the Supreme Court. Cambridge: Harvard University, 1999, p. 176).

Essa concepção recebeu uma de suas melhores exposições na obra *Political Freedom*, de Alexander Meiklejohn, na qual a liberdade de expressão é vista não como derivação de um suposto "direito natural", mas, sim, como uma necessária garantia da livre discussão pública e do autogoverno popular (MEIKLEJOHN, Alexander. *Political Freedom: the constitutional powers of the people*. New York: Oxford University Press, 1965).

Alexander Meiklejohn revigorou a questão sobre o significado e os limites da liberdade de expressão na democracia: *"What do we mean when we say that 'Congress shall make no law… abridging the freedom of speech…'? Do we mean that speaking may be suppressed or that it shall not be suppressed? And, in either case, on what grounds has the decision been made?*" A resposta de Meiklejohn é enfática:

> Congress shall make no law… abridging the freedom of speech… says the First Amendment to the Constitution. As we turn now to the interpreting of those words, three preliminary remarks should be made.
>
> First, let it be noted that, by those words, Congress is not debarred from all action upon freedom of speech. Legislation which abridges that freedom is forbidden, but not legislation to enlarge and enrich it. The freedom of mind which befits the members of a self-governing society is not a given and fixed part of human nature. It can be increased and established by learning, by teaching, by the unhindered flow of accurate information, by giving men health and vigor and security, by bringing them together in activities of communication and mutual understanding. And the federal legislature is not forbidden to engage in that positive enterprise of cultivating the general intelligence upon which the success of self-government so obviously depends. On the contrary, in that positive field the Congress of the United States has a heavy and basic responsibility to promote the freedom of speech.
>
> And second, no one who reads with care the text of the First Amendment can fail to be startled by its absoluteness. The phrase, "Congress shall make no law… abridging the freedom of speech", is unqualified. It admits no exceptions. (…)
>
> But, third, this dictum which we rightly take to express the most vital wisdom which men have won in their striving for political freedom is yet – it must be admitted – strangely paradoxical. No one can doubt that, in any well-governed society, the legislature has both the right and the duty to prohibit certain forms of speech. (…) All these necessities that speech be limited are recognized and provided for under the Constitution. They were not unknown to the writers of the First Amendment. That amendment, then, we may take it for granted, *does not forbid the abridging of speech*. But, at the same time, *it does forbid the abridging of the freedom of speech*. It is to the solving of that paradox, that apparent self-contradiction, that we are summoned if, as free man, we wish to know what the right of freedom of speech is. (Op. cit., p. 19-21.)

O paradoxo identificado por Alexander Meiklejohn na 1ª Emenda à Constituição norte-americana também pode ser encontrado nos textos constitucionais que, como o art. 220 da Constituição brasileira de 1988,

contêm cláusula proibitiva de qualquer restrição às liberdades de expressão e de imprensa. Ao mesmo tempo em que prescrevem a não restrição dessas liberdades, esses textos não apenas permitem, como obrigam a intervenção legislativa no sentido de sua promoção e efetividade.

Entre concepções liberais, individuais ou subjetivas, por um lado, e outras concepções cívicas, republicanas, democráticas ou objetivas, por outro, o aparente paradoxo das liberdades de expressão, de informação e de imprensa tem sido enfrentado pelas Cortes Constitucionais com base em um postulado que hoje faz transparecer quase uma obviedade: as restrições legislativas são permitidas e até exigidas constitucionalmente quando têm o propósito de proteger, garantir e efetivar tais liberdades.

O Tribunal Constitucional alemão não chegou a outra solução ao interpretar o art. 5º da *Grundgezetz*. É o que será analisado no tópico a seguir.

2.2 A dupla dimensão (subjetiva e objetiva) da liberdade de imprensa na jurisprudência do *Bundesverfassungsgericht*

Se, nos Estados Unidos, é possível identificar essas duas tradições ou dois modelos de interpretação da liberdade de imprensa, na Alemanha, a jurisprudência do Tribunal Constitucional interpreta as liberdades de expressão e de imprensa protegidas pelo art. 5º da *Grundgezetz* de duas formas: como um direito subjetivo fundamental e como uma instituição ou garantia institucional.

O famoso *caso Lüth* (*BverfGE* 7, 198, 1958) é, antes de tudo, um marco na definição do significado da liberdade de expressão na democracia. Em passagem emblemática, consignou o Tribunal o seguinte:

> O direito fundamental à livre expressão do pensamento é, enquanto expressão imediata da personalidade humana, na sociedade, um dos direitos humanos mais importantes (*un des droits les plus précieux de l'homme*, segundo o Art. 11 da Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789). Ele é elemento constitutivo, por excelência, para um ordenamento estatal livre e democrático, pois é o primeiro a possibilitar a discussão intelectual permanente, a disputa entre as opiniões, que é o elemento vital daquele ordenamento. (BVerfGE 5, 85 [205]). Ele é, num certo sentido, a base de toda e qualquer liberdade por excelência, *"the matrix, the indispensable condition of nearly every other form of freedom"* (Cardozo).

Em *Lüth* o TFC alemão reconhece a dupla dimensão, subjetiva (individual) e objetiva (institucional), dos direitos fundamentais. Em primeira linha, considerou o Tribunal o seguinte:

> Sem dúvida, os direitos fundamentais existem, em primeira linha, para assegurar a esfera de liberdade privada de cada um contra intervenções do poder público; eles são direitos de resistência do cidadão contra o Estado. Isto é o que se deduz da evolução histórica da ideia do direito fundamental, assim como de acontecimentos históricos que levaram os direitos fundamentais às constituições dos vários Estados. Os direitos fundamentais da *Grundgesetz* também têm esse sentido, pois ela quis sublinhar, com a colocação do capítulo dos direitos fundamentais à frente (dos demais capítulos que tratam da organização do Estado e constituição de

> seus órgãos propriamente ditos), a prevalência do homem e sua dignidade em face do poder estatal. A isso corresponde o fato de o legislador ter garantido o remédio jurídico especial para proteção destes direitos, a Reclamação Constitucional, somente contra atos do poder público.

Em seguida, não obstante, conclui o Tribunal que:

> Da mesma forma é correto, entretanto, que a Constituição, que não pretende ser um ordenamento neutro do ponto de vista axiológico, estabeleceu também, em seu capítulo dos direitos fundamentais, um **ordenamento axiológico objetivo**, e que, justamente em função deste, ocorre um aumento da força jurídica dos direitos fundamentais (...). Esse sistema de valores, que tem como ponto central a personalidade humana e sua dignidade, que se desenvolve livremente dentro da comunidade social, precisa valer enquanto decisão constitucional fundamental para todas as áreas do direito; Legislativo, Administração Pública e Judiciário recebem dele diretrizes e impulsos.

Essa concepção formada pela Corte alemã evidencia que os direitos fundamentais são, a um só tempo, direitos subjetivos e elementos fundamentais da ordem constitucional objetiva. Enquanto direitos subjetivos, os direitos fundamentais outorgam aos titulares a possibilidade de impor os seus interesses em face dos órgãos obrigados (HESSE, Konrad. *Grundzüge des Verfassungsrechts*, *der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg: C. F. Müller, 1995, p. 112; KREBS, Walter. *Freiheitsschutz durch Grundrechte*, in: *JURA*, p. 617 (619), 1988). Na sua dimensão como elemento fundamental da ordem constitucional objetiva, os direitos fundamentais – tanto aqueles que não asseguram, primariamente, um direito subjetivo quanto aqueloutros, concebidos como garantias individuais – formam a base do ordenamento jurídico de um Estado de Direito democrático.

É verdade consabida, desde que Jellinek desenvolveu a sua *Teoria dos quatro "status*", que os direitos fundamentais cumprem diferentes funções na ordem jurídica (JELLINEK, G. *Sistema dei diritti pubblici subiettivi*, trad. it., Milano: Giuffrè, 1912, p. 244; cf. ALEXY, Robert, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am Main, 1986, p. 243 e seguintes; cf. SARLET, Ingo, *A eficácia dos direitos fundamentais*, Porto Alegre: Livr. do Advogado Ed., 1998, p. 153 e seguintes). Na sua concepção tradicional, os direitos fundamentais são *direitos de defesa* (*Abwehrrechte*), destinados a proteger determinadas posições subjetivas contra a intervenção do Poder Público, seja pelo (a) não impedimento da prática de determinado ato, seja pela (b) não intervenção em situações subjetivas ou pela não eliminação de posições jurídicas (Cf. ALEXY, Robert, *Theorie der Grundrechte*, cit., p. 174; cf. CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito constitucional*, Coimbra: Almedina, 1991, p. 548.). Nessa dimensão, os direitos fundamentais contêm disposições definidoras de uma *competência negativa do Poder Público* (*negative Kompetenzbestimmung*), que fica obrigado, assim, a respeitar o núcleo de liberdade constitucionalmente assegurado (cf. HESSE, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, cit., p. 133.).

Outras normas consagram direitos a prestações de índole positiva (*Leistungsrechte*), que tanto podem referir-se a prestações fáticas de índole positiva (*faktische positive Handlungen*) quanto a prestações normativas de índole

positiva (*normative Handlungen*) (ALEXY, *Theorie der Grundrechte*, cit., p. 179; ver, também, CANOTILHO, *Direito constitucional*, cit., p. 549.). Tal como observado por Hesse, a garantia de liberdade do indivíduo, que os direitos fundamentais pretendem assegurar, somente é exitosa no contexto de uma sociedade livre. Por outro lado, uma sociedade livre pressupõe a liberdade dos indivíduos e cidadãos, aptos a decidir sobre as questões de seu interesse e responsáveis pelas questões centrais de interesse da comunidade. Essas características condicionam e tipificam, segundo Hesse, a estrutura e a função dos direitos fundamentais. Estes asseguram não apenas direitos subjetivos, mas também os princípios objetivos da ordem constitucional e democrática [HESSE, Bedeutung der Grundrechte, in: BENDA, Ernst; MAIHOFER, Werner e VOGEL, Hans-Jochen, *Handbuch des Verfassungsrechts*. Berlin, 1995, v. I, p. 127 (134)].

A dimensão objetiva ou institucional do direito fundamental à liberdade de imprensa foi afirmada no também famoso caso *Spiegel* (*BVerfGE* 20, 62, 1966). Os fundamentos da decisão do Tribunal Constitucional ressaltam, em primeiro lugar, a importância da imprensa como "elemento essencial" do Estado assente na liberdade (*Wesenelement des freiheitlichen Staates*), na seguinte passagem:

> Uma imprensa independente, não dirigida pelo poder público, não submetida à censura, é elemento essencial do Estado livre; especialmente a imprensa política livre, publicada periodicamente, é imprescindível para a democracia moderna. Se o cidadão deve tomar decisões políticas, tem ele [antes não somente] que ser amplamente informado, mas também deve poder conhecer as opiniões que outros formaram e ponderá-las em si. A imprensa mantém esta discussão constantemente viva; obtendo as informações, ela mesma toma posição e atua como poder orientador na discussão pública. Nela se articula a opinião pública; os argumentos são esclarecidos em discurso e réplica, ganham contornos definidos e, assim, facilitam ao cidadão o julgamento e a decisão. Na democracia representativa, a imprensa apresenta-se, ao mesmo tempo, como constante órgão de ligação e de controle entre o povo e seus representantes eleitos na Câmara Federal e no Governo. Ela resume, de maneira crítica, as opiniões e reivindicações que constantemente surgem na sociedade e em seus grupos, coloca-as em debate e as apresenta aos órgãos estatais politicamente ativos, que, dessa forma, podem constantemente medir suas decisões, também em relação a questões isoladas da política diária, com base no parâmetro das opiniões realmente defendidas em meio ao povo. Tão mais importante é a "tarefa pública" que cabe, assim, à imprensa, pelo fato desta tarefa não poder ser cumprida a contento pelo poder público organizado. As empresas da imprensa devem poder se organizar livremente no espaço social. Elas trabalham segundo princípios de economia privada e sob formas de organização de direito privado. Há, entre elas, concorrência intelectual e econômica na qual o poder público por princípio não pode intervir.

Em seguida, a Corte passa a analisar o caráter institucional da liberdade de imprensa, em trecho digno de nota:

> Corresponde à função da imprensa livre no Estado democrático sua posição jurídica definida constitucionalmente. A Constituição garante, no Art. 5, a liberdade de imprensa. Se, primeiramente – correspondendo à posição sistemática do

> dispositivo e seu entendimento tradicional –, é assegurado um direito fundamental subjetivo às pessoas e empresas que atuam na imprensa, o qual garante aos seus titulares liberdade em face do poder coercitivo do Estado e lhes assegura, em certas situações, uma posição jurídica privilegiada, o Art. 5 GG encerra, ao mesmo tempo, também um **aspecto jurídico-objetivo**. Ele garante o **instituto "imprensa livre"**. O Estado é – independentemente de direitos subjetivos dos indivíduos – obrigado a considerar, em sua ordem jurídica, em toda a parte onde o campo de validade de uma norma atinja a imprensa, o postulado de liberdade desta. As primeiras consequências disso são os postulados da livre criação de órgãos de imprensa, do livre acesso às profissões de imprensa, dos deveres de informação das autoridades públicas; mas poder-se-ia também pensar em um dever do Estado de combater os perigos infligidos a uma imprensa livre que poderiam advir da formação de monopólios de opinião. A autonomia da imprensa, assegurada pelo Art. 5 GG, estende-se da obtenção da informação até a divulgação das notícias e opiniões (BVerfGE 10, 118 [121]; 12, 205 [260]). Por isso, diz respeito à liberdade de imprensa também uma certa proteção da relação de confiança entre a imprensa e [seus] informantes particulares. Ela é imprescindível, já que a imprensa não pode abdicar de informações particulares, mas esta fonte de informações só pode fluir abundantemente se o informante puder confiar, fundamentalmente, que o "sigilo da fonte" (*Redaktionsgeheimnis*) será mantido.

O *caso Spiegel* é um marco na definição do significado da liberdade de imprensa na democracia e revela as "duas faces de Janus" dessa liberdade: a pessoal individual e a comunitária institucional. E, como bem assevera Manuel da Costa Andrade, "só uma compreensão atenta às 'duas raízes' e ao contributo irredutível de qualquer delas pode ajustar-se ao sentido da liberdade de imprensa na experiência da moderna sociedade democrática" (ANDRADE, Manuel da Costa. *Liberdade de Imprensa e inviolabilidade pessoal*: *uma perspectiva jurídico-criminal*, Coimbra: Coimbra, 1996, p. 42).

O Tribunal alemão reafirmou o aspecto objetivo ou institucional da liberdade de imprensa em outros casos importantes. Em *Schmid-Spiegel* (BVerfGE 12, 113, 1961), afirma-se que a liberdade de imprensa é "o instrumento mais importante da formação da opinião pública". Em *Blinkfuer* (BVerfGE, 25, 256, 1969), o Tribunal novamente deixa consignado que "as liberdades de expressão e de imprensa têm por fim proteger a livre atividade intelectual e o processo de formação da opinião na democracia livre", utilizando a significativa expressão *"instituição da imprensa livre"*. Em *Solidaritätsadrese* (BVerfGE 44, 197, 1977), a Corte assevera que "o conteúdo axiológico especial do direito fundamental da livre expressão na democracia livre fundamenta uma presunção básica da liberdade do discurso em todos os âmbitos, principalmente na vida pública".

O certo é que a dimensão objetiva ou institucional é elemento imprescindível de compreensão do significado da liberdade de imprensa no Estado Democrático de Direito. Não se pode negar que a liberdade de imprensa, além de uma pretensão subjetiva, revela um caráter institucional que a torna uma verdadeira garantia institucional.

O papel das garantias institucionais no ordenamento constitucional não é desconhecido. Como é sabido, a Constituição outorga, não raras vezes, garantia a

determinados institutos, isto é, a um complexo coordenado de normas, tais como a propriedade, a herança, o casamento etc. Outras vezes, clássicos direitos de liberdade dependem, para sua realização, de intervenção do legislador.

Assim, a liberdade de associação (CF, art. 5º, XVII) depende, pelo menos parcialmente, da existência de normas disciplinadoras do direito de sociedade (constituição e organização de pessoa jurídica etc.). Também a liberdade de exercício profissional exige a possibilidade de estabelecimento de vínculo contratual e pressupõe, pois, uma disciplina da matéria no ordenamento jurídico. O direito de propriedade, como observado, não é sequer imaginável sem disciplina normativa [Cf. KREBS, *Freiheitsschutz durch Grundrechte*, cit., p. 617 (623)].

Da mesma forma, o direito de proteção judiciária, previsto no art. 5º, XXXV, o direito de defesa (art. 5º, LV), e o direito ao juiz natural (art. 5º, XXXVII), as garantias constitucionais do *habeas corpus*, do mandado de segurança, do mandado de injunção e do *habeas data* são típicas garantias de caráter institucional, dotadas de âmbito de proteção marcadamente normativo (cf. PIEROTH/SCHLINK, *Grundrechte*: Staatsrecht II, Heidelberg: C. F. Müller, 1995, p. 53).

Entre nós, Ingo Sarlet assinala como autênticas garantias institucionais no catálogo da nossa Constituição a garantia da propriedade (art. 5º, XXII), o direito de herança (art. 5º, XXX), o Tribunal do Júri (art. 5º, XXXVIII), a língua nacional portuguesa (art. 13), os partidos políticos e sua autonomia (art. 17, *caput*, e §1º). Também fora do rol dos direitos e garantias fundamentais (Título II) podem ser localizadas garantias institucionais, tais como a garantia de um sistema de seguridade social (art. 194), da família (art. 226), bem como da autonomia das universidades (art. 207), apenas para mencionar os exemplos mais típicos. Ressalte-se que alguns desses institutos podem até mesmo ser considerados garantias institucionais fundamentais, em face da abertura material propiciada pelo art. 5º, § 2º, da Constituição (SARLET, Ingo, *A eficácia dos direitos fundamentais*, cit., p. 182).

Nesses casos, a atuação do legislador revela-se indispensável para a própria concretização do direito. Pode-se ter aqui um autêntico *dever constitucional de legislar* (*Verfassungsauftrag*), que obriga o legislador a expedir atos normativos "conformadores" e concretizadores de alguns direitos (Cf. BATTIS, Ulrich; GUSY, Christoph, *Einführung in das Staatsrecht*, 4. ed., Heidelberg: C. F. Müller, 1999, p. 327).

Nessa linha de raciocínio, outra não poderia ser a conclusão senão a de que o caráter institucional da liberdade de imprensa não apenas permite, como também exige a intervenção legislativa com o intuito de dar conformação e, assim, conferir efetividade à garantia institucional.

A lei de imprensa constitui, nesse sentido, uma exigência constitucional em razão da face objetiva ou institucional da liberdade de imprensa. É dever do legislador equacionar, nos termos exigidos pela Constituição, as dimensões da liberdade de imprensa e os demais valores fundamentais carentes de proteção.

O tópico seguinte desenvolverá melhor essa ideia, com especial enfoque para a liberdade de imprensa tal como protegida pelo texto constitucional de 1988.

3. A necessidade de uma lei de imprensa

3.1 A reserva legal estabelecida pelo art. 220 da Constituição

O constituinte de 1988 de nenhuma maneira concebeu a liberdade de expressão como direito absoluto, insuscetível de restrição, seja pelo Judiciário, seja pelo Legislativo.

Ao contrário do disposto em alguns dos mais modernos textos constitucionais (Constituição portuguesa de 1976, art. 18º, n. 3, e Constituição espanhola de 1978, art. 53, n. 1) e do estabelecido nos textos constitucionais que a antecederam (Constituição brasileira de 1934, art. 113, 9; Constituição brasileira de 1946, art. 141, § 5º; Constituição brasileira de 1967-69, art. 153, § 8º), a Constituição de 1988 não contemplou, diretamente, na disposição que garante a liberdade de expressão, a possibilidade de intervenção do legislador com o objetivo de fixar alguns parâmetros para o exercício da liberdade de informação.

Não parece correta, todavia, essa leitura rasa do texto constitucional, pelo menos se se considera que a liberdade de informação mereceu disciplina destacada no capítulo dedicado à comunicação social (arts. 220-224 da CF/1988).

Particularmente elucidativas revelam-se as disposições constantes do art. 220 da Constituição:

> Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.
>
> § 1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.
>
> § 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.
>
> § 3º Compete à lei federal:
>
> I – regular as diversões e espetáculos públicos, cabendo ao Poder Público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada;
>
> II – estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.

Pode-se afirmar, pois, que ao constituinte não passou despercebido que a liberdade de informação haveria de se exercer de modo compatível com o direito à imagem, à honra e à vida privada (CF, art. 5º, X), deixa entrever mesmo a legitimidade de intervenção legislativa com o propósito de compatibilizar os valores constitucionais eventualmente em conflito. A própria formulação do texto constitucional – "Nenhuma lei conterá dispositivo (...), observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV" – parece explicitar que o constituinte não pretendeu instituir

aqui um domínio inexpugnável à intervenção legislativa. Ao revés, essa formulação indica ser inadmissível, tão somente, a disciplina legal que crie embaraços à liberdade de informação. A própria disciplina do direito de resposta, prevista expressamente no texto constitucional, exige inequívoca regulação legislativa.

Outro não deve ser o juízo em relação ao direito à imagem, à honra e à privacidade, cuja proteção pareceu indispensável ao constituinte também em face da liberdade de informação. Não fosse assim, não teria a norma especial ressalvado que a liberdade de informação haveria de se exercer com observância do disposto no art. 5º, X, da Constituição. Se correta essa leitura, tem-se de admitir, igualmente, que o texto constitucional não só legitima, como também reclama eventual intervenção legislativa com o propósito de concretizar a proteção dos valores relativos à imagem, à honra e à privacidade.

É fácil ver, assim, que o texto constitucional não excluiu a possibilidade de que se introduzam limitações à liberdade de expressão e de comunicação, estabelecendo, expressamente, que o exercício dessas liberdades há de se fazer com observância do disposto na Constituição. Não poderia ser outra a orientação do constituinte, pois, do contrário, outros valores, igualmente relevantes, quedariam esvaziados diante de um direito avassalador, absoluto e insuscetível de restrição.

Mais expressiva, ainda, parece ser, no que tange à liberdade de informação jornalística, a cláusula contida no art. 220, § 1º, segundo a qual "nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV".

Como se vê, **a formulação aparentemente negativa contém, em verdade, uma autorização para o legislador disciplinar o exercício da liberdade de imprensa**, tendo em vista, sobretudo, a proibição do anonimato, a outorga do direito de resposta e a inviolabilidade da intimidade da vida privada, da honra e da imagem das pessoas. Do contrário, não haveria razão para que se mencionassem expressamente esses princípios como limites para o exercício da liberdade de imprensa.

Tem-se, pois, aqui expressa a reserva legal qualificada, que autoriza o estabelecimento de restrição à liberdade de imprensa com vistas a preservar outros direitos individuais, não menos significativos, como os direitos da personalidade em geral.

Que a matéria não é estranha a uma disciplina legislativa é o próprio texto que o afirma explicitamente, ao conferir à lei federal a regulação das diversões e dos espetáculos públicos (natureza, faixas etárias a que se não recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada), o estabelecimento de mecanismos de defesa contra programas e programações de rádio e de televisão que, v.g., sejam contrários a valores éticos e sociais da pessoa e da família (CF, arts. 220, § 2º, e 221, IV).

Essas colocações hão de servir, pelo menos, para demonstrar que o tema não pode ser tratado da maneira simplista ou até mesmo simplória como vem sendo apresentado, até por alguns juristas.

Como se vê, há uma inevitável tensão na relação entre a liberdade de expressão e de comunicação, de um lado, e os direitos da personalidade constitucionalmente protegidos, de outro, a qual pode gerar uma situação conflituosa, a chamada *colisão de direitos fundamentais* (*Grundrechtskollision*).

É fecunda a jurisprudência da Corte Constitucional alemã sobre o assunto, especialmente no que se refere ao conflito entre a liberdade de imprensa ou a liberdade artística e os direitos da personalidade, como o direito à honra e à imagem. Ressalte-se, ainda, que, assim como o ordenamento constitucional brasileiro, a Lei Fundamental de Bonn proíbe, expressamente, a censura à imprensa (LF, art. 5, I).

A propósito da problemática, mencionem-se duas decisões importantes proferidas pela Corte Constitucional alemã.

Na decisão de 24-2-1971, relativa à publicação do romance Mephisto, de Klaus Mann, reconheceu-se o conflito entre o direito de liberdade artística e os direitos de personalidade como derivações do princípio da dignidade humana (*BVerfGE* 30, 173). O filho adotivo do falecido ator e diretor de teatro Gustaf Gründgen postulou perante a justiça estadual de Hamburgo a proibição da publicação do romance Mephisto com o argumento de que se cuidava de uma biografia depreciativa e injuriosa da memória de Gründgen, caricaturado no romance na figura de Hendrik Höfgen. O tribunal estadual de Hamburgo julgou improcedente a ação. O romance foi publicado em setembro de 1965 com uma advertência aos leitores, assinada por Klaus Mann, afirmando que "todas as pessoas deste livro são tipos, não retratos de personalidade" (*Alle Personen dieses Buchs stellen Typen dar, nicht Porträts*. K.M.).

Com fundamento em uma medida liminar deferida pelo Tribunal Superior de Hamburgo, acrescentou-se à publicação uma advertência aos leitores na qual se enfatizava que, embora constassem referências a pessoas, as personagens haviam sido conformadas, fundamentalmente, pela "fantasia poética do autor" (*dichterische Phantashie des Verfassers*).

Posteriormente, concedeu o Tribunal o pedido de proibição da publicação, tanto com fundamento nos direitos subsistentes de personalidade do falecido teatrólogo, quanto em direito autônomo do filho adotivo. Como o público dificilmente poderia distinguir entre poesia e realidade, sendo mesmo levado a identificar na personagem Höfgen a figura de Gründgen, não havia como deixar de reconhecer o conteúdo injurioso das afirmações contidas na obra. O direito de liberdade artística não teria precedência sobre os demais direitos, devendo, por isso, o juízo de ponderação entre a liberdade artística e os direitos de personalidade ser decidido, na espécie, em favor do autor.

O Supremo Tribunal Federal (*Bundesgerichtshof*) rejeitou a revisão interposta sob a alegação de que o direito de liberdade artística encontra limite

imanente (*imannente Begrenzung*) no direito de personalidade assegurado constitucionalmente. Esses limites são violados se, a pretexto de descrever a vida ou a conduta de determinadas pessoas, atribui-se a elas prática de atos negativos absolutamente estranhos à sua biografia, sem que se possa afirmar, com segurança, que se cuida, simplesmente, de uma imagem hiperbólica ou satírica.

A editora-recorrente sustentou na *Verfassungsbeschwerde* impetrada que as decisões dos Tribunais violavam os arts. 1, 2, I, 5, I e III, 14 (direito de propriedade) e 103, I, todos da Lei Fundamental, bem como os postulados da proporcionalidade e da segurança jurídica.

O Tribunal Constitucional reconheceu que a descrição da realidade integra o âmbito de proteção do direito de liberdade artística, isto é, a chamada arte engajada não estaria fora da proteção outorgada pelo art. 5º, III, da Lei Fundamental.

A ementa do acórdão fornece boa síntese dos fundamentos da decisão:

> N. 16
> 1. Art. 5, III, 1º período da Lei Fundamental representa uma norma básica da relação entre o Estado e o meio artístico. Ele assegura, igualmente, um direito individual.
> 2. A garantia da liberdade artística abrange não só a atividade artística, como a apresentação e a divulgação das obras de arte.
> 3. O direito de liberdade artística protege também o editor.
> 4. À liberdade artística não se aplicam nem a restrição do art. 5º, II, nem aquela contida no art. 2º, I, 2º período.
> 5. Um conflito entre a liberdade artística e o âmbito do direito de personalidade garantido constitucionalmente deve ser resolvido com fulcro na ordem de valores estabelecida pela Lei Fundamental; nesse sentido, há de ser considerada, particularmente, a garantia da inviolabilidade do princípio da dignidade humana consagrada no art. 1º, I.
> (Decisão da Corte Constitucional, vol. 30, p. 173.)

Reconheceu-se, pois, que, embora não houvesse reserva legal expressa, o direito de liberdade artística não fora assegurado de forma ilimitada. A garantia dessa liberdade, como a de outras constitucionalmente asseguradas, não poderia desconsiderar a concepção humana que balizou a Lei Fundamental, isto é, a ideia de homem como personalidade responsável pelo seu próprio destino, que se desenvolve dentro da comunidade social.

O não estabelecimento de expressa reserva legal ao direito de liberdade artística significava que eventuais limitações deveriam decorrer, diretamente, do texto constitucional. Como elemento integrante do sistema de valores dos direitos individuais, o direito de liberdade artística estava subordinado ao princípio da dignidade humana (LF, art. 1º), que, como princípio supremo, estabelece as linhas gerais para os demais direitos individuais. O modelo de ser humano, pressuposto pelo art. 1º, I, da Lei Fundamental, conformaria a garantia constitucional de liberdade artística, assim como esta seria influenciada, diretamente, pela concepção axiológica contida no art. 1º, I.

No caso em apreço, considerou-se que os tribunais não procederam a uma aferição arbitrária dos interesses em conflito, mas, ao revés, procuraram avaliar, de forma cuidadosa, os valores colidentes, contemplando, inclusive a possibilidade de determinar uma proibição limitada do romance (publicação com esclarecimento obrigatório).

Contemple-se, por derradeiro, o chamado *caso Lebach* (*BVerfGE* 35, 202), de 5-6-1973, no qual se discutiu problemática concernente à liberdade de imprensa em face aos direitos de personalidade. Cuidava-se de pedido de medida liminar formulado perante tribunais ordinários por um dos envolvidos em grave homicídio – conhecido o *assassinato de soldados de Lebach – Der Soldatenmord von Lebach* – contra a divulgação de filme, pelo Segundo Canal de Televisão (*Zweites Deutsches Fernsehen – ZDF*), sob a alegação de que, além de lesar os seus direitos de personalidade, a divulgação do filme, no qual era citado nominalmente, dificultava a sua ressocialização. O Tribunal estadual de Mainz e, posteriormente, o Tribunal Superior de Koblenz não acolheram o pedido de liminar, entendendo, fundamentalmente, que o envolvimento no crime fez que o impetrante se tornasse uma personalidade da história recente e que o filme fora concebido como um documentário destinado a apresentar o caso sem qualquer alteração.

Eventual conflito entre a liberdade de imprensa, estabelecida no art. 5º, I, da Lei Fundamental, e os direitos de personalidade do impetrante, principalmente o direito de ressocialização, haveria de ser decidido em favor da divulgação da matéria, que correspondia ao direito de informação sobre tema de inequívoco interesse público.

O recurso constitucional (*Verfassungsbeschwerde*) foi interposto sob alegação de ofensa aos arts. 1º, I (inviolabilidade da dignidade humana), e 2º, I, (...) da Lei Fundamental.

A Corte Constitucional, após examinar o documentário e assegurar o direito de manifestação do Ministério da Justiça, em nome do Governo Federal, do Segundo Canal de Televisão, do Governo do Estado da Renânia do Norte-Vestfália, a propósito do eventual processo de ressocialização do impetrante na sua cidade natal, do Conselho Alemão de Imprensa, da Associação Alemã de Editores, e após ouvir especialistas em execução penal, psicologia social e comunicação, deferiu a medida postulada, proibindo a divulgação do filme, até a decisão do processo principal, se dele constasse referência expressa ao nome do impetrante.

Ressaltou o Tribunal que, ao contrário da expressão literal da lei, o direito à imagem não se limitava à própria imagem, mas também às representações de pessoas com a utilização de atores.

Considerou, inicialmente, o Tribunal que os valores constitucionais em conflito (liberdade de comunicação e os direitos da personalidade) configuram elementos essenciais da ordem democrático-liberal (*freiheitlich demokratische Ordnung*) estabelecida pela Lei Fundamental, de modo que nenhum deles deve ser considerado, em princípio, superior ao outro. Na impossibilidade de uma

compatibilização dos interesses conflitantes, tinha-se de contemplar qual haveria de ceder lugar, no caso concreto, para permitir uma adequada solução da colisão.

Em apertada síntese, concluiu a Corte Constitucional:

> Para a atual divulgação de notícias sobre crimes graves, tem o interesse de informação da opinião pública, em geral, precedência sobre a proteção da personalidade do agente delituoso. Todavia, além de considerar a intangibilidade da esfera íntima, tem-se que levar em conta sempre o princípio da proporcionalidade. Por isso, nem sempre se afigura legítima a designação do autor do crime ou a divulgação de fotos ou imagens ou outros elementos que permitam a sua identificação.
>
> A proteção da personalidade não autoriza que a Televisão se ocupe, fora do âmbito do noticiário sobre a atualidade, com a pessoa e a esfera íntima do autor de um crime, ainda que sob a forma de documentário.
>
> A divulgação posterior de notícias sobre o fato é, em todo caso, ilegítima, se se mostrar apta a provocar danos graves ou adicionais ao autor, especialmente se dificultar a sua reintegração na sociedade. É de se presumir que um programa, que identifica o autor de fato delituoso pouco antes da concessão de seu livramento condicional ou mesmo após a sua soltura, ameaça seriamente o seu processo de reintegração social.

No processo de *ponderação* desenvolvido para solucionar o conflito de direitos individuais, não se deve atribuir primazia absoluta a um ou a outro princípio ou direito. Ao revés, esforça-se o Tribunal para assegurar a aplicação das normas conflitantes, ainda que, no caso concreto, uma delas sofra atenuação. É o que se verificou na decisão acima referida, na qual restou íntegro o direito de noticiar sobre fatos criminosos, ainda que submetido a eventuais restrições exigidas pela proteção do direito de personalidade.

Como demonstrado, a Constituição brasileira, tal como a Constituição alemã, conferiu significado especial aos direitos da personalidade, consagrando o princípio da dignidade humana como postulado essencial da ordem constitucional, estabelecendo a inviolabilidade do direito à honra e à privacidade e fixando que a liberdade de expressão e de informação haveria de observar o disposto na Constituição, especialmente o estabelecido no art. 5º, X.

Faço essas análises, buscando lições do direito comparado, para concluir que **a ordem constitucional de 1988 abre espaço para uma lei de imprensa** instituída para proteger outros princípios constitucionais, especialmente os direitos à honra e à privacidade, enfim, à dignidade humana, assim como para proteção da própria atividade jornalística e de comunicação em geral.

Ressalto, neste ponto, que é extremamente falacioso o argumento, não raras vezes utilizado, de que, em países de democracia desenvolvida, não há leis de imprensa ou de regulação da atividade de imprensa.

Fiz uma breve pesquisa sobre o assunto no direito comparado e apresento a seguir, de forma sucinta, o resultado sobre a presença das leis de imprensa nos diversos ordenamentos jurídicos.

3.2 As leis de imprensa no Direito Comparado

3.2.1 Espanha

Na Espanha, o principal marco jurídico no que diz respeito à imprensa encontra-se na Constituição do país, em seu artigo 20. Esse artigo prevê expressamente a proibição de censura prévia e reconhece amplamente a liberdade de expressão, chamando atenção para as limitações advindas dos direitos à honra, à intimidade, à imagem e à proteção da infância e juventude. A Constituição da Espanha também proíbe o sequestro de publicações, gravações e outros meios de informação, a não ser em virtude de decisão judicial.

No que diz respeito a leis de imprensa na Espanha, cabe rememorar que, em 22 de março de 1938, foi promulgado decreto com clara intenção de reduzir a liberdade de expressão como direito do cidadão, com o manifesto intuito de que a imprensa ficasse a serviço dos interesses do regime de Franco.

A lei de imprensa que a sucedeu, de 18 de março de 1966, surge em novo momento histórico do mencionado regime, quando se pretendia desenvolver a estrutura produtiva daquele país. Buscava-se, portanto, maior legitimação democrática, o que englobava uma suposta ampliação do exercício da liberdade de imprensa.

A lei, no entanto, estabelecia uma série de limitações à liberdade de expressão. Se, por um lado, a nova lei trazia progressos em relação à lei de 1938, reduzindo controles, por outro não deixava de conceder inúmeros poderes à Administração.

A vigência da Lei de Imprensa de 1966 foi mantida mesmo com a morte de Franco. No entanto, a partir da transição política e com a nomeação de Adolfo Suarez para novo presidente, as questões das liberdades públicas tornavam-se tema de ampla discussão. Desse modo, em 1º de abril de 1977, foi aprovado o decreto-lei sobre liberdade de expressão, que derrogava o artigo 2º da Lei de Imprensa, suprimia parcialmente o sequestro administrativo de publicações e gravações e reforçava os instrumentos jurídicos de apuração dos delitos de calúnia e injúria praticados pela imprensa.

A maior parte dos artigos da Lei 14/1966 foram revogados expressamente por leis ou por sentenças do Tribunal Constitucional. Em relação à vigência dos dispositivos que não foram revogados expressamente, a Constituição determina a revogação das disposições que estejam em conflito com o texto constitucional, incluindo aquelas em confronto com as liberdades previstas no artigo 20.

Atualmente, uma série de leis e decretos regulam a atividade da imprensa na Espanha. Destas, podemos destacar a *Ley Orgánica* 2/1984, que regula o direito de retificação (resposta), e a *Ley Orgánica* 2/1997, a qual regula a *cláusula de conciencia* dos profissionais da informação, para que sejam garantidos a independência e o bom desempenho das atividades desses profissionais.

No que diz respeito à lei que trata do **direito de retificação ou de resposta**, o artigo 1º dispõe que "*Toda persona, natural o jurídica, tiene derecho a rectificar la información difundida, por cualquier medio de comunicación social,*

de hechos que le aludan, que considere inexactos y cuya divulgación pueda causarle perjuicio. Podrán ejercitar el derecho de rectificación el perjudicado aludido o su representante y, si hubiese fallecido aquel, sus herederos o los representantes de éstos".

A lei ainda prevê que o direito será exercido mediante o envio da retificação escrita ao diretor do meio de comunicação dentro de sete dias após a publicação ou difusão da informação que gerou o prejuízo. Caso a retificação faça referência direta e exclusiva à informação que fora publicada, o diretor do meio de comunicação deverá publicar ou difundir integralmente a retificação, no prazo de três dias contados a partir do recebimento da resposta. A publicação ou difusão da retificação será gratuita e deverá receber destaque semelhante ao oferecido à publicação da informação.

Ademais, há na Espanha um grande número de normas jurídicas técnicas relacionadas às telecomunicações, à radiodifusão e à televisão. Destas, podemos destacar a Lei 11/1998, conhecida como Lei Geral das Telecomunicações, e a Lei 10/2005, com medidas de promoção da televisão digital terrestre, de liberalização das televisões a cabo e de fomento ao pluralismo.

3.2.2 Portugal

Em Portugal, a Constituição Portuguesa de 1976 voltou a consagrar a liberdade de expressão e informação e a liberdade de imprensa em seus artigos 37 e 38, ao assegurar o fim da censura e a independência dos órgãos de comunicação social.

A Lei de Imprensa, por sua vez, foi editada em 13 de janeiro de 1999, vindo a sofrer alterações em 2003, por meio da Lei 18/2003. A lei traz a definição de imprensa, bem como delimita suas distintas classificações. Ao tratar da questão dos limites à liberdade de imprensa, o artigo 3º dispõe que: "A liberdade de imprensa tem como únicos limites os que decorrem da Constituição e da lei, de forma a salvaguardar o rigor e a objectividade da informação, a garantir os direitos ao bom nome, à reserva da intimidade da vida privada, à imagem e à palavra dos cidadãos e a defender o interesse público e a ordem democrática".

Os artigos 24, 25, 26 e 27 tratam do direito de resposta. Dessa forma, "tem direito de resposta nas publicações periódicas qualquer pessoa singular ou colectiva, organização, serviço ou organismo público, bem como o titular de qualquer órgão ou responsável por estabelecimento público, que tiver sido objecto de referências, ainda que indirectas, que possam afectar a sua reputação e boa fama".

O **direito de retificação ou de resposta**, nesse caso, é independente do procedimento criminal – pelo fato da publicação, bem como do direito à indenização – pelos danos por ela causados. O direito de resposta deve ser exercido no período de trinta dias, caso se trate de diário ou semanário, ou no prazo de sessenta dias, no caso de uma publicação de menor frequência.

Ainda de acordo com a lei de imprensa portuguesa, o conteúdo da resposta está limitado pela relação útil e direta com o texto ou a imagem respondidos.

A publicação da resposta é gratuita e deverá ser feita na mesma seção, com o mesmo destaque da publicação que deu causa à retificação. No caso de o direito de resposta não ter sido satisfeito ou houver sido recusado sem fundamento, o interessado poderá recorrer ao Tribunal Judicial ou à Entidade Reguladora para a Comunicação Social no prazo de 10 dias para requerer a publicação.

A Lei de Imprensa ainda trata de alguns crimes, como o atentado à liberdade de expressão (artigo 33º), e dos requisitos das publicações (artigo 15º), da transparência da propriedade referente às empresas jornalísticas (artigo 16º), do estatuto editorial (artigo 17º) e da organização das empresas jornalísticas (Capítulo IV).

Em 8 de novembro de 2005, a Lei 53/2005 criou a Entidade Reguladora para a Comunicação Social (ERC). Assim, agências de notícias, pessoas que editem publicações periódicas, operadores de rádio e televisão, entre outros estão sujeitos à intervenção e à supervisão do conselho regulador. Entre os principais objetivos da regulação encontram-se a promoção do pluralismo cultural e da diversidade de expressão, a garantia da livre difusão e do livre acesso aos conteúdos, a garantia do exercício da responsabilidade editorial perante o público e a proteção dos direitos de personalidade.

Portugal também apresenta legislação técnica específica para rádio e televisão, como é o caso da Lei 32/2003, de Televisão, que regula o acesso da atividade de televisão e o seu exercício no país, e a Lei 4/2001, que trata da Radiodifusão.

3.2.3 México

A Constituição dos Estados Unidos Mexicanos trata, em seus artigos 6º e 7º, dos parâmetros que regem a imprensa do México. O artigo 6º prevê que "*la manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque a la moral, los derechos de tercero, provoque algún delito, o perturbe el orden público; el derecho de réplica será ejercido en los términos dispuestos por la ley. El derecho a la información será garantizado por el Estado*. O artigo 7º, por sua vez, prevê que nenhuma autoridade poderá estabelecer censura prévia nem poderá cercear a liberdade de imprensa.

Nesse sentido, a *Ley sobre Delitos de Imprenta*, de 12 de abril de 1917, expõe os conceitos de ataque à vida privada, à moral, à ordem e à paz pública e indica as penas para aqueles que cometerem tais ofensas. Dessa forma, quaisquer manifestações que possam atingir a reputação e a honra de um determinado cidadão, que façam apologia ao crime e que ofendam a privacidade são vedadas e, por tal motivo, representam limites à liberdade de imprensa.

Alguns conceitos previstos na lei, como "moral", são extremamente abertos e amplos e estão sujeitos a diversas interpretações. A Jurisprudência do país, entretanto, tem trabalhado no sentido de interpretar os termos da lei de 1917 de acordo com o atual contexto político, social e jurídico mexicano.

O **direito de retificação**, também chamado de **direito de réplica ou de resposta**, não foi contemplado pela Constituição mexicana. No entanto, esse direito integra o ordenamento jurídico nacional, uma vez que está previsto na

Convenção Americana de Direitos Humanos, em seu artigo 14, e na lei de 1917, sobre delitos de imprensa, em seu artigo 27:

> *Los periódicos tendrán la obligación de publicar gratuitamente las rectificaciones o respuestas que las autoridades, empleados o particulares quieran dar a las alusiones que se les hagan en artículos, editoriales, párrafos, reportazgo o entrevistas, siempre que la respuesta se dé dentro de los ocho días siguientes a la publicación que no sea mayor su extensión del triple del párrafo o artículo em que se contenga la alusión que se contesta, tratándose de autoridades, o del doble, tratándose de particulares; que no se usen injurias o expresiones contrarias al decoro del periodista, que no haya ataques a terceras personas y que no se cometa alguna infracción de la presente ley*.

O México possui leis e regulamentações específicas de radiodifusão e televisão, como a Lei Federal de Rádio e Televisão, de 1960, reformada pela última vez em 2006, e a Lei Federal de Telecomunicações, 1995, reformada em 2006.

3.2.4 Reino Unido

No âmbito do Reino Unido, encontramos o *Human Rights Act*, de 1998, que trata expressamente da liberdade de expressão no artigo 12.

Ressalte-se que, no Reino Unido, desde 1972, assentou-se a prevalência não só das normas comunitárias, como da própria Convenção Europeia sobre Direitos Humanos sobre o ordenamento interno ordinário, confirmado pela *House of Lords* no famoso caso *Factortame Ltd. V. Secretary of State for Transport* (93 ILR, p. 652).

O *European Communities Act*, de 1972, atribuiu ao direito comunitário europeu hierarquia superior em face de leis formais aprovadas pelo Parlamento (TOMUSCHAT, Christian. *Das Bundesverfassungsgericht im Kreise anderer nationaler Verfassungsgerichte, in Peter Badura e Horst Dreier (org.), Festschritft 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, 2001, Tübingen, Mohr-Siebeck,* v. *1,* p. 249).

Em 2002, com a publicação do *Communications Bill*, foi criado o *Office for Communications* (OFCOM), órgão regulador das Telecomunicações que substituiu outros cinco órgãos reguladores.

Uma série de atos do Parlamento regulamenta a atividade de mídia no país. Entre eles, podem ser destacados o *British Telecommunication Act*, de 1981, e o *Broadcasting Act*, de 1990.

O *Broadcasting Act* faz referência ao material difamatório utilizado em publicações. Nesse caso, o ato do Parlamento nos remete a outro ato, o *Defamation Act*, de 1996, que trata da responsabilidade pela publicação de determinado conteúdo difamatório. Essa legislação cuida especificamente do **direito de retificação** e delimita o procedimento a ser adotado em tal situação.

3.2.5 França

Na França, a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1789, estabelece, em seu artigo 11, que a livre comunicação de pensamentos e opiniões

é um dos mais preciosos direitos do homem: todos os cidadãos podem, portanto, falar, escrever e imprimir livremente.

A lei sobre a liberdade de imprensa francesa data de 1881 (*Loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse*). Já em seu artigo 5º assegura o direito de publicação de revista ou jornal sem necessidade de permissão ou depósito, sendo necessário apenas o registro do responsável pela publicação perante o procurador da república (artigo 7º). Não obstante, essa mesma lei limita a liberdade de expressão em diversas situações: para proteção da intimidade da família (artigo 39), do menor (artigo 39, *bis*), da imagem de pessoas que foram vítimas de violência (artigo 39, *quinquies*). Admite-se a aplicação de punição *ex officio* pela Administração quando houver calúnia ou difamação contra uma pessoa ou grupo de pessoas em razão da sua origem ou de pertencer a uma etnia, nação, raça ou religião, ou devido a sexo, orientação sexual ou deficiência (artigo 6º). De igual modo, não são tolerados o racismo, a apologia à guerra, a desonra da memória dos veteranos e vítimas de guerra que lutaram em favor da França (artigos 48-1, 48-2 e 48-3). O artigo 48, parágrafo 7º, da referida lei admite a instauração de processo em razão da simples divulgação pela imprensa de imagem de pessoa usando algemas.

O tema ainda é regulamentado pela Lei de Liberdade de Comunicação, de 1986 (*Loi n. 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication "Loi Léotard"*), que garante a liberdade da comunicação por meios eletrônicos. Segundo a lei, essa liberdade será limitada, na medida do necessário, pelo respeito à dignidade humana, à liberdade, à propriedade, ao caráter pluralista da expressão corrente de pensamento e de opinião e à proteção da infância e da adolescência, por meio da salvaguarda da ordem pública, pelas necessidades de defesa nacional, pelas exigências de serviço público, pelas limitações técnicas inerentes aos meios de comunicação, bem como pela necessidade desenvolver a produção dos serviços audiovisuais. **Essa lei estabeleceu o *Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA)*, entidade que visa a garantir a independência e a imparcialidade do setor público de rádio e televisão, bem como a promover a livre concorrência no setor privado**. O *Conseil* também busca assegurar a qualidade e a diversidade dos programas e o desenvolvimento da produção e da criação audiovisual nacional, garantindo que haja representação da língua e cultura francesas. Nesse sentido, o artigo 27, parágrafo 2º, determina que pelo menos 60% das obras cinematográficas e audiovisuais divulgadas em horário nobre sejam de procedência europeia, das quais 40% deverão ser obras francesas.

O *Conseil* é formado por nove membros, com mandato de seis anos, não renovável. A Presidência da República, a Assembleia Nacional e o Senado indicam três conselheiros cada um. Suas decisões são de natureza regulamentar e necessitam de aprovação do Primeiro-Ministro, que tem um prazo de quinze dias para pedir uma nova deliberação (artigo 6º).

3.2.6 Chile

No Chile, a Lei 19.733, promulgada em 18-5-2001, regulamenta a liberdade de imprensa, garantindo a liberdade de opinião e de informação sem

censura prévia como um direito fundamental (artigo 1º). É vedada a perseguição ou discriminação por causa de divergência de pontos de vista, havendo o dever de prestar contas sobre crimes e abusos cometidos. Seu artigo 3º garante o pluralismo do sistema de informações, que deverá favorecer a expressão da diversidade social, cultural, política e regional do país.

É garantido a qualquer pessoa natural ou jurídica que tiver sido ofendida injustamente por algum meio de comunicação o direito de difusão gratuita de retificação ou esclarecimento gratuito (artigo 16).

Há previsão de multa em caso de promoção de ódio ou hostilidade com relação a pessoas ou coletividades em razão de raça, sexo, religião ou nacionalidade (artigo 31). É proibida, também, a divulgação da identidade de menores de idade que sejam autores, cúmplices ou partícipes de delitos (artigo 33).

3.2.7 Peru

A Lei 26.937, que cuida da liberdade de imprensa peruana, é bastante sucinta, com apenas quatro artigos. Em seu artigo 1º, garante a toda pessoa o direito de livre expressão do pensamento. **Quanto ao exercício do jornalismo, por exemplo, não se exige registro algum para o exercício da profissão (artigo 3º).**

3.2.8 Uruguai

No Uruguai, a Lei 16.099 garante a liberdade de expressão e comunicação de pensamentos e opiniões, que será exercida nos limites legais e constitucionais (artigos 1 a 3). Seu artigo 19 criminaliza a divulgação de notícias falsas que ocasionem grave alteração à tranquilidade pública ou grave prejuízo aos interesses econômicos do Estado ou a seu crédito exterior, bem como a instigação ao vilipêndio da Nação. O artigo 21 penaliza com multa os que publicarem ou difundirem informações relacionadas a processos judiciais de família ou de delitos contra o pudor e a decência.

3.2.9 Alemanha

Na Alemanha, a Lei Fundamental de Bonn, de 1949, confere aos *Länder* a competência legislativa em matéria de imprensa. A partir de 1958 apareceram as primeiras leis de imprensa de cada estado, sendo a primeira de Hesse, a qual serviu de modelo para as demais.

No plano federal, há um **interessante sistema de autorregulação** e **autocontrole** da imprensa, cujo órgão principal é o **Conselho de Imprensa Alemão**, criado em 1956 e composto por associações de editores e jornalistas da Alemanha. Estabeleceu-se, nesse sistema, um conjunto de princípios que devem ser respeitados pela imprensa, denominado *Pressekodex*.

Entre os princípios estabelecidos pelo *Pressekodex* estão: liberdade e independência da imprensa (preâmbulo); proteger e respeitar a dignidade humana (artigo 1º); respeitar a intimidade e a privacidade (artigo 8º); realizar pesquisa aprofundada e justa (artigo 4º); separar claramente o editorial do texto dos anúncios comerciais (artigo 7º); proteger a honra (artigo 9º); evitar retrato

sensacionalista da violência e da brutalidade (artigo 11); e presunção de inocência de pessoas que estejam sob investigação (artigo 13).

O *Pressekodex* determina, ainda, que jornalistas e editores não podem exercer atividade diversa que coloque em questão a credibilidade da imprensa (artigo 6º). A discriminação por sexo, deficiência, origem étnica, religiosa ou social também não é permitida (artigo 12). Nesse sentido, o código define, inclusive, que deve ser evitada a menção da origem religiosa, social e/ou étnica do criminoso, de modo a evitar o surgimento de preconceitos.

O **Conselho de Imprensa Alemão** é responsável por verificar se os princípios estabelecidos pelo *Pressekodex* estão sendo obedecidos pela imprensa e por receber reclamações e denúncias da população com relação às publicações de jornais, revistas e textos jornalísticos publicados na internet.

Além do *Pressekodex*, na Alemanha firmou-se tratado interestadual, em 31 de agosto de 1991, o *Staatsvertrag für Rundfunk und Telemedien*, que regulamenta a radiodifusão e os meios eletrônicos de comunicação.

Essas atividades são reguladas com base em alguns princípios: proteger e respeitar a dignidade humana; respeitar a vida e a liberdade; respeitar a diversidade de crenças e opiniões; respeitar as diversas convicções morais e religiosas (artigo 3º); promover a solidariedade e trabalhar por uma sociedade sem discriminações (artigo 41).

O tratado dispõe, ainda, sobre algumas limitações às atividades de radiodifusão e telecomunicação. O artigo 7º, por exemplo, proíbe a utilização de técnicas subliminares nas publicidades, bem como a propaganda política, ideológica e religiosa. O artigo 15 não permite a interrupção de programas religiosos e infantis para a veiculação de publicidade ou *teleshopping*. Os artigos 24 e 47 protegem os dados pessoais.

O artigo 49 do *Staatsvertrag für Rundfunk und Telemedien* arrola as infrações administrativas decorrentes da desobediência de seus dispositivos. A penalidade aplicada a essas infrações é multa cujo valor varia de 50.000 euros a 500.000 euros, de acordo com a ofensa cometida.

Ressalte-se o artigo 56, que protege o **direito de resposta** daquele que foi afetado por alguma publicação. A resposta deve ser publicada sem cobrança à pessoa afetada, sem alterações e omissões no texto, e deve possuir extensão semelhante ao artigo a ser respondido.

Por fim, merece destaque igualmente o *Staatsvertrag über den Schutz der Menschenwürde und den Jugendschutz in Rundfunk und Telemedien*, cujo objetivo é proteger as crianças e os adolescentes, bem como a dignidade da pessoa humana contra os meios eletrônicos de informação e comunicação.

O artigo 4º estabelece a proibição da abordagem de determinados temas e conteúdos: a utilização de insígnias de organizações proibidas pela Constituição; a discriminação por nacionalidade, raça, religião e etnia; a negação ou a dimi-

nuição dos atos cometidos pelo Nacional Socialismo; glorificação da guerra, pornografia e atos de abuso sexual contra crianças e adolescentes.

O tratado em questão instituiu a *Kommission für Jugendmedienschutz* (artigo 14), a qual deve, entre outras funções, garantir que as provisões prescritas no tratado estejam sendo devidamente respeitadas. A Comissão está autorizada a atuar *ex officio* (artigo 17) e a aplicar multas em caso de prática de ofensas administrativas, que estão previstas no artigo 24.

3.3 As leis de imprensa no Brasil

Como se vê nesse breve relato, as leis de imprensa ou as leis reguladoras dos meios de comunicação de maneira alguma são incompatíveis com a democracia ou com o Estado Democrático de Direito. Nossa ordem constitucional, instituída em 1988, permite, sim, a regulação da imprensa, e isso vem da interpretação do próprio art. 220 da Constituição.

Seria exacerbado otimismo pretender que o texto constitucional fosse suficiente na regulação da atividade dos meios de comunicação em geral. Mesmo a existência das normas da legislação civil, penal e processual não seria bastante para o tratamento adequado do assunto. Temas como o direito de resposta, por exemplo, ficariam sem regulamentação específica, o que poderia ser extremamente danoso não só aos indivíduos, mas aos próprios meios de comunicação.

É certo, por outro lado, que a já difundida oposição à lei específica da imprensa é decorrente, em grande parte, de uma cultura e de uma prática jurídica formadas no Brasil em torno de uma sucessão de leis voltadas muito mais à repressão e à censura do que à liberdade da imprensa.

No Brasil, como já abordado anteriormente, todas as Constituições, com exceção da atual Carta de 1988, previram expressamente a possibilidade da lei restritiva da liberdade de imprensa (Constituição de 1824, art. 179, IV; Constituição de 1891, art. 72, § 12; Constituição de 1934, art. 113, 9; Constituição de 1937, art. 122, 15; Constituição de 1946, art. 141, § 5º; Constituição de 1967/1969, art. 153, § 8º). Sob todas essas ordens constitucionais, o legislador tratou de regular o tema da imprensa, sempre com algum intuito de controlar e, dessa forma, de censurar a atividade dos meios de comunicação (Carta de Lei de 20 de setembro de 1830; Decreto 4.269, de 17 de janeiro de 1921; Lei 4.743, de 31 de outubro de 1923; Decreto 24.776, de 14 de julho de 1934; Lei 2.083, de 12 de novembro de 1953).

Esse entendimento está bem demonstrado na Exposição de Motivos ao Anteprojeto da Lei de Imprensa elaborado pela comissão de juristas presidida pelo Ministro Evandro Lins e Silva e constituída pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (*Diário do Congresso Nacional* (Seção II), 14 de agosto de 1991, p. 4765):

> (...)
> 6. A história dos diplomas legais brasileiros demonstra a inclinação para destacar os abusos cometidos através da imprensa e não as liberdades que as devem

identificar. Bem a propósito vem o Decreto de 18 de junho de 1822, com a rubrica do Príncipe Regente e o texto de José Bonifácio de Andrada e Silva, que alertava sobre a necessidade de atuação da "suprema lei de salvação pública" para evitar que "ou pela imprensa, ou verbalmente ou de qualquer outra maneira propaguem e publiquem os inimigos da ordem e da tranquilidade e da união, doutrinas incendiárias e subversivas, princípios desorganizadores e dissociáveis, que promovendo a anarquia e a licença, ataquem o sistema que os povos deste grande riquíssimo Reino, por sua própria vontade escolheram, abraçaram e requereram (...)".

Embora a ressalva do aludido decreto no sentido de não ofender "a liberdade bem-entendida da imprensa que desejo sustentar e conservar, e que tantos bens tem feito à causa sagrada da liberdade brasílica", a vontade do poder e a situação política e institucional do Brasil daqueles tempos já estavam a conjurar contra a proclamada liberdade.

7. Se no crepúsculo da Colônia que se aludia às doutrinas "incendiárias e subversivas" espalhadas pela imprensa ou mesmo verbalmente, no início do período imperial não se modificaram critérios, e os meios de repressão. A Carta de Lei de 2 de outubro de 1823, decretada pela Assembleia Geral Constituinte e Legislativa, após declarar em seu primeiro artigo que "nenhum escrito, de qualquer qualidade, volume ou denominação, são sujeitos à censura, nem antes, nem depois de impressos", hostilizava, logo em seguida, aquela **petição de princípios** ao punir todos que negassem a verdade dos dogmas da religião católica romana; defendessem dogmas falsos; excitassem o povo à rebelião tanto por ação direta quando por meios indiretos "fazendo alegorias, espalhando desconfianças" ou atacassem a forma de Governo, a moral cristã ou os bons costumes. O elenco de discriminações e restrições tinha como vertente a concepção autoritária em torno dos crimes políticos e religiosos.

8. A contradição entre a proclamação otimista dos primeiros dispositivos e os textos imediatos das leis de imprensa em nosso País, assumiu conformação rotineira. A propósito, basta a simples leitura dos seguintes diplomas: Carta de Lei de 20 de setembro 1830; Decreto n. 4.269, de 17 de janeiro de 1921; Lei n. 4.743, de 31 de outubro de 1923; Decreto n. 24.776, de 14 de julho de 1934; Lei n. 2.083, de 12 de novembro de 1953 e Lei n. 5.250, de 9 de fevereiro de 1967.

O art. 1º e seu § 1º do diploma em vigor constituem o modelo bem ilustrativo desse descompasso entre a retórica e o factual: "É livre a manifestação do pensamento e a procura, o recebimento e a difusão de informações ou ideias, por qualquer meio, e sem dependência de censuras, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer". "§ 1º Não será tolerada a propaganda de guerra, de processos de subversão da ordem política e social e de preconceitos de raça ou classe".

Finalmente, vale a lembrança da crítica desferida por Afonso Arinos de Melo Franco ao apreciar o Projeto do Governo n. 1.943, de 1956, sobre a nova lei de imprensa.

Referindo-se a um dispositivo do "famigerado projeto" comparou-o à obtusa e férrea legislação bragantina e destacou a inconstitucionalidade da suspensão do jornal por prazos variáveis assim como a lei de Dom João VI fazia suspender a publicação até as necessárias correções introduzidas pelo censor (**Pela Liberdade de Imprensa**, Livraria José Olympio Editora, Rio de Janeiro, 1957, p. 121).

9. É compreensível que a sucessão histórica do contraste entre a declaração de liberdade e a institucionalização da censura, produzisse nos espíritos mais prevenidos a natural resistência contra as chamadas **leis de imprensa**.

> Não é estranhável, portanto, essa compreensão do problema, se reconhecermos que a história da lei de imprensa em nosso País é a história da censura oficial. Esta conclusão torna-se mais óbvia quando se constata a grande intimidade entre a legislação que reprime os abusos da liberdade de informação e as leis que cuidam das infrações políticas. Leis de imprensa e leis de segurança nacional foram concebidas e utilizadas como vasos comunicantes dos regimes autoritários de governo e das práticas opressoras do Estado. Daí, então, a compreensível oposição à existência de uma lei especial para tornar efetiva a liberdade de informação e assegurar a sua prática, além de criminalizar aquelas condutas que se opõem a este bem jurídico.

A Lei 5.250, de 1967, não destoa dessa tendência repressiva do Estado brasileiro em relação à liberdade de imprensa. A atual Lei de Imprensa, não se pode negar, é, como afirma o Ministro Carlos Britto, "servil do regime de exceção"; ela, de fato, está impregnada de um espírito autoritário.

É preciso ponderar, por outro lado, que a Lei 5.250/1967 há muito vem sendo objeto de depuração por parte de juízes e tribunais e a maioria de seus dispositivos de cunho autoritário não têm recebido aplicação nos casos concretos. Destaca-se, nesse sentido, editorial publicado na *Folha de São Paulo* em 30 de março de 2008, com a seguinte passagem:

> A Lei de Imprensa deixou de ser a principal ameaça à liberdade de expressão no Brasil. Criada por uma ditadura, seu objetivo central era controlar a informação pela coação legal, imposta a veículos e profissionais. Nem todos os 33 artigos do código de 1967, entretanto, correspondiam a pressupostos de tutela. Os dispositivos mais autoritários da Lei de Imprensa passaram a ser ignorados nos Tribunais a partir da redemocratização de 1985. O que restou do diploma hoje propicia alguma segurança jurídica a cidadãos, empresas e jornalistas, sem ameaçar direitos fundamentais.

Atestada a exigência constitucional de uma lei específica para regular o tema da liberdade de imprensa, só resta concluir que, enquanto não for editada uma nova lei sobre o assunto – existem diversos projetos de lei em tramitação no Congresso, entre os quais o de maior importância é o de número 3.232, de 1992 –, a Lei 5.250/1967 continua sendo uma garantia da própria liberdade de imprensa e de direitos fundamentais como a honra, a imagem, a privacidade e a própria dignidade. Em face do poder e do abuso do poder da imprensa, é inegável que a lei, ao dispor sobre normas de organização e procedimento para o exercício do direito de resposta, por exemplo, constitui uma garantia do indivíduo e dos próprios meios de comunicação contra o poder e o abuso do poder da imprensa. É o que será analisado nos tópicos seguintes.

3.4 O poder e o abuso do poder da imprensa

O poder da imprensa é hoje quase incomensurável. Se a liberdade de imprensa, como antes analisado, nasceu e se desenvolveu como um direito em face do Estado, uma garantia constitucional de proteção de esferas de liberdade individual e social contra o poder político, hodiernamente talvez a imprensa represente um poder social tão grande e inquietante quanto o poder estatal. É extremamente coerente, nesse sentido, a assertiva de Ossenbühl quando escreve

que **"hoje não são tanto os media que têm de defender a sua posição contra o Estado, mas, inversamente, é o Estado que tem de acautelar-se para não ser cercado, isto é, manipulado pelos media"** (Apud ANDRADE, Manuel da Costa. *Liberdade de Imprensa e inviolabilidade pessoal*: *uma perspectiva jurídico-criminal*. Coimbra: Coimbra, 1996, p. 63).

Nesse mesmo sentido são as ponderações de Vital Moreira:

> No princípio a liberdade de imprensa era manifestação da liberdade individual de expressão e opinião. Do que se tratava era de assegurar a *liberdade da imprensa* face ao Estado. No entendimento liberal clássico, a liberdade de criação de jornais e a competição entre eles asseguravam a verdade e o pluralismo da informação e proporcionavam veículos de expressão por via da imprensa a todas as correntes e pontos de vista.
>
> Mas em breve se revelou que a imprensa era também um *poder social*, que podia afetar os direitos dos particulares, quanto ao seu bom nome, reputação, imagem, etc. Em segundo lugar, a liberdade de imprensa tornou-se cada vez menos uma faculdade individual de todos, passando a ser cada vez mais um poder de poucos. Hoje em dia, os meios de comunicação de massa já não são expressão da liberdade e autonomia individual dos cidadãos, antes relevam os interesses comerciais ou ideológicos de grandes organizações empresariais, institucionais ou de grupos de interesse.
>
> Agora torna-se necessário defender não só a liberdade *da imprensa* mas também a liberdade *face à imprensa*.
>
> (MOREIRA, Vital. *O direito de resposta na Comunicação Social*. Coimbra: Coimbra, 1994, p. 9.)

O pensamento é complementado por Manuel da Costa Andrade, nos seguintes termos:

> Resumidamente, as empresas de comunicação social integram, hoje, não raro, grupos econômicos de grande escala, assentes numa dinâmica de concentração e apostados no domínio vertical e horizontal de mercados cada vez mais alargados. Mesmo quando tal não acontece, o exercício da atividade jornalística está invariavelmente associado à mobilização de recursos e investimentos de peso considerável. O que, se por um lado resulta em ganhos indisfarçáveis de poder, redunda ao mesmo tempo na submissão a uma lógica orientada para valores de racionalidade econômica. Tudo com reflexos decisivos em três direções: na direção do poder político, da atividade jornalística e das pessoas concretas atingidas (na honra, privacidade/intimidade, palavra ou imagem).
>
> (Op. cit., p. 62.)

É compreensível, assim, que o exercício desse poder social muitas vezes acabe por ser realizado de forma abusiva. É tênue a linha que separa a atividade regular de informação e transmissão de opiniões do ato violador de direitos da personalidade. E os efeitos do abuso do poder da imprensa são praticamente devastadores e de dificílima reparação total. Mais uma vez citem-se as sensatas palavras de Ossenbühl sobre os efeitos perversos e muitas vezes irreversíveis do uso abusivo do poder da imprensa:

> **Numa inextricável mistura de afirmações de fato e de juízos de valor, ele (indivíduo) vê a sua vida, a sua família, as suas atitudes interiores dissecadas perante a nação. No fim ele estará civicamente morto, vítima de assassínio da honra (*Rufmord*). Mesmo quando estas consequências não são atingidas, a verdade é que a imprensa moderna pode figurar como a continuadora direta da tortura medieval. Em qualquer dos casos, é irrecusável o seu *efeito-de-pelourinho*.**
> (Apud ANDRADE, Manuel da Costa. *Liberdade de imprensa e inviolabilidade pessoal*: *uma perspectiva jurídico-criminal*. Coimbra: Coimbra, 1996. p. 63.)

No Estado Democrático de Direito, a proteção da liberdade de imprensa também leva em conta a proteção contra a própria imprensa. A Constituição assegura as liberdades de expressão e de informação sem permitir violações à honra, à intimidade, à dignidade humana. A ordem constitucional não apenas garante à imprensa um amplo espaço de liberdade de atuação; ela também protege o indivíduo em face do poder social da imprensa. E não se deixe de considerar, igualmente, que a liberdade de imprensa também pode ser danosa à própria liberdade de imprensa. Como bem assevera Manuel da Costa Andrade, "num mundo cada vez mais dependente da informação e condicionado pela sua circulação, também os eventos relacionados com a vida da própria imprensa e dos seus agentes (empresários, jornalistas, métodos e processos de trabalho, etc.) constituem matéria interessante e recorrente de notícia, análise e mesmo crítica. O que pode contender com o segredo, a privacidade, a intimidade, a honra, a palavra ou a imagem das pessoas concretamente envolvidas e pertinentes à área da comunicação social" (op. cit., p. 59).

Essa perspectiva de análise não pode ser menosprezada. A garantia dos direitos fundamentais não ocorre apenas em face do Estado, mas também em relação ao poder privado. A Segunda Turma desta Corte já teve oportunidade de deixar consignado que "as violações a direitos fundamentais não ocorrem somente no âmbito das relações entre o cidadão e o Estado, mas igualmente nas relações travadas entre pessoas físicas e jurídicas de direito privado. Assim, os direitos fundamentais assegurados pela Constituição vinculam diretamente não apenas os poderes públicos, estando direcionados também à proteção dos particulares em face dos poderes privados" (RE 201.819/RJ, Rel. p/ o ac. Ministro Gilmar Mendes).

Portanto, no debate a respeito da garantia da liberdade de imprensa no Estado Democrático de Direito, as discussões não podem ser restritas à proteção do espaço de liberdade dos meios de comunicação contra o Estado. Nos dizeres de Manuel da Costa Andrade, é preciso "uma redefinição do paradigma de proteção constitucional da liberdade de imprensa: uma proteção atenta não só às ameaças que vêm do lado do poder político, mas também às que sopram do lado do *private power"* (op. cit., p. 64).

Nos infindáveis debates que se produziram, tanto no direito comparado como no Brasil, a respeito da denominada *Drittwirkung der Grundrechte* (eficácia entre terceiros dos direitos fundamentais), parece haver certo consenso

sobre o papel primordial do legislador na devida equação dos conflitos entre direitos nas relações privadas.

A lei, nesse ponto, cumpre o fundamental papel de proteção da liberdade de imprensa em seu duplo significado, como direito subjetivo e como princípio objetivo ou garantia institucional. Assegura o exercício da liberdade de imprensa não só contra Estado, mas também em face da própria imprensa. É tarefa da lei, acima de tudo, proteger o indivíduo contra o abuso do poder da imprensa.

São muitos os casos conhecidos que podem ser qualificados como exercício abusivo do poder da imprensa. No tópico seguinte, traz-se como exemplo um caso emblemático.

3.4.1 O emblemático caso da Escola de Base

Em 28 de março do ano de 1994, a mídia brasileira divulgou uma série de matérias referentes a um suposto crime de abuso sexual praticado contra alunos da Escola Base, no bairro da Aclimação, na cidade de São Paulo. Os acusados eram os donos da escola, Icushiro Shimada e sua esposa, Aparecida Shimada, bem como o casal de sócios Paula e Maurício Alvarenga e o casal de pais Saulo da Costa Nunes e Mara Cristina França.

O resultado do exame do Instituto Médico Legal (IML) foi inconclusivo, e as lesões encontradas poderiam ser atribuídas tanto a violência sexual como a problemas intestinais. A investigação sobre o caso foi capaz de afastar todas as suspeitas.

Se os veículos da mídia não explicitavam sua parcialidade, ao menos produziam manchetes sensacionalistas que colaboraram para a execração pública dos donos e sócios da escola.

A matéria do dia 31 de março do *Jornal Nacional* sugeriu o provável consumo de drogas durante supostas orgias, bem como a possibilidade de contágio com o vírus HIV.

O jornal *Notícias Populares*, hoje extinto, trazia manchetes sensacionalistas como "Kombi era motel na escolinha do sexo" e "exame procura a AIDS nos alunos da escolinha do sexo".

No caso da *Veja*, em 6 de abril de 1994, foi publicada uma matéria com o título "Uma escola de horrores". Na edição do dia 13 de abril, foi publicada matéria sobre abusos sexuais contra crianças, com a seguinte referência ao caso: "Joseane, sozinha, remoía as cenas que vira hora antes na televisão sobre o caso paulista da Escola Base, palco de orgias sexuais envolvendo alunos de 4 anos de idade".

A divulgação das informações das denúncias provocou saques à escola e depredação de suas instalações. Na época, houve a prisão preventiva dos donos da escola, que posteriormente foram libertados. Os donos faliram e foram ameaçados de morte por telefonemas anônimos. O inquérito, ao final, foi arquivado por falta de provas.

Alguns veículos da imprensa, como a revista *Veja*, a *Folha da Tarde*, a *Folha de São Paulo*, o *Estado de São Paulo* e a *Rede Globo*, publicaram matérias desculpando-se pelos erros cometidos e divulgaram entrevistas com os inocentados. Entretanto, apesar do juízo de retratação, nenhum deles esclareceu perfeitamente o ocorrido.

Foram propostas várias ações de indenização contra os veículos de comunicação que publicaram as reportagens.

O processo contra a Editora Abril S.A., que edita a revista *Veja*, foi julgado procedente, condenando a editora a pagar R$ 250 mil a cada um dos autores. Também foi julgado procedente o processo contra a Empresa Folha da Manhã S.A. – que edita a *Folha de São Paulo* e era responsável ainda pela *Folha da Tarde* e pelo *Notícias Populares* –, condenada a pagar 1.500 salários mínimos, ou seja, R$ 360 mil a cada um dos três autores.

O jornalista Alex Ribeiro realizou pesquisa aprofundada, na qual ouviu todas as pessoas envolvidas no caso, exceto as mães que fizeram as denúncias, que se recusaram a falar. A pesquisa resultou na publicação do livro *O caso Escola Base*: *os abusos da imprensa*.

O autor assim descreveu a atuação da imprensa durante a investigação do caso:

> Os jornais, portanto, aceitavam publicar qualquer denúncia, mesmo de pessoas não identificadas. A imprensa não era mais movida pelo *animus narrandi*, ou intenção de narra. O que estava mais do que presente era o *animus denunciandi*, ou compulsão por denunciar. Essa prática é chamada também de "denuncismo".
>
> Em *O Estado de S. Paulo*, a matéria aparece sem crédito:
>
> *[...] A mulher (mãe de R.) contou ter recebido um folheto de uma outra escola. Ao ver o papel, seu filho perguntou o que era aquilo, e, ao responder, o menino indagou: "Será que esta escola dá aula de educação especial como a minha?" A mãe quis saber como era a aula. R. respondeu que uma professora, de nome Célia, o obrigou a tirar a roupa, tocou nele, enquanto o beijava. Ele contou que um "tio" ajudou na aula.*
>
> Marcelo Godoy, da *Folha de S. Paulo*, trazia outros detalhes:
>
> *[...] A mãe perguntou para o filho (C.) que aulas eram essas. O menino disse: "a tia Célia pegava meu pipi e beijava e dizia que era para ele ficar grande como o do tio".*
>
> Mais uma vez, o que os jornalistas publicaram nunca se confirmaria no inquérito policial. E novamente os leitores ficaram sem nenhuma satisfação posterior.
>
> A cobertura na mídia impressa começava a entrar no ritmo sensacionalista da televisão. A manchete da *Folha da Tarde* de quinta-feira já aceitava denúncias como fatos verdadeiros: "*Perua escolar carregava crianças para orgia*".
>
> (...)
>
> Nos primeiros dias de abril, circulou *Clipping* do *Estadão*, tablóide com o resumo das principais notícias de cada mês. Em papel de boa qualidade, feito para colecionar, o suplemento assumia as denúncias como fatos verdadeiros: "*Crianças sofrem abuso na escola*".
>
> A matéria dispensava o verbo no futuro do pretérito:

> *[...] Os donos da escola usavam a Kombi da própria escola para levar alunos de 4 a 6 anos a um local onde eles presenciavam relações sexuais e eram fotografados e filmados*.[4]

Alex Ribeiro destaca, ainda, reportagem da Rede Globo na qual se evidencia ofensa aos acusados, bem como a incriminação deles:

> Repórter: *[...] mas a covardia dos criminosos pode ter sido ainda maior. Os exames vão revelar se há vestígio de algum tipo de tóxico na urina do garoto. A suspeita de que eles possam ter ingerido drogas partiu dos próprios pais, assustados com a mudança de comportamento dos filhos*.[5]

No último capítulo do livro, o jornalista conclui:

> O exemplo da Escola Base prova que a simples retratação não corrige danos morais causados pela publicação de informações incorretas. São, consequentemente, prejuízos irreversíveis. Por isso, o episódio virou objeto de reflexão entre jornalistas experientes e teóricos em comunicação.
>
> (...)
>
> Eugênio Bucci, no artigo "Imprensa promoveu guerra santa", publicado em *O Estado de S. Paulo*, assinala que a televisão e os meios de comunicação são responsáveis diretos pelos estragos, pois potenciaram a reação moralista e glorificaram a condenação precipitada. Segundo Bucci, a mídia mobilizou os telespectadores para um linchamento moral, uma guerra santa contra os "*depravados*".
>
> "*Quando se divulgaram as conclusões do inquérito, alguns telejornais se lamentaram pela cobertura imprópria que toda a história mereceu*", destaca Bucci, que prossegue: "*Tarde demais. A violência está consumada. Não contra os alunos, mas contra os acusados*."
>
> O *Estado de S. Paulo* abriu espaço para outros artigos, como "Assassinato pela mídia", de Carlos Alberto Di Franco, chefe do Departamento de Jornalismo e professor titular de Ética Jornalística da Faculdade Cásper Líbero.
>
> "*Mesmo que a imprensa, num formidável esforço de reparação, conseguisse limpar o entulho esparramado pelos corredores da Escola Base, a reputação dos protagonistas já teria sofrido um abalo irreparável*", alerta Di Franco. "*Há uma evidente desproporção entre o impacto da notícia falsa e a pálida força de retificação*."[6]

Em seguida, Alex Ribeiro analisa a atividade jornalística em geral no Brasil:

> O que cabe verificar, entretanto, é se o jornalismo, tal qual é praticado hoje, permitiria o exercício regular e cotidiano desta severa apuração de denúncias.
>
> A atividade tornou-se extremamente competitiva, acirrando a concorrência entre os diversos órgãos de imprensa. Por um lado, isso é bastante positivo: repórteres das mais recentes gerações revelaram-se implacáveis na investigação de escândalos de todos os tipos; colaboraram, de forma significativa, para a

---

4 RIBEIRO (1995, p. 56-58).

5 RIBEIRO (1995, p. 60).

6 RIBEIRO (1995, p. 152-154).

> consolidação da democracia. Por outro lado, entretanto, a nova praxe jornalística revela-se por demais perigosa: a imprensa atravessa o limite sensível que separa a competitividade da agressividade e muitas vezes transforma suposições ou indícios em verdades absolutas. Há risco de que, no lugar do espírito crítico, estabeleça-se o jornalismo critiqueiro – no qual todas as denúncias, mesmo sem fundamentação, acabam encontrando vazão. Essa praxe vem se tornando conhecida como "denuncismo".[7]

Em suma, um típico caso de abuso do poder da imprensa.

3.4.2 O direito de resposta

É fácil perceber que entre o indivíduo e os meios de comunicação há uma patente *desigualdade de armas*. Nesse sentido são as considerações de Manuel da Costa Andrade:

> Noutra perspectiva não pode desatender-se a manifesta e desproporcionada desigualdade de armas entre a comunicação social e a pessoa eventualmente ferida na sua dignidade pessoal, sempre colocada numa situação de desvantagem. Também este um dos sintomas da complexidade que as transformações operadas ou em curso, tanto ao nível do sistema social em geral, como no sistema da comunicação social, em especial, não têm deixado de agravar. Os meios de comunicação social, sobretudo os grandes meios de comunicação de massas configuram hoje instâncias ou sistemas autônomos, obedecendo a "políticas" próprias e cujo desempenho dificilmente comporta as "irritações" do ambiente, designadamente as da voz e dos impulsos do indivíduo. Nesta linha e a este propósito, Gadamer fala mesmo de "violência" sobre a pessoa. A violência de uma opinião pública administrada pela "política" da comunicação de massas e atualizada por uma torrente de informação a que a pessoa não pode subtrair-se nem, minimamente, condicionar. A informação – explicita o autor – já não é direta mas mediatizada e não veiculada através da conversação entre mim e o outro, mas através de um órgão seletivo: através da imprensa, da rádio, da televisão. Certamente, todos estes órgãos estão controlados nos estados democráticos através da opinião pública. Mas sabemos também como a pressão objetiva de vias já conhecidas limita a iniciativa e a possibilidade dos controles. Com outras palavras: exerce-se violência. Na síntese de Weber: entre o indivíduo e a imprensa dificilmente pode falar-se de igualdade de armas; aqui é o *ordinary citizen* que aparece invariavelmente como mais fraco e que tudo tem de esperar da proteção dos tribunais. A sua honra é por assim dizer sacrificada no altar da discussão política, isto é, socializada.
> (Op. cit., p. 64-65.)

Nesse contexto de total subordinação do indivíduo ao poder privado dos *mass media*, o direito de resposta constitui uma garantia fundamental e, como ensina Vital Moreira, "um meio de compensar o desequilíbrio natural entre os titulares dos meios de informação – que dispõem de uma posição de força – e o cidadão isolado e inerme perante eles. O direito de resposta – continua o autor – releva justamente da divisão entre os detentores e os não detentores do poder informativo e visa conferir a estes um meio de defesa

---

[7] RIBEIRO (1995, p. 160).

perante aqueles" (MOREIRA, Vital. *O direito de resposta na Comunicação Social*. Coimbra: Coimbra, 1994, p. 10).

O direito de resposta, também previsto na grande maioria dos países democráticos que resguardam a liberdade de imprensa – *derecho de réplica* (Espanha); *droit de réponse* e *droit de rectification* (França); *diritto di rettifica* (Itália); *Gegendarstellunsrecht* e *Entgegnungsrecht* (Alemanha) –, é assegurado a todo aquele (pessoa física ou jurídica, pública ou privada) que sofra agravo proveniente de informação (notícia) errônea ou inverídica veiculada por meio da imprensa. Trata-se de uma garantia de resposta, retificação, correção, esclarecimento, contestação ou refutação da notícia inverídica ou errônea, de forma proporcional ao agravo sofrido, no mesmo meio de comunicação.

É o princípio da igualdade de armas, portanto, que fundamenta o direito de resposta, no sentido de assegurar ao indivíduo meios proporcionais de réplica em face da ofensa veiculada pela imprensa. Como ensina Vital Moreira, "a ideia fundamental é a de que a resposta deve receber o mesmo relevo, de forma a atingir com a mesma intensidade o mesmo auditório que foi tocado pela notícia originária. Para isso requere-se igualdade de tratamento quanto ao tamanho, colocação, dimensão dos caracteres e demais características entre a resposta e a notícia originária. Para ser uma verdadeira contranotícia ou contramensagem, a resposta tem de ter o mesmo destaque. Não basta que a resposta seja publicada. É necessário que o seja em paridade de condições com o texto que a motivou" (op. cit., p. 41).

O direito de resposta, assegurado pelo art. 5º, inciso V, da Constituição de 1988, é previsto pela Convenção Americana de Direitos Humanos, nos seguintes termos: "Toda pessoa atingida por informações inexatas ou ofensivas emitidas em seu prejuízo por meios de difusão legalmente regulamentados e que se dirijam ao público em geral tem direito de fazer, pelo mesmo órgão de difusão, sua retificação ou resposta, *nas condições que estabeleça a lei*" (ênfases acrescidas).

Como se vê, **o direito de resposta é assegurado no plano constitucional, mas necessita, no plano infraconstitucional, de normas de organização e procedimento para tornar possível o seu efetivo exercício.**

Vital Moreira nos dá notícia da Resolução (74) 26, de 2 de julho de 1974, do Comitê de Ministros do Conselho da Europa, que recomendou aos Estados membros a adoção de "regras mínimas relativas ao direito de resposta na imprensa, na rádio e na televisão e noutros meios de comunicação de caráter periódico" (op. cit., p. 59).

Não há dúvida de que a regulamentação adequada do direito de resposta é um dos temas centrais da Lei de Imprensa.

A Lei 5.250/1967 regula o tema do direito de resposta no Capítulo IV, arts. 29 a 36, que possuem a seguinte redação:

> Art. 29. Toda pessoa natural ou jurídica, órgão ou entidade pública, que for acusado ou ofendido em publicação feita em jornal ou periódico, ou em transmissão

de radiodifusão, ou a cujo respeito os meios de informação e divulgação veicularem fato inverídico ou, errôneo, tem direito a resposta ou retificação.

§ 1º A resposta ou retificação pode ser formulada:

a) pela própria pessoa ou seu representante legal;

b) pelo cônjuge, ascendente, descendente e irmão, se o atingido está ausente do País, se a divulgação é contra pessoa morta, ou se a pessoa visada faleceu depois da ofensa recebida, mas antes de decorrido o prazo de decadência do direito de resposta.

§ 2º A resposta, ou retificação, deve ser formulada por escrito, dentro do prazo de 60 (sessenta) dias da data da publicação ou transmissão, sob pena de decadência do direito.

§ 3º Extingue-se ainda o direito de resposta com o exercício de ação penal ou civil contra o jornal, periódico, emissora ou agência de notícias, com fundamento na publicação ou transmissão incriminada.

Art. 30. O direito de resposta consiste:

I – na publicação da resposta ou retificação do ofendido, no mesmo jornal ou periódico, no mesmo lugar, em caracteres tipográficos idênticos ao escrito que lhe deu causa, e em edição e dia normais;

II – na transmissão da resposta ou retificação escrita do ofendido, na mesma emissora e no mesmo programa e horário em que foi divulgada a transmissão que lhe deu causa; ou

III – a transmissão da resposta ou da retificação do ofendido, pela agência de notícias, a todos os meios de informação e divulgação a que foi transmitida a notícia que lhe deu causa.

§ 1º A resposta ou pedido de retificação deve:

a) no caso de jornal ou periódico, ter dimensão igual à do escrito incriminado, garantido o mínimo de 100 (cem) linhas;

b) no caso de transmissão por radiodifusão, ocupar tempo igual ao da transmissão incriminada, podendo durar no mínimo um minuto, ainda que aquela tenha sido menor;

c) no caso de agência de notícias, ter dimensão igual à da notícia incriminada.

§ 2º Os limites referidos no parágrafo anterior prevalecerão para cada resposta ou retificação em separado, não podendo ser acumulados.

§ 3º No caso de jornal, periódico ou agência de notícias, a resposta ou retificação será publicada ou transmitida gratuitamente, cabendo o custo da resposta ao ofensor ou ao ofendido, conforme decisão do Poder Judiciário, se o responsável não é o diretor ou redator-chefe do jornal, nem com ele tenha contrato de trabalho ou se não é gerente ou proprietário da agência de notícias nem com ela, igualmente, mantenha relação de emprego.

§ 4º Nas transmissões por radiodifusão, se o responsável pela transmissão incriminada não é o diretor ou proprietário da empresa permissionária, nem com esta tem contrato de trabalho, de publicidade ou de produção de programa, o custo da resposta cabe ao ofensor ou ao ofendido, conforme decisão do Poder Judiciário.

§ 5º Nos casos previstos nos §§ 3º e 4º, as empresas têm ação executiva para haver o custo de publicação ou transmissão da resposta daquele que é julgado responsável.

§ 6º Ainda que a responsabilidade de ofensa seja de terceiros, a empresa perde o direito de reembolso, referido no § 5º, se não transmite a resposta nos prazos fixados no art. 31.

§ 7º Os limites máximos da resposta ou retificação, referidos no § 1º, podem ser ultrapassados, até o dobro, desde que o ofendido pague o preço da parte excedente às tarifas normais cobradas pela empresa que explora o meio de informação ou divulgação.

§ 8º A publicação ou transmissão da resposta ou retificação, juntamente com comentários em caráter de réplica, assegura ao ofendido direito a nova resposta.

Art. 31. O pedido de resposta ou retificação deve ser atendido:

I – dentro de 24 horas, pelo jornal, emissora de radiodifusão ou agência de notícias;

II – no primeiro número impresso, no caso de periódico que não seja diário.

§ 1º No caso de emissora de radiodifusão, se o programa em que foi feita a transmissão incriminada não é diário, a emissora respeitará a exigência de publicação no mesmo programa, se constar do pedido resposta de retificação, e fará a transmissão no primeiro programa após o recebimento do pedido.

§ 2º Se, de acordo com o art. 30, §§ 3º e 4º, a empresa é a responsável pelo custo da resposta, pode condicionar a publicação ou transmissão à prova de que o ofendido a requereu em juízo, contando-se desta prova os prazos referidos no inciso I e no § 1º.

Art. 32. Se o pedido de resposta ou retificação não for atendido nos prazos referidos no art. 31, o ofendido poderá reclamar judicialmente a sua publicação ou transmissão.

§ 1º Para esse fim, apresentará um exemplar do escrito incriminado, se for o caso, ou descreverá a transmissão incriminada, bem como o texto da resposta ou retificação, em duas vias dactiloqrafadas, requerendo ao Juiz criminal que ordene ao responsável pelo meio de informação e divulgação a publicação ou transmissão, nos prazos do art. 31.

§ 2º Tratando-se de emissora de radiodifusão, o ofendido poderá, outrossim, reclamar judicialmente o direito de fazer a retificação ou dar a resposta pessoalmente, dentro de 24 horas, contadas da intimação judicial.

§ 3º Recebido o pedido de resposta ou retificação, o juiz, dentro de 24 horas, mandará citar o responsável pela empresa que explora meio de informação e divulgação para que, em igual prazo, diga das razões por que não o publicou ou transmitiu.

§ 4º Nas 24 horas seguintes, o juiz proferirá a sua decisão, tenha o responsável atendido ou não à intimação.

§ 5º A ordem judicial de publicação ou transmissão será feita sob pena de multa, que poderá ser aumentada pelo juiz até o dobro:

a) de Cr$10.000 (dez mil cruzeiros) por dia de atraso na publicação, nos casos de jornal e agências de notícias, e no de emissora de radiodifusão, se o programa for diário;

b) equivalente a Cr$10.000 (dez mil cruzeiros) por dia de intervalo entre as edições ou programas, no caso de impresso ou programa não diário.

§ 6º Tratando-se de emissora de radiodifusão, a sentença do juiz decidirá do responsável pelo custo da transmissão e fixará o preço desta.

§ 7º Da decisão proferida pelo juiz caberá apelação sem efeito suspensivo.

§ 8º A recusa ou demora de publicação ou divulgação de resposta, quando couber, constitui crime autônomo e sujeita o responsável ao dobro da pena cominada à infração.

§ 9º A resposta cuja divulgação não houver obedecido ao disposto nesta Lei é considerada inexistente.

Art. 33. Reformada a decisão do juiz em instância superior, a empresa que tiver cumprido a ordem judicial de publicação ou transmissão da resposta ou retificação terá ação executiva para haver do autor da resposta o custo de sua publicação, de acordo com a tabela de preços para os seus serviços de divulgação.

Art. 34. Será negada a publicação ou transmissão da resposta ou retificação:

I – quando não tiver relação com os fatos referidos na publicação ou transmissão a que pretende responder;

II – quando contiver expressões caluniosas, difamatórias ou injuriosas sobre o jornal, periódico, emissora ou agência de notícias em que houve a publicação ou transmissão que lhe deu motivos, assim como sobre os seus responsáveis, ou terceiros;

III – quando versar sobre atos ou publicações oficiais, exceto se a retificação partir de autoridade pública;

IV – quando se referir a terceiros, em condições que criem para estes igual direito de resposta;

V – quando tiver por objeto crítica literária, teatral, artística, científica ou desportiva, salvo se esta contiver calúnia, difamação ou injúria.

Art. 35. A publicação ou transmissão da resposta ou pedido de retificação não prejudicará as ações do ofendido para promover a responsabilidade penal e civil.

Art. 36. A resposta do acusado ou ofendido será também transcrita ou divulgada em pelo menos um dos jornais, periódicos ou veículos de radiodifusão que houverem divulgado a publicação motivadora, preferentemente o de maior circulação ou expressão. Nesta hipótese, a despesa correrá por conta do órgão responsável pela publicação original, cobrável por via executiva."

Apesar de restringir o direito de resposta à hipótese de divulgação, pela imprensa, de *fato inverídico ou errôneo*, excluindo – pelo menos textualmente – as *opiniões* (juízos de valor), a Lei 5.250/1967 regula o tema, não se pode negar, de forma responsável.

Existem, na lei brasileira, normas mínimas de organização e de procedimento para o exercício do direito de resposta. Se essas normas forem declaradas como não recepcionadas pela Constituição de 1988, certamente será instaurado um quadro de extrema insegurança jurídica, que afetará a todos – cidadãos e meios de comunicação. Regras mínimas para o exercício do direito de resposta são, não se pode negar, uma garantia de segurança jurídica também para os próprios meios de comunicação.

A proposta, portanto, é de que sejam mantidos tais dispositivos (arts. 29 a 36) da Lei 5.250/1967.

4. Conclusões

As análises aqui realizadas levam à conclusão de que o texto constitucional de 1988, sobretudo em seu art. 220, não apenas legitima, como também exige a intervenção legislativa em tema de liberdade de imprensa, com o propósito de efetivar a proteção de outros princípios constitucionais, especialmente os direitos à imagem, à honra e à privacidade.

É certo que a atual Lei de Imprensa (Lei 5.250/1967) deve ser substituída por uma nova lei, que seja aberta, na medida do possível, à autorregulação, fixando, dessa forma, princípios gerais e normas instrumentais de organização e procedimento. Mas declará-la totalmente não recepcionada pela Constituição de 1988, neste momento, poderia configurar um quadro de insegurança jurídica que seria extremamente danoso aos meios de comunicação, aos comunicadores e à população em geral.

A legislação comum, evidentemente, poderá ser aplicada em matéria de responsabilidade civil e penal; as normas de registro civil das empresas de comunicação (arts. 8º a 11) já estão disciplinadas pelos arts. 122 a 126 da Lei 6.015/1973 (Lei dos Registros Públicos); outros dispositivos são patentemente contrários à Constituição (arts. 51 e 52, 61, 62, 63 e 64) e outros são inócuos. Mas a ausência de regras mínimas para o exercício efetivo do direito de resposta pode instaurar um grave estado de insegurança jurídica que prejudicará, principalmente, os próprios comunicadores.

Conclui-se, dessa forma, com fundamento nas considerações acima apresentadas, que deve ser mantida a atual Lei de Imprensa na parte em que regulamenta o exercício do direito de resposta, especificamente o Capítulo IV, arts. 29 a 36.

Assim , o voto é pela declaração de não recepção parcial da Lei 5.250, de 1967, mantidos os arts. 29 a 36.

VOTO
(Aditamento)

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Vossa Excelência está lendo julgados da Suprema Corte norte-americana?

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Não, li o texto de Alexander Meiklejohn sobre a interpretação da Primeira Emenda (MEIKLEJOHN, Alexander. *Political Freedom: the constitutional powers of the people*. New York: Oxford University Press, 1965).

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Está certo. É que eu estou conferindo aqui as decisões.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): O texto trata dessa visão republicana ou deliberativa democrática da liberdade de imprensa que foi construída em torno da Primeira Emenda à Constituição norte-americana, cuja expressão textual também está presente no art. 220 da Constituição brasileira. Essa é a discussão que nós estamos colocando. Então, o texto está dizendo: uma lei que trate desse tema (a imprensa) não é uma lei estranha ou inconstitucional, por exemplo, quando ela tem o objetivo de reforçar a liberdade de imprensa.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Senhor Presidente, Vossa Excelência citou Spiegel?

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Sim, o Caso Spiegel.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Foi a propósito desse caso que a Suprema Corte alemã construiu a Doutrina do Efeito Transacional Sinalagmático, e o fez para dizer o seguinte:

> As normas legais, civis ou penais, versantes sobre a defesa da honra devem ser [agora sim] limitadas naqueles pontos onde manifestem seus efeitos limitadores do direito fundamental [estava cuidando da liberdade de opinião].
> (12.113 de 25/1/1961.)

É um tema realmente instigante, que suscita muitas interpretações.

Essa precedência que a Corte Constitucional alemã parece estabelecer em favor da imprensa está aqui em outro julgado que eu colacionei, 7.198, decisão do Tribunal Constitucional Federal, coletânea oficial:

> O direito fundamental à livre expressão de pensamento é, enquanto expressão imediata da personalidade humana, na sociedade, um dos direitos humanos mais importantes [aí vem uma afirmativa, Ministro Gilmar, que é muito interessante, muito rica de inferência], ele é, em certo sentido, a base de toda e qualquer liberdade por excelência.

Ou seja, parece ressair daqui certa precedência em prol da liberdade de manifestação do pensamento quando veiculada pela imprensa.

E o que me causou também um agrado sobremodo foi ver que a Corte alemã cuida da liberdade de manifestação do pensamento enquanto expressão imediata da personalidade humana. Aliás, eu disse isso no meu voto sem conhecer essa jurisprudência que vim a conhecer depois.

Bem, em suma, o tema realmente é muito rico de inferências.

O Sr. Ministro Menezes Direito: Ministro, mas Vossa Excelência me permita uma observação?

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Sim.

O Sr. Ministro Menezes Direito: Talvez isso seja bem necessário agora. Independentemente da conclusão do voto de Vossa Excelência, da conclusão do julgamento da Corte, eu tenho a sensação de que o que ficou muito claro foi que a Corte, como disse, aliás, o eminente Ministro **Peluso** e eu também fiz questão de acentuar, em nenhum momento assinalou a vedação da atividade legislativa. A fundamentação que a Corte adotou foi exatamente num outro sentido.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Há outras fundamentações, essa não é necessária.

O Sr. Ministro Menezes Direito: Que é possível. Tanto o Ministro **Marco Aurélio**, que deu um voto vencido em sentido diametralmente oposto, mas em todos os votos o que perpassou foi essa ideia de que não existe vedação legislativa, mesmo porque a Suprema Corte não pode, num julgamento como este, simplesmente estabelecer uma vedação da atividade legislativa do Estado. E mais do que isso, o que ficou acentuado foi que é necessário, sim, o poder de mediação do Estado para

resolver esses conflitos, na evolução do pensamento das jurisprudências estrangeiras e, também, na evolução do pensamento da jurisprudência brasileira e da doutrina brasileira, de que Vossa Excelência também foi um dos construtores.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, mas a lei em comento, em julgamento, é, do início ao término, inconstitucional?

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): É porque há outros fundamentos.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Quer dizer, não se salva qualquer preceito dessa lei, muito embora se admita que o tema possa ser disciplinado. É interessante!

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Sim, Ministro Marco Aurélio, por outros fundamentos.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Surge uma incongruência da própria Corte.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Não, não há, não.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Não, nós examinamos esta lei.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: A Corte admite a disciplina da matéria mediante lei, mas aponta, como disse, de cambulhada, que toda a lei é inconstitucional. Por isso acabei vislumbrando que seria inconstitucional ante a quadra na qual editada.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Há outros fundamentos, Ministro Marco Aurélio, muitos outros.

O Sr. Ministro Menezes Direito: Ministro **Marco Aurélio**, Vossa Excelência me permitiria uma observação? Sem o objetivo de contestação, apenas para explicitar que, pelo menos na minha compreensão e no meu voto, não existe nenhuma incongruência. Eu o fundamentei adequadamente para chegar à conclusão que cheguei, o que certamente pode ser em sentido contrário àquele que Vossa Excelência, com tanto brilho, pôde manter.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: E, implicitamente, elogiei-o em meu voto. Não fiz referência expressa e o faço agora ao bom Direito que é Vossa Excelência!

O Sr. Ministro Menezes Direito: Quanto ao bom Direito, agradeço penhoradamente.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Todos nós arrolamos muitos outros fundamentos. O Ministro Peluso inclusive.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): E haveria outras perspectivas, até porque, na jurisprudência da Corte Constitucional alemã, não há essa hierarquização entre direitos fundamentais. Essa é a premissa básica, de modo que a ponderação se faz a partir do caso concreto. Nós vamos encontrar – o Ministro Direito acabou de mencionar no seu voto – o caso Lebach, em que a Corte Constitucional, considerando uma situação muito peculiar de um presidiário que estava na iminência de obter liberdade condicional e se via às voltas com o anúncio de um programa de tevê, o qual noticiaria fatos ligados àquele assassinato, reconhece que era legítimo àquele presidiário obter uma proibição de divulgação sobre a sua situação,

fazendo, portanto, uma ponderação específica, e dizendo: o interesse jornalístico já se fez, já se cumpriu; agora, um documentário só vai prejudicar a reinserção social desse pobre homem. E então a Corte veda a divulgação. Vejam, portanto, como é importante a reflexão sobre esse assunto, a partir de um caso concreto.

Quanto à afirmação feita, e agora já refeita, a meu ver, de que nenhum Estado Democrático teria lei de imprensa, nós sabemos que isso não corresponde à verdade estrita dos fatos. Há muitos países democráticos, assim considerados, com lei.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Essa afirmação não está no meu voto.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Não, isso foi discutido, inclusive, inicialmente.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Eu fiz afirmativa até contrária, hoje, exatamente no levantamento que fiz, que Estados Democráticos têm.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Por exemplo, no Canadá, que é democrático, tem lei de imprensa, e também no Chile, no México, na Espanha, em Portugal.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): E temos vários atos ou formas de atuar.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): A Suécia e Itália também.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Mas eu chego ao ponto que, de fato, me preocupa, porque se afirma, claramente, que há um desequilíbrio – e há muitas vezes – na relação entre a imprensa e o Estado. Muitas vezes, isso pode ocorrer. Mas há também uma relação de desequilíbrio, muitas vezes, entre a imprensa e o cidadão; nas mais das vezes é isso que ocorre. O poder da imprensa, hoje, é quase incomensurável.

Nós temos um caso na Alemanha – Günther Wallraff –, desses notáveis jornalistas de investigação que troca de nome para investigar um grande grupo de mídia. Ele trabalha nesse jornal por algum tempo – no Bild-Zeitung, um célebre jornal –, para depois divulgar uma obra contra o grupo. Essa questão se coloca, a da liberdade interna: qual é o limite nesse contexto? E a Corte Constitucional diz: não se pode praticar essa tamanha deslealdade.

Vejam os Senhores, portanto, que há questões relevantes aqui. Já ficou claro para todos, diante dos vários pronunciamentos, que assume importância transcendente a eficácia dos direitos fundamentais nas relações privadas. É a mídia em face da própria mídia; é a mídia em face do cidadão, mais do que, eventualmente, a relação entre a mídia e o Estado, foco da nossa abordagem.

Eu poderia citar vários e muitíssimos casos relevantes, aqui, da nossa experiência cotidiana de abusos notórios. Limito-me a mencionar no voto apenas o emblemático caso da Escola Base. Só recordar.

É preciso inclusive apontar que, no caso, havia um conúbio – muito comum nessas práticas de abuso da imprensa – entre autoridades – no caso, o delegado – e

os órgãos de imprensa. O resultado trágico: houve suicídios, destruição da instituição. É um caso trágico, que nos envergonha a todos. E mostra, inclusive, a insuficiência dos meios jurídicos contra esse tipo de insânia.

Há necessidade de intervenção do Estado; criação de mecanismos sérios, rápidos, expeditos para não permitir esse tipo de abuso, porque a ordem constitucional não convive com isso.

Não podemos cair na fórmula acaciana de que há a reparação. Como reparar um dano como esse? Como buscar reparação patrimonial para esse tipo de abordagem? Que reparação patrimonial é possível num caso como esse? Quando a legislação teria de proteger, dar direito de resposta imediato, medidas cautelares prontas, e não mandar essas pessoas para um quadro cível, com ações indenizatórias. Falar que a intervenção do legislador, aqui, é indevida, parece-me um absurdo completo. Mas chego então à parte final da minha manifestação escrita: o direito de resposta.

Nem preciso dizer – é tão evidente – que a desigualdade entre a mídia e o indivíduo é patente – a desigualdade de armas de que se cuida. É evidente, nem é preciso dizer. Se alguém já tentou exercer o direito de resposta sabe o quão difícil é isso. Muitas vezes, vem a destempo, quando os fatos já caíram no olvido completo; ou tente negociar com o órgão de mídia o direito de resposta, para correção de fato; não se consegue, tem-se dificuldade. Quando, às vezes, se consegue uma contemporização, é uma carta de leitor.

A importância do direito de resposta como alçada constitucional, desde 1934, tem que ser enfatizada no plano institucional, com disciplina adequada, com punição adequada para aqueles que não a garantem.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Ministro, mas na hipótese, no meu voto mesmo deixo clarissimamente posto que toda matéria que não seja nuclearmente de imprensa, matéria que gravita na órbita da liberdade de imprensa, mas sem se confundir com a liberdade mesma, toda matéria, assim perifericamente ou lateralmente de imprensa, pode ser objeto de lei específica, está ressalvado. E, salvo engano, tramita no Congresso Nacional um projeto de lei, quero crer que da autoria do Senador Romero Jucá, versando exatamente sobre o direito de resposta.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Daí eu fazer minhas as indagações do Ministro Marco Aurélio: por que, então, neste caso, nós não deixamos em vigor as regras dos arts. 29 a 36, a propósito do direito de resposta, até que sobrevenha uma legislação? Quer dizer, vamos criar um vácuo jurídico numa matéria dessa sensibilidade. É o único instrumento de defesa do cidadão. É a única forma de equalizar essas relações minimamente.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Mas em rigor não haverá anomia. Há muitas coordenadas saídas da própria Constituição para assegurar o direito de resposta.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Mas qual é a explicação?

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): É como o direito à indenização.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Quer dizer, qual é a incompatibilidade do art. 29, a não ser o fato de ser uma lei que vem desse regime?

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Senhor Presidente, Vossa Excelência me permite um aparte? Primeiramente, Vossa Excelência mesmo está reconhecendo que essa lei é absolutamente insuficiente no que tange ao direito de resposta; em segundo lugar, há uma tônica que foi comum a todos os pronunciamentos aqui. É que o inciso V do art. 5º, que regula o direito de resposta proporcional ao agravo, é autoaplicável. Como ressaltou o eminente Ministro Celso de Mello, o ordenamento jurídico, notadamente a lei processual, tem instrumentos que garantem, através de medidas cautelares, o direito de resposta de forma proporcional ao agravo. Portanto, não vejo, *data venia*, a existência de qualquer lacuna. Com todo respeito.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): O projeto é do Senador Marcelo Crivella, retificando.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Vou ler o art. 5º, inciso V:

> V – é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem;

O texto diz apenas que é assegurado o direito de resposta proporcional ao agravo, tudo o mais dependerá, portanto, agora não mais de construção legislativa ou de disciplina legislativa, mas dependerá de construção jurisprudencial. Veja, portanto, quantas questões nós temos a partir do art. 29. Quem pode fazer o pedido de resposta? Pela própria pessoa, pelo seu representante, pelo cônjuge, ascendente, descendente? Tudo isso está disciplinado, e nós estamos jogando fora para buscarmos uma construção jurisprudencial.

A resposta ou retificação deve ser formulada por escrito, dentro de que prazo? Qual será o prazo do art. 5º, inciso V, tirada a lei?

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: O juiz determinará.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Certamente não será mais o de sessenta dias, mas o juiz decretará qual será. Vinte anos de prescrição do Direito Civil?

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Não, ou 24 horas, 48 horas, quem sabe?

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Vejam os Senhores as dificuldades.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): O direito de resposta é uma construção jurisprudencial.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Eu não queria colocá-los, na verdade, todas as dificuldades.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Tanto nos Estados Unidos como na Alemanha, o direito de resposta mais e mais ganha os seus contornos por construção jurisprudencial.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Veja, distingue-se, ainda, o direito de resposta com o exercício da ação penal ou civil. Agora, qual será a regra? O direito de resposta consiste na publicação da resposta ou retificação no mesmo jornal, nos caracteres. O que será, qual será a disciplina do juiz? E nós temos quinze mil juízes, talvez, oito ou dez mil tratando desses temas.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: E quatro instâncias recursais que, certamente, harmonizarão o tema, como fizeram com relação à ausência de tarifação no que tange à indenização por dano moral.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Claro.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Como disse em voto, ter-se-á o critério de plantão, segundo a concepção do juiz que enfrente a matéria.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente):

> § 1º A resposta ou pedido de retificação deve:
> a) no caso de jornal o periódico [uma das regras] ter dimensão igual à do escrito incriminado, garantido o mínimo de 100 (cem) linhas;

Qual será a regra que o juiz seguirá a partir do desaparecimento dessa norma?

> c) no caso de agência de notícias, ter dimensão igual à da notícia incriminada.

Os problemas são enormes e variados a partir desta perspectiva.

> Se o pedido de resposta ou retificação não for atendido (...), o ofendido poderá reclamar judicialmente a sua publicação ou transmissão.

Uma série de medidas a propósito desse assunto.

Vejo com grande dificuldade a supressão dessas regras ou o reconhecimento de que há alguma incompatibilidade generalizada dessas regras do art. 29 ao art. 36 da lei com a Constituição. E, do ponto de vista de utilidade, nós estamos desequilibrando a relação, agravando a situação do cidadão, desprotegendo-o ainda mais. Mas ainda vamos aumentar a perplexidade dos órgãos de mídia, porque eles terão insegurança, também, diante das criações que certamente virão por parte de todos os juízes competentes.

A rigor, essas regras, normas de organização e procedimento decorrentes do modelo institucional – porque não se trata apenas de um direito subjetivo, mas de uma garantia institucional –, existiam para proteger o cidadão e os órgãos de mídia. Nós estamos afirmando que elas não foram recebidas e deferindo ao juiz a possibilidade de fazer essas construções.

Um exemplo, no caso específico do dano moral ou do dano material e dos limites da tarifação, não vem a pelo, aqui não é adequado, por quê? Porque ali tem de haver, realmente, um juízo concreto.

O que fez o STJ e, depois, o Supremo Tribunal Federal nas duas Turmas? Que aquelas normas – acho que foi um caso, inclusive, da Relatoria do Ministro Cezar Peluso – não foram recebidas e que o juiz poderia fixar critérios outros,

além daqueles limites da tarifa. E vamos ser honestos, no caso específico da tarifa, não podemos dizer, necessariamente, que aquelas tarifas poderiam ser inconstitucionais, mas não qualquer tarifa, porque nós sabemos, e o Ministro Celso de Mello já o disse bem, que os riscos também da mídia são enormes neste caso. Nós podemos ter sanções pecuniárias que podem representar, aí sim, uma ameaça à liberdade de imprensa. Elas podem vir a sucumbir pela opressão financeira a partir de uma sistemática condenação. Caso recente, envolvendo a *Folha de São Paulo*, faz bem lembrar isso.

Então, aquela regra que foi considerada *in totum* inconstitucional não tinha, necessariamente, um sentido de afrontar a liberdade da imprensa em toda a sua dimensão, porque ela tinha o sentido de proteger esse afazer da mídia, tendo em vista os riscos envolvidos na atividade profissional, que é o seu afazer restrito.

Em relação ao direito de resposta, eu gostaria até de fazer mais uma lembrança, uma referência. Vejam que o nosso modelo – e aqui, talvez pudéssemos até considerar que o modelo comportaria uma interpretação conforme – é restritivo, porque se limita a exigir o direito de resposta por fato inverídico ou errôneo.

Nós conhecemos, hoje, sistemas mais protetivos. Vejam a posição em Portugal, por exemplo, que permite também o direito de resposta contra opiniões ofensivas, não apenas contra fato inverídico ou errôneo. Eu, na verdade, proporia uma interpretação conforme da disciplina da Lei de Imprensa para dizer que, também aqui, deveríamos abranger o juízo de valor ofensivo.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Senhor Presidente, nesse passo, tenho a impressão de que a inexistência de norma restritiva é mais favorável aos ofendidos, porque permitirá ao juiz que determine a resposta, ainda que o caso não seja de nenhuma dessas hipóteses previstas na lei, como a de estar contra opiniões ofensivas etc.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Até porque, Ministro Peluso, o próprio Ministro Presidente, em seu voto, arrola e cita um caso específico de um agravo que, na vigência desta lei supostamente ou na eficácia dela, não foi capaz de coibir nem de dar resposta. Então, de toda sorte, a circunstância do afastamento formal dela não altera o quadro.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Esse é o caso de nos afastarmos ainda mais do texto constitucional.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Não, estou exatamente na linha do Ministro Peluso.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Não, este é um caso típico de omissão. Se apontamos a omissão aqui na disciplina do direito de resposta, é uma omissão de caráter parcial, que tem de ser colmatada com interpretação de caráter aditivo, e não com uma interpretação de caráter cassatório, como estamos a fazer.

Por isso, estou dizendo que na lei brasileira existem normas mínimas de organização e procedimento para o exercício do direito de resposta. Claro que aqui ou acolá, como já fizemos, poderíamos apontar deficiências. Mas, retirar *in totum* a norma, simplesmente dizer que ela também não foi recebida porque é

incompleta, é fazer realmente um juízo heterodoxo, porque, vejam, nós apontamos déficits, incompletudes, omissões, e aí dizemos que desaparece agora tudo, todo o texto.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): Expressamente.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: E há mais uma dificuldade sob esse ponto de vista prático. É que, no sistema da lei, o direito de resposta compete ao juízo criminal, e a ação de direito à indenização, ao do cível, não permitindo acumulação. Ao passo que em sistema sem a regulamentação, a competência é do juízo cível para ambas as pretensões, que podem ser cumuladas e valer-se da antecipação de tutela.

O Sr. Ministro Celso de Mello: **Salientei**, no voto que proferi **nesta** sessão plenária, **que a edição** de diploma legislativo, **promulgado** com o fim **específico** de disciplinar o exercício do direito de resposta, **embora** não se mostre essencial, **revela-se**, no entanto, útil.

Insisto, no entanto, **na observação** de que a **ausência** de regramento legislativo, momentânea **ou** não, **não** autoriza **nem** exonera o Juiz, **sob pena** de transgressão ao princípio da indeclinabilidade da jurisdição, **do dever de julgar** o pedido de resposta, **quando formulado** por quem se sentir ofendido **ou** prejudicado por publicação ofensiva **ou** inverídica.

Parece-me relevante assinalar, ainda, Senhor Presidente, **tal como deixei registrado** em meu voto, que, **em situação** de "*vacuum legis*", **ainda assim** o magistrado **poderá** valer-se, **considerado** o que dispõe o art. 126 do CPC, de dispositivos outros – **tais como aqueles existentes**, **p. ex.**, **na Lei 9.504/1997** (art. 58 e parágrafos) –, **aplicando-os**, por analogia, **no que couber**, ao caso concreto, **viabilizando-se**, desse modo, o **efetivo** exercício, pelo interessado, do direito de resposta **e/ou** de retificação.

De qualquer maneira, no entanto, **torna-se importante observar**, considerada a posição dos que pretendem **preservar** a regulação normativa do direito de resposta **existente** na Lei de Imprensa, que, **mesmo que mantido** o Capítulo IV da Lei 5.250/1967, **que disciplina** o *direito de resposta* (arts. 29 **a** 36), **ainda assim subsistiriam** sérias objeções **quanto** à constitucionalidade **de alguns** desses dispositivos, **como o § 3º** do art. 29, **o § 8º** do art. 30 **e o inciso III** do art. 34 de referido diploma legislativo, **conforme advertem** alguns autores (FREITAS NOBRE, "**Comentários à Lei de Imprensa** (**Lei 5.250**, **de 9-2-1967**)", p. 226, 4. ed., 1989, Saraiva; LUIZ MANOEL GOMES JUNIOR, "**Comentários à Lei de Imprensa**", p. 353/357 **e** 396/399, 2007, RT, **v**.**g**.).

Há, porém, **a possibilidade** de o Congresso Nacional **aprovar** proposição legislativa **veiculadora** da disciplina **concernente** ao direito de resposta.

Parece-me que já há projeto de lei nesse sentido.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): É do Senador Marcelo Crivella.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Ministro Celso de Mello, eu até temo – não quero ser profético, porque confesso que sou um profeta mais ou menos

incompetente, em geral acabo por acertar as minhas previsões – que assumamos essa jurisprudência e esse entendimento no sentido da revogação da lei, da não recepção em toda a sua extensão – especialmente em relação ao direito de resposta estou bastante preocupado –, e venhamos a ter dois fenômenos: ou um fenômeno de completa incongruência da aplicação do direito de resposta, com construções as mais variadas e eventualmente até exóticas nesse campo – e podemos vir a ter uma sobrecarga com reclamação, por se tratar de uma decisão com efeito vinculante, e vamos consultar se aquela decisão do juiz é compatível, este é um fenômeno que não excluo nesse cenário; ou venhamos a ter uma outra situação, um caso estranho de ultra-atividade dessa lei que não foi recebida. O juiz, exatamente à falta de parâmetros, vai continuar aplicando o direito de resposta previsto na Lei de Imprensa.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Inspirado na lei ou na jurisprudência dela decorrente!

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Inspirado na lei, por falta de outro critério.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Senhor Presidente, enquanto não venha à balha um novo diploma, ter-se-á de aguardar a ação direta de inconstitucionalidade por omissão. Sob o ângulo político-normativo, o tema não é fácil.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Sim, porque era o caso de deixar em vigor, até que o Congresso delibere, apontando mesmo as imperfeições, fazendo as interpretações. Essa é uma ponderação.

Mas já estou, de qualquer forma, quase feliz, diante das múltiplas ressalvas que se fizeram, que certamente vão se manifestar na lavratura do acórdão e que podem ajudar na interpretação quanto, por exemplo, à possibilidade de disciplina da matéria por lei, porque, do contrário, poderíamos ter realmente um quadro de anomia.

Eu fiz essa ênfase na proteção do cidadão, mas eu sou, os Senhores sabem todos, um defensor da liberdade de imprensa, estou preocupado também com a funcionalidade dos órgãos de imprensa. Estou a dizer que, na verdade, esta é uma abordagem bilateral: de um lado, a proteção do cidadão; de outro, dos próprios órgãos. Eles podem entrar num aranzel hermenêutico, em função das múltiplas concepções que podem ser desenvolvidas em torno do direito de resposta. Este, realmente, talvez aquele que mais toca o cidadão, porque, claro, a matéria criminal pode ter o seu curso, como já foi afirmado, no Código Penal. Embora haja autores, por exemplo, que justificam até o tratamento especial do crime de imprensa, tendo em vista o seu singular significado.

Mas estou me posicionando, com as vênias todas de estilo e pedindo escusas pela ênfase, no sentido da preservação dessas disposições, pelo menos aquelas concernentes ao direito de resposta.

Claro, foram observadas aqui, por exemplo, pela Ministra Ellen Gracie, essas proibições que já estão na Constituição, e que acredito o fato de se extrair do texto, ou a questão da proibição da propaganda de guerra ou de caráter

discriminatório em geral. Temos leis suficientes para a proibição além do que se extrai do texto constitucional. Não haveria justificativa apenas por esta razão.

Mas me impressiona realmente a dificuldade quanto ao direito de resposta, tendo em vista a sua quase que – diria – vitalidade para o cidadão. É a única forma de o indivíduo comum, a pessoa comum eventualmente equilibrar esta relação ou estabelecer um mínimo de equilíbrio nesta relação que é já, *ab initio*, uma relação desequilibrada.

Daí, portanto, eu pedir vênia ao Ministro Carlos Britto e a todos aqueles que se manifestaram no sentido da integralidade da não recepção para, enfaticamente, fazer esta ponderação, dizendo que, depois especialmente das explicitações e fundamentos diversos dos votos quanto à posição inicialmente adotada pelo Ministro Carlos Britto, eu me sinto um tanto quanto confortado, porque, claro, creio que todos os Ministros que votaram não subscreveram a tese de que não haveria possibilidade de disciplina legal sobre a matéria, pelo que eu depreendi de todos os pronunciamentos, inclusive do enfático pronunciamento agora trazido pelo Ministro Celso de Mello, a partir do voto, na assentada de hoje, do Ministro Menezes Direito.

De modo que eu me sinto assim um pouco confortável em relação a essa preocupação, mas eu não queria deixar de, até por conta de responsabilidade histórica – eu lhes peço desculpa por ter feito estender um pouco mais o julgamento –, mas, tal como já tinha se pronunciado o Ministro Celso de Mello, não se trata de um caso qualquer. Nós, realmente, estamos a decidir um tema de grande sensibilidade para a mídia, para os órgãos de imprensa em geral, para os cidadãos, todos aqueles que, de alguma forma, são afetados, para a democracia. Há uma relação substancial, como nós vimos nessa visão republicana, entre democracia e liberdade de imprensa.

Então, por todas essas razões, eu peço escusas por ter me estendido um pouco mais e ter me permitido essas considerações.

EXPLICAÇÃO

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Senhor Presidente, eu gostaria de deixar clara a minha posição. Ela já foi adiantada, de certo modo, no voto que proferi na liminar.

Parece-me que, em matéria cível geral e em matéria penal, a legislação comum deve ser aplicada pelo Judiciário. Em outras palavras, não há necessidade de nova lei para a atuação da liberdade, para a proteção da liberdade de imprensa em concreto e para a proteção dos direitos de cidadão perante a imprensa, e vice-versa.

Eu acho que tanto o Código Civil, em relação à responsabilidade civil, quanto o Código Penal, em relação à responsabilidade penal, são suficientes para regular essas matérias, assim como o são outras leis sobre matérias correlatas.

O que eu quis dizer no meu voto é que esse será o *status* do regime jurídico da liberdade de imprensa até que e se o Congresso entender deva regulamentar alguns aspectos dessas mesmas matérias. Em outras palavras, se o Congresso o

fizer, e desde que o faça em normas compatíveis com a Constituição, não há problema nenhum; se resolver deixar como está, acho que o sistema jurídico também vai atuar de maneira eficiente. E, mais, Senhor Presidente, foi isso que me levou a mudar um pouco a minha posição em relação à liminar.

Eu estou fazendo uma aposta – e não quero ser desmentido; quando Vossa Excelência se referiu à responsabilidade histórica, eu me lembrei disso – na sensatez do Poder Judiciário, que pode até, à falta de normas específicas, entre outros temas, sobre o direito de resposta, expedir remédios mais eficazes à defesa do cidadão e, quem sabe, também à liberdade de imprensa, como, aliás, o caso da *Folha* mostra bem, e onde o Poder Judiciário, até agora, segundo se sabe, a tem defendido. Eu não quero entrar em particularidades dos casos concretos, porque não os conheço, mas tudo indica que o Poder Judiciário tem respondido de maneira muito ampla e eficaz em relação à liberdade de imprensa. E quero crer que o Poder Judiciário, doravante, a persistir esse quadro de regime jurídico, também dará respostas mais eficientes e, quem sabe, curiais em proteção à dignidade do cidadão.

ESCLARECIMENTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, apenas para que fique bem elucidado e conste das notas taquigráficas, sintetizo meu voto.

Defronto-me com uma ação de descumprimento de preceito fundamental, não com uma ação direta de inconstitucionalidade ou uma ação declaratória de constitucionalidade, quando, então, teria de partir para a análise de artigo a artigo do diploma atacado.

Articulou-se que haveria o descumprimento de preceito fundamental quanto à liberdade de expressão. Disse que não tenho a nossa imprensa e os nossos veículos de comunicação como cerceados. Já que não reconheci a existência do descumprimento de preceito fundamental de forma concreta, cheguei à improcedência total dos pedidos. Isso não quer dizer que estou placitando certos artigos da lei. Não, não estou placitando, apenas não mesclo objetos: o objeto da arguição de descumprimento de preceito fundamental – a pressupor sempre, como está na nomenclatura, descumprimento de preceito fundamental – e o objeto das ações a que me referi – ação direta de inconstitucionalidade e ação declaratória de constitucionalidade, que se fazem presentes também mediante processo objetivo – são distintos.

Faço esse esclarecimento para que não imaginem que endosso, sob o ângulo constitucional, todos os dispositivos da lei, tanto assim que disse já haver sido essa lei depurada, nesses mais de quarenta anos de vigência, pelo Judiciário. É uma lei que foi expungida no que apresentava conflitos com a Carta da República.

Agora, entre a existência desse diploma e a inexistência de qualquer regramento, levando inclusive a magistratura nacional a decidir – como assentei no voto – de acordo com o critério de plantão, o critério eleito por aquele que personifique o Estado, evidentemente fico com as balizas da lei.

VOTO
(Aditamento)

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Presidente, o meu voto não tem nada de específico. Acompanho o Relator com as ressalvas quanto à fundamentação.

EXPLICAÇÃO

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Julgo parcialmente procedente porque mantenho as regras constantes do direito de resposta – tal como eu disse – na lei. Faria, de qualquer forma, à guisa de *obiter dictum*, uma ampliação do direito de resposta para abranger também a opinião ofensiva, tal como já constante hoje de vários ordenamentos, inclusive da legislação de vários países europeus.

Tenho a impressão, também – encerrando –, que este julgamento, na linha do que ressaltado pelo Ministro Cezar Peluso, é um convite à imprensa, aos órgãos de mídia, a fazer um processo responsável de autorregulação, tal como já ocorre em muitos países.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Relator): O paradigma é a Inglaterra.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): De modo a dar um mínimo de segurança e aplicação, sem prejuízo do pronunciamento que o Congresso Nacional, de forma tópica ou geral, venha a assumir na matéria.

VOTO

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: **1**. Quando, numa ação como a presente, se põe em foco a validade e a eficácia, ou não, de normas do período autoritário, que acanham a liberdade de imprensa, penso bem começar o meu voto tomando de empréstimo palavras de Ruy Barbosa, ao afirmar, no Senado Federal, em 11 de novembro de 1914, que, "se não estou entre os mais valentes dos seus advogados, estou entre os mais sinceros e os mais francos, os mais leais e desinteressados, os mais refletidos e mais radicais. Sou pela liberdade total da imprensa, pela sua liberdade absoluta, pela sua liberdade sem outros limites que os de direito comum, os do Código Penal e os da Constituição em vigor. A Constituição imperial não a queria menos livre; e, se o Império não se temeu dessa liberdade, vergonha será que a República a não tolere. Mas, extremado adepto, como sou, da liberdade, sem outras restrições para a imprensa, nunca me senti mais honrado que agora em estar ao seu lado; porque nunca a vi mais digna, mais valorosa, mais útil, nunca a encontrei mais cheia de inteligência, de espírito e de civismo; nunca lhe senti melhor a importância, os benefícios e a necessidade. A ela exclusivamente se deve o não ser hoje o Brasil, em toda a sua extensão, um vasto charco de lama" (*Escritos e discursos seletos*. Rio de Janeiro: Aguillar, 1997, p. 722).

2. A presente ação põe como necessária "a manifestação deste Supremo Tribunal Federal (i) para escoimá-la *(a Lei 5.250/1967)* de alguns dispositivos

conflitantes com a Lei Maior e (ii) para conferir a outros interpretação com esta compatível, de modo a restabelecer o necessário equilíbrio entre os mencionados direitos fundamentais colidentes (...)" (fl.).

3. Fruto de período autoritário, a Lei 5.250/1967 – ela toda em sua concepção articulada nas normas que a compõem – obedeceu a parâmetros que não mais se compõem com o sistema constitucional vigente, graças a Deus, agora democrático. As expressões mesmas que se contêm em seus dispositivos esclarecem o intento de se instituir a inquisição da palavra escrita e falada como informação publicada.

4. Desde a Constituição Imperial de 1824, a liberdade de imprensa foi resguardada como matéria fundamental para a organização estatal e garantia da sociedade. É o que se tem, por exemplo, na lição de Pimenta Bueno, que, ao comentar o art. 179, § 4º, da Constituição do Império, enfatizava que "de todos os meios de comunicação a imprensa é sem dúvida o mais amplo e poderoso, sobreexcede mesmo a gravura e a litografia. É um instrumento maravilhoso, que leva as ideias ou opiniões a todas as localidades, que as apresenta a todos os olhos, atravessa os Estados, percorre o mundo, consegue o assento de muitos, porque comunica-se com todos, porque põe em movimento o pensar de milhões de homens. É por isso mesmo um instrumento poderoso, cujo uso e liberdade é característica dos povos e governos livres. (...) Enfim, posto que indiretamente, ela concorre com grande força para a liberdade dos homens porque não pode haver escravidão desde que o espírito do povo tem conseguido ilustração; a escravidão só se mantém no assento da ignorância. (...) A liberdade política é assaz preciosa; não é menos do que o direito que tem e deve ter o cidadão de participar, de intervir no governo de seu país, de expor publicamente o que pensa sobre os grandes interesses da sociedade de que ele é membro ativo. É um direito antes político do que natural ou individual, como reconhece o art. 7º, do código criminal (...) A imprensa política é a sentinela da liberdade, é um poder reformador dos abusos e defensor dos direitos individuais e coletivos. Quando bem manejado pelo talento e pela verdade esclarece as questões, prepara a opinião, interessa à razão pública, triunfa necessariamente. É o grande teatro da discussão ilustrada, cujas representações têm mudado a face do mundo político. Encadeá-la fora entronizar o abuso e o despotismo" (*Direito Público Brasileiro e Análise da Constituição do Império*. Rio de Janeiro: Ministério da Justiça e do Interior, 1958, p. 386).

As Constituições brasileiras de 1891 (art. 72, § 12) e de 1934 (art. 113, 9). A Carta de 1937, contudo, alterou aquela orientação constitucional que prevalecia desde o Império brasileiro. E – fiel ao espírito que dominava aqueles tristes tempos de não liberdades – em seu art. 122, inciso 15, passou a expor o tema com cuidado restritivo da liberdade:

> Art. 122. (...)
> 15) todo cidadão tem o direito de manifestar o seu pensamento, oralmente, ou por escrito, impresso ou por imagens, mediante as condições e nos limites prescritos em lei.

A lei pode prescrever:

a) com o fim de garantir a paz, a ordem e a segurança pública, a censura prévia da imprensa, do teatro, do cinematógrafo, da radiodifusão, facultando à autoridade competente proibir a circulação, a difusão ou a representação;

b) medidas para impedir as manifestações contrárias à moralidade pública e aos bons costumes, assim como as especialmente destinadas à proteção da infância e da juventude;

c) providências destinadas à proteção do interesse público, bem-estar do povo e segurança do Estado.

A imprensa reger-se-á por lei especial, de acordo com os seguintes princípios:

a) a imprensa exerce uma função de caráter público;

b) nenhum jornal pode recusar a inserção de comunicados do Governo, nas dimensões taxadas em lei;

c) é assegurado a todo cidadão o direito de fazer inserir gratuitamente nos jornais que o informarem ou injuriarem, resposta, defesa ou retificação;

d) é proibido o anonimato;

e) a responsabilidade se tornará efetiva por pena de prisão contra o diretor responsável e pena pecuniária aplicada à empresa;

f) as máquinas, caracteres e outros objetos tipográficos utilizados na impressão do jornal constituem garantia do pagamento da multa, reparação ou indenização, e das despesas com o processo nas condenações pronunciadas por delito de imprensa, excluídos os privilégios eventuais derivados do contrato de trabalho da empresa jornalística com os seus empregados. A garantia poderá ser substituída por uma caução depositada no princípio de cada ano e arbitrada pela autoridade competente, de acordo com a natureza, a importância e a circulação do jornal;

g) não podem ser proprietários de empresas jornalísticas as sociedades por ações ao portador e os estrangeiros, vedado tanto a estes como às pessoas jurídicas participar de tais empresas como acionistas. A direção dos jornais, bem como a sua orientação intelectual, política e administrativa, só poderá ser exercida por brasileiros natos;

A Constituição de 1946, em seu art. 141, § 5º, restabeleceu a liberdade de manifestação do pensamento (art. 141, § 5º), e com isso resgatou a liberdade de imprensa e o direito do cidadão de informar e de ser informado.

A Carta de 1967, em seu art. 150, § 8º, manteve a norma garantidora da liberdade de manifestação de pensamento, com limites, e foi na esteira desta norma que adveio a Lei 5.250, menos de um mês depois da outorga daquele documento constitucional (9-2-1967).

5. Na petição inicial da presente ação, tem-se que referência a dispositivos expressos a serem objeto da apreciação deste Supremo Tribunal, conquanto também se peça, alternativamente, a declaração de não recepção do próprio diploma legal.

Os dispositivos enfatizados são os seguintes:

5.1 Arts. 51 e 52 da Lei de Imprensa

Art. 51. A responsabilidade civil do jornalista profissional que concorre para o dano por negligência, imperícia ou imprudência, é limitada, em cada escrito, transmissão ou notícia:

I – a 2 salários mínimos da região, no caso de publicação ou transmissão de notícia falsa, ou divulgação de fato verdadeiro truncado ou deturpado (art. 16, ns. II e IV).

II – a cinco salários mínimos da região, nos casos de publicação ou transmissão que ofenda a dignidade ou decoro de alguém;

III – a 10 salários mínimos da região, nos casos de imputação de fato ofensivo à reputação de alguém;

IV – a 20 salários mínimos da região, nos casos de falsa imputação de crime a alguém, ou de imputação de crime verdadeiro, nos casos em que a lei não admite a exceção da verdade (art. 49, § 1º).

Parágrafo único. Consideram-se jornalistas profissionais, para os efeitos deste artigo:

a) os jornalistas que mantêm relações de emprego com a empresa que explora o meio de informação ou divulgação ou que produz programas de radiodifusão;

b) os que, embora sem relação de emprego, produzem regularmente artigos ou programas publicados ou transmitidos;

c) o redator, o diretor ou redator-chefe do jornal ou periódico, a editor ou produtor de programa e o diretor referido na letra *b*, n. III, do art. 9º, do permissionário ou concessionário de serviço de radiodifusão; e o gerente e o diretor da agência noticiosa.

Art . 52. A responsabilidade civil da empresa que explora o meio de informação ou divulgação é limitada a dez vezes as importâncias referidas no artigo anterior, se resulta de ato culposo de algumas das pessoas referidas no art. 50.

Quanto a esses dispositivos, há de se assentar não prevalecerem eles, conforme jurisprudência sobre a matéria que já se pode ter como assentada. O Supremo Tribunal Federal (RE 447.584, Segunda Turma, Rel. Min. Cezar Peluso, *DJ* de 26-3-2007) e o Superior Tribunal de Justiça (REsp 213.188, Quarta Turma, Rel. Min. Barros Monteiro, *DJ* de 12-8-2002) já se manifestaram, expressamente, pela não recepção da limitação indenizatória contida na Lei de Imprensa.

É esta a ementa do RE 447.584:

Indenização. **Responsabilidade civil. Lei de Imprensa. Dano moral. Publicação de notícia inverídica, ofensiva à honra e à boa fama da vítima. Ato ilícito absoluto. Responsabilidade civil da empresa jornalística. Limitação da verba devida, nos termos do art. 52 da Lei 5.250/1967. Inadmissibilidade. Norma não recebida pelo ordenamento jurídico vigente. Interpretação do art. 5º, IV, V, IX, X, XIII e XIV, e art. 220, *caput* e § 1º, da CF de 1988. Recurso extraordinário improvido.** Toda limitação, prévia e abstrata, ao valor de indenização por dano moral, objeto de juízo de equidade, é incompatível com o alcance da indenizabilidade irrestrita assegurada pela atual Constituição da República. Por isso, já não vige o disposto no art. 52 da Lei de Imprensa, o qual não foi recebido pelo ordenamento jurídico vigente.

A petição inicial menciona o RE 289.533-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. Carlos Britto, *DJ* de 11-2-2005. Todavia, não me parece seja esse um precedente invocável a sustentar a pretensão na linha daqueles inicialmente citados, pois aqui o que se resolveu foi tão somente questão de cabimento do recurso extraordinário

(inviabilidade do recurso extraordinário interposto com base na alínea *b* quando o acórdão recorrido declara a não recepção de normas anteriores à Constituição).

Conquanto naquele parágrafo único do art. 51 da Lei de Imprensa se tenha a definição de jornalista profissional, sendo importante tal fixação, por exemplo, para o art. 66 da Lei de Imprensa, que dispõe: "O jornalista profissional não poderá ser detido nem recolhido preso antes de sentença transitada em julgado; em qualquer caso, somente em sala decente, arejada e onde encontre todas as comodidades", considero inexistir o risco de se excluir do sistema jurídico dispositivo benéfico aos jornalistas e que lhes garante o pleno exercício do seu direito-dever de informar e não ter de conviver com receio quanto a esse desempenho, porque outros diplomas legais vigentes e não maculados pela eiva de inconstitucionalidade permanecem hígidos no ordenamento.

5.2 Art. 56, na parte final do *caput*, da Lei de Imprensa

> Art. 56. A ação para haver indenização por dano moral poderá ser exercida separadamente da ação para haver reparação do dano material, *e sob pena de decadência deverá ser proposta dentro de 3 meses da data da publicação ou transmissão que lhe der causa*.

Como o primeiro, esse dispositivo não subsiste conforme o que já assentou a jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal. Foi ele, aliás, o primeiro dispositivo da Lei de Imprensa a ser declarado não recepcionado pela Constituição.

Tem-se por pioneiro o julgamento do RE 348.827, Segunda Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, *DJ* de 6-8-2004. Extrai-se do voto do Relator:

> Mas o que deve ser tomado em linha de conta é que a Constituição de 1988 emprestou ao dano moral tratamento especial (CF, art. 5º, V e X) desejando que a indenização decorrente desse dano fosse a mais ampla. É o que ressai, efetivamente, do disposto nos citados incisos V e X: "é assegurado o direito de resposta, proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem" (inciso V); "são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação" (inciso X). Posta a questão nesses termos, considerado o tratamento especial que a Constituição emprestou à reparação decorrente do dano moral, não seria possível sujeitá-la aos limites estreitos da lei de imprensa, como bem decidiu, no Superior Tribunal de Justiça, o Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, no REsp 52.842 (*DJ* de 27-10-1997):
>
> "(...)
>
> De todos os modos, entendo que com a disciplina constitucional de 1988 abre-se o caminho para melhor tratar essas situações que machucam pessoas honradas. A limitação imposta pelo art. 52 da Lei de Imprensa, que restringe a responsabilidade civil da empresa que explora o meio de informação ou divulgação a dez vezes as importâncias fixadas no artigo 51, a meu juízo, não mais está presente.
>
> O regime da lei especial impunha a reparação por danos morais e materiais em casos de calúnia, difamação e injúria e, ainda, quando a notícia gerasse desconfiança no sistema bancário ou abalo de crédito de instituições

financeiras ou de qualquer empresa, pessoa física ou jurídica, provocasse sensível perturbação na cotação das mercadorias e dos títulos mobiliários no mercado financeiro, ou para obter ou procurar obter, para si ou para outrem, favor, dinheiro ou outra vantagem para não fazer ou impedir que se faça pública transmissão ou distribuição de notícias (v. art. 49, I). E as limitações foram escalonadas em dois salários mínimos no caso de publicação ou transmissão de notícia falsa, ou divulgação de fato verdadeiro truncado ou deturpado (art. 16, II, IV), a cinco salários mínimos nos casos de publicação ou transmissão que ofenda a dignidade ou decoro de alguém, a dez salários mínimos nos casos de fato ofensivo à reputação e, finalmente, a 20 salários mínimos nos casos de falsa imputação de crime a alguém, ou de imputação de crime verdadeiro, nos casos em que a lei não admite a exceção da verdade (art. 49, § 1º).

O certo é que o sistema da lei de imprensa compunha no seu tempo um cenário excepcional de condenação por danos morais, daí que estritamente regulamentado, alcançando casos concretos especificados no art. 49, I, antes mencionados.

A Constituição de 1988 cuidou dos direitos da personalidade, direitos subjetivos privados, ou, ainda, direitos relativos à integridade moral, nos incisos V e X do art. 5º, assegurando o direito de resposta proporcional ao agravo, além da indenização por dano material, moral ou à imagem, declarando, ademais, invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra, a imagem das pessoas, assegurando, também, o direito à indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação.

Na verdade, com essa disciplina clara, a Constituição de 1988 criou um sistema geral de indenização por dano moral decorrente da violação dos agasalhados direitos subjetivos privados. E, nessa medida, submeteu a indenização por dano moral ao direito civil comum e não a qualquer lei especial. Isso quer dizer, concretamente, que não se postula mais a reparação pela violação dos direitos da personalidade, enquanto direitos subjetivos privados, no cenário da lei especial, que regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação. Não teria sentido pretender que a regra constitucional nascesse limitada pela lei especial anterior ou, pior ainda, que a regra constitucional autorizasse tratamento discriminatório. Diante dessa realidade é inaplicável, até mesmo, a discutida *gesetzeskonformen Verfassungsinterpretation*, isto é, a interpretação da Constituição em conformidade com a lei ordinária. Dentre os perigos que tal interpretação pode acarretar, Gomes Canotilho aponta o 'perigo de a interpretação da Constituição de acordo com as leis ser uma interpretação inconstitucional' (*Direito Constitucional*, Liv. Almedina, Coimbra, 5. ed., 1991, p. 242). E tal é exatamente o que aconteceria no presente caso ao se pôr a Constituição de 1988 na estreita regulamentação dos danos morais nos casos tratados pela lei de imprensa.

Por tais razões, entendo, desde quando ainda tinha assento na 1ª Câmara Cível, período que aguardo sempre na melhor das lembranças da minha vida, que a indenização por dano moral, com a Constituição de 1988, é igual para todos, inaplicável o privilégio de limitar o valor da indenização para a empresa que explora o meio de informação ou divulgação, mesmo porque a natureza da regra jurídica constitucional é mais ampla, indo além das estipulações da lei de imprensa. E, sendo assim, preciosa é a lição de Sílvio Rodrigues, *verbis*:

> 'Será o juiz, no exame do caso concreto, quem concederá ou não a indenização e a graduará de acordo com a intensidade e duração do sofrimento experimentado pela vítima" (Direito Civil, Saraiva, S. Paulo, vol. 4, 7. ed., 1983, p. 208/209).
>
> (...).'
>
> Se é assim relativamente à tarifação da indenização, que não deve submeter-se aos limites da lei de imprensa, com muito maior razão não poderia a ação em que se pede a reparação sujeitar-se ao exíguo prazo do art. 56 daquela lei. Vale invocar, no ponto, a lição de Darcy de Arruda Miranda ('Comentários à Lei de Imprensa', RT, 3. ed., p. 735) no sentido de que 'a Constituição Federal de 1988 acabou com as limitações de tempo e valor para as ações de reparação de danos materiais e morais, ao dispor, em seu art. 5º, X, que 'são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito de indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação'."

No Supremo Tribunal Federal são encontrados, ainda, os seguintes julgados sobre a mesma matéria: RE 402.287-AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, *DJ* de 26-3-2004; e RE 423.141-AgR, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, *DJ* de 21-10-2005.

5.3 Parágrafo 3º do art. 57 da Lei de Imprensa

> Art. 57. (...)
>
> § 3º Na contestação, apresentada no prazo de 5 (cinco) dias, o réu exercerá a exceção da verdade, se for o caso, indicará as provas e diligências que julgar necessárias e arrolará as testemunhas. A contestação será acompanhada da prova documental que pretende produzir.

O Arguente pede a declaração de não recepção do prazo exíguo de cinco dias para que o réu apresente contestação. Para tanto, invoca os fundamentos do voto proferido pelo Desembargador paulista Rodrigues de Carvalho, proferido no julgamento do Agravo de Instrumento 234.571-4/1 no Tribunal de Justiça de São Paulo, cujo trecho mais relevante transcrevo:

> Se regras como a dos artigos 51 e 52, da "Lei de Imprensa", que determinam o arbitramento tarifário pelo juiz em indenização por dano moral, nas hipóteses de culpa, *strictu sensu*, como também o prazo decadencial do artigo 56, bem como o § 6º do artigo 57, que exigia, como condição para recorrer, o depósito pelo apelante da quantia igual à importância total da condenação restaram derrogadas, não mais incidindo, claro está que o procedimento previsto no § 3º, do artigo 57, mormente no que diz respeito ao prazo para contestar, fica também derrogado. Quanto às três primeiras hipóteses lembradas, citem-se, aqui, os seguintes acórdãos do E. Superior Tribunal de Justiça e desta Câmara: (...).
>
> Sendo assegurado o direito de resposta proporcional ao agravo, além da indenização por dano material e moral, ou à imagem, ou seja, a indenização por dano moral proporcional ao agravo, por conseguinte, da forma mais ampla possível, claro está que ao réu da ação deve-se também assegurar, ainda por força constitucional, o contraditório e a ampla defesa, também proporcional ao agravo que se lhe atribui. É que se há de ter em vista o tratamento igual às partes. Daí por que dever-se valer do procedimento comum em sua inteireza, não havendo motivo a restringir-se o prazo

de defesa. Portanto, pode-se valer o autor, dependendo do valor da causa, tanto do procedimento ordinário, como do procedimento sumário. E pode, também, valer-se, ainda, do procedimento previsto para os Juizados Especiais Cíveis.

Em resumo, se a Constituição Federal permitiu maior amplitude ao direito de resposta do ofendido, quanto ao dano moral exigível inclusive, não se projeta justo restringir ao réu da ação – que merece ter consignado em seu favor a ampla defesa, aqui, mais que nunca, como corolário lógico do *due process of law* –, não se lhe ampliando, também, seu direito de resposta, posto que prazo processual. Quando se amplia o direito de ação, tem de se ampliar, também, o direito de defesa, neste sentido, induvidosamente, o prazo para apresentá-la.

Induvidoso que esses fundamentos são fortes o bastante para se declarar a não recepção do prazo exíguo de cinco dias.

De se ressaltar, ainda, assentar-se contrariedade ao princípio da isonomia. Se, eventualmente, um jornalista é caluniado por um cidadão comum, este terá prazo de quinze dias para contestar numa ação proposta pelo jornalista, enquanto este terá apenas cinco se se tratar de situação inversa. O prazo para contestar, portanto, deveria ser o mesmo previsto no Código de Processo Civil.

5.4 Parágrafo 6º do art. 57 da Lei de Imprensa

Art. 57. (...)

§ 6 º Da sentença do Juiz caberá apelação, a qual somente será admitida mediante comprovação do depósito, pela apelante, de quantia igual à importância total da condenação. Com a petição de interposição do recurso o apelante pedirá expedição de guia para o depósito, sendo a apelação julgada deserta se, no prazo de sua interposição, não for comprovado o depósito.

Além das mesmas razões apresentadas no item anterior (aplicáveis, também, ao § 6º do art. 57), há ainda uma série de precedentes do Superior Tribunal de Justiça, invocados pelo Autor. São eles: REsp 724.261-AgR, Segunda Seção, Rel. Min. Fernando Gonçalves, *DJ* de 30-8-2007; REsp 241.774, Quarta Turma, Rel. Min. César Asfor Rocha, *DJ* de 10-3-2003; REsp 335.682-AgR, Terceira Turma, Rel. Min. Menezes Direito, *DJ* de 11-3-2002; REsp 168.667-ED-ED, Terceira Turma, Rel. Min. Menezes Direito, *DJ* de 16-11-1999; REsp 828.107, Terceira Turma, Rel. Min. Gomes de Barros, *DJ* de 25-9-2006.

Os mesmos fundamentos valem para a exigência de depósito para a interposição de apelação a contrariedade ao princípio da isonomia, posto que na situação inversa não se exige o depósito recursal.

5.5 Art. 60, § 1º e § 2º, e art. 63 da Lei de Imprensa

Art. 60. Têm livre entrada no Brasil os jornais, periódicos, livros e outros quaisquer impressos que se publicarem no estrangeiro.

§ 1º O disposto neste artigo não se aplica aos impressos que contiverem algumas das infrações previstas nos arts. 15 e 16, os quais poderão ter a sua entrada proibida no País, por período de até dois anos, mediante portaria do Juiz de Direito ou do Ministro da Justiça e Negócios Interiores, aplicando-se neste caso os parágrafos do art. 63.

§ 2º Aquele que vender, expuser à venda ou distribuir jornais periódicos, livros ou impressos cuja entrada no País tenha sido proibida na forma do parágrafo anterior, além da perda dos mesmos, incorrerá em multa de até Cr$10.000 por exemplar apreendido, a qual será imposta pelo juiz competente, à vista do auto de apreensão. Antes da decisão, ouvirá o juiz o acusado, no prazo de 48 horas.

Art. 63. Nos casos dos incisos I e II do art. 61, quando a situação reclamar urgência, a apreensão poderá ser determinada, independentemente de mandado judicial, pelo Ministro da Justiça e Negócios Interiores.

O Autor invoca a decisão do Ministro Carlos Velloso que deferiu liminar no MS 214, *DJ* de 2-10-1989 (mandado de segurança contra ato do então Ministro da Justiça Saulo Ramos, que determinara a apreensão de exemplares do *Pasquim*).

Decisão liminar, o Ministro Carlos Velloso não desenvolveu argumentação extensa sobre o assunto.

Entretanto, em face dos princípios da liberdade de expressão e da garantia do devido processo, a possibilidade de o Ministro da Justiça determinar a apreensão de materiais nos moldes previstos no dispositivo questionado parece desarrazoada.

Não há dúvida de que a confirmação da decisão proferida no exame da cautelar haverá de ser feita sem ressalva.

5.6 Parágrafo 2º, primeira parte, do art. 1º da Lei de Imprensa

Art. 1º (...)

§ 2º O disposto neste artigo não se aplica *a espetáculos e diversões públicas, que ficarão sujeitos à censura, na forma da lei*, nem na vigência do estado de sítio, quando o Governo poderá exercer a censura sobre os jornais ou periódicos e empresas de radiodifusão e agências noticiosas nas matérias atinentes aos motivos que o determinaram, como também em relação aos executores daquela medida.

O Autor alega que "a parte ressaltada contraria frontalmente o disposto no art. 5º, inciso IX, e nos § 2º e § 3º do art. 220 da Lei Maior, que, em seu conjunto, vedam qualquer espécie de censura a diversões e espetáculos públicos".

Esse dispositivo é justamente ressalva posta à aplicação da Lei de Imprensa, ou seja, produz apenas efeitos negativos. Não é a ressalva que contrariaria os dispositivos constitucionais invocados, mas a lei que eventualmente fosse criada para censurar os espetáculos e diversões públicas.

5.7 Arts. 3º, 4º, 5º, 6º e 65 da Lei de Imprensa

Art. 3º É vedada a propriedade de empresas jornalísticas, sejam políticas ou simplesmente noticiosas, a estrangeiros e a sociedade por ações ao portador.

§ 1º Nem estrangeiros nem pessoas jurídicas, excetuados os partidos políticos nacionais, poderão ser sócios ou particular de sociedades proprietárias de empresas jornalísticas, nem exercer sobre elas qualquer tipo de controle direto ou indireto.

§ 2º A responsabilidade e a orientação intelectual e administrativa das empresas jornalísticas caberão, exclusivamente, a brasileiros natos, sendo rigorosamente vedada qualquer modalidade de contrato de assistência técnica com empresas ou

organizações estrangeiras, que lhes faculte, sob qualquer pretexto ou maneira, ter participação direta, indireta ou sub-reptícia, por intermédio de prepostos ou empregados, na administração e na orientação da empresa jornalística.

§ 3º A sociedade que explorar empresas jornalísticas poderá ter forma civil ou comercial, respeitadas as restrições constitucionais e legais relativas à sua propriedade e direção.

§ 4º São empresas jornalísticas, para os fins da presente Lei, aquelas que editarem jornais, revistas ou outros periódicos. Equiparam-se às empresas jornalísticas, para fins de responsabilidade civil e penal, aquelas que explorarem serviços de radiodifusão e televisão, agenciamento de notícias, e as empresas cinematográficas.

§ 5º Qualquer pessoa que emprestar seu nome ou servir de instrumento para violação do disposto nos parágrafos anteriores ou que emprestar seu nome para se ocultar o verdadeiro proprietário, sócio, responsável ou orientador intelectual ou administrativo das empresas jornalísticas, será punida com a pena de 1 a 3 anos de detenção e multa de 10 a 100 salários-mínimos vigorantes na Capital do País.

§ 6º As mesmas penas serão aplicadas àquele em proveito de quem reverter a simulação ou que a houver determinado ou promovido.

§ 7º Estão excluídas do disposto nos §§ 1º e 2º deste artigo as publicações científicas, técnicas, culturais e artísticas.

Art. 4º Caberá exclusivamente a brasileiros natos a responsabilidade e a orientação intelectual e administrativa dos serviços de notícias, reportagens, comentários, debates e entrevistas, transmitidos pelas empresas de radiodifusão.

§ 1º É vedado às empresas de radiodifusão manter contratos de assistência técnica com empresas ou organizações estrangeiras, quer a respeito de administração, quer de orientação, sendo rigorosamente proibido que estas, por qualquer forma ou modalidade, pretexto ou expediente, mantenham ou nomeiem servidores ou técnicos que, de forma direta ou indireta, tenham intervenção ou conhecimento da vida administrativa ou da orientação da empresa de radiodifusão.

§ 2º A vedação do parágrafo anterior não alcança a parte estritamente técnica ou artística da programação e do aparelhamento da empresa.

Art. 5º As proibições a que se referem o § 2º do art. 3º e o § 1º do artigo 4º não se aplicam aos casos de contrato de assistência técnica, com empresa ou organização estrangeira, não superior a seis meses e exclusivamente referente à fase de instalação e início de funcionamento de equipamento, máquinas e aparelhamento técnicos.

Art. 6º Depende de prévia aprovação do *Contel* qualquer contrato que uma empresa de radiodifusão pretenda fazer com empresa ou organização estrangeira, que possa, de qualquer forma, ferir o espírito das disposições dos artigos 3º e 4º, sendo também proibidas quaisquer modalidades contratuais que de maneira direta ou indireta assegurem a empresas ou organizações estrangeiras participação nos lucros brutos ou líquidos das empresas jornalísticas ou de radiodifusão.

(...)

Art. 65. As empresas estrangeiras autorizadas a funcionar no País não poderão distribuir notícias nacionais em qualquer parte do território brasileiro, sob pena de cancelamento da autorização por ato do Ministro da Justiça e Negócios Interiores.

Afirma o Autor da arguição que tais dispositivos seriam incompatíveis com o art. 222 da Constituição da República, o qual passou a disciplinar o tema por completo.

Tem razão, também neste ponto, o Autor. O art. 222 da Constituição brasileira dispõe:

> Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.
>
> § 1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.
>
> § 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.
>
> § 3º Compete à lei federal:
>
> I – regular as diversões e espetáculos públicos, cabendo ao Poder Público informar sobre a natureza deles, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada;
>
> II – estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como da propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.
>
> § 4º A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso.

Em que pese se ter no § 4º do art. 3º da lei questionada uma norma contenedora de definição, não gerar maiores dificuldades a suspensão de seus efeitos, pois a parte suspensa do documento legal tornaria despiciendo tal conteúdo.

O argumento do Autor de que os dispositivos questionados, além de não recepcionados pela Constituição, teriam sido revogados pela Lei 10.610/2002, não parece possível de ser examinada na via eleita pelo Autor, por se ater a questão relativa à revogação de uma lei infraconstitucional por outra.

Mas deixo de tecer maiores considerações sobre o ponto, uma vez que a constatação de não recepção dos dispositivos pelo art. 222 da Constituição da República é suficiente para confirmar o entendimento sobre a matéria expedido em sede de cautelar.

5.8 Arts. 20, § 1º e § 2º; 21 e 22 da Lei de Imprensa

> Art. 20. Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime:
>
> Pena: Detenção, de 6 (seis) meses a 3 (três) anos, e multa de 1 (um) a 20 (vinte) salários mínimos da região.
>
> § 1º Na mesma pena incorre quem, sabendo falsa a imputação, reproduz a publicação ou transmissão caluniosa.
>
> § 2º Admite-se a prova da verdade, salvo se do crime imputado, embora de ação pública, o ofendido foi absolvido por sentença irrecorrível.
>
> (...)
>
> Art. 21. Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação:
>
> Pena: Detenção, de 3 (três) a 18 (dezoito) meses, e multa de 2 (dois) a 10 (dez) salários mínimos da região.

§ 1º A exceção da verdade somente se admite:

a) se o crime é cometido contra funcionário público, em razão das funções, ou contra órgão ou entidade que exerça funções de autoridade pública;

b) se o ofendido permite a prova.

§ 2º Constitui crime de difamação a publicação ou transmissão, salvo se motivada por interesse público, de fato delituoso, se o ofendido já tiver cumprido pena a que tenha sido condenado em virtude dele.

Art. 22. Injuriar alguém, ofendendo-lhe a dignidade ou decoro:

Pena: Detenção, de 1 (um) mês a 1 (um) ano, ou multa de 1 (um) a 10 (dez) salários mínimos da região.

Parágrafo único. O juiz pode deixar de aplicar a pena:

a) quando o ofendido, de forma reprovável, provocou diretamente a injúria;

b) no caso de retorsão imediata, que consista em outra injúria.

O Autor sustenta que a previsão de penas mais graves para crimes que também estão previstos no Código Penal apenas pelo fato de serem praticados pela Imprensa "causa grave desproporcionalidade entre os princípios que tratam do sistema de liberdade de comunicação". Afirma ser "(...) preciso manter o delicado equilíbrio entre a liberdade de informação jornalística e os direitos de personalidade. Ocorre que, segundo a redação atual da Lei de Imprensa, a indenização pelo ilícito civil (danos morais e materiais) é limitada, mas, em compensação, as sanções pelos crimes contra a honra são mais severas que as previstas no Código Penal".

A responsabilidade da imprensa e de seus profissionais há de ser cuidada segundo os princípios constitucionais que informam este princípio basilar da convivência democrática e que não pode onerar diversamente aqueles que, no desempenho de função que lhes é próprio, haveriam de responder segundo as normas válidas em igualdade de condições jurídicas com todos os outros profissionais.

É ainda de João Barbalho a afirmativa de que "cada uma das liberdades garantidas pelo art. 72 (da Constituição brasileira de 1981) a ela está sujeita, ainda mesmo que isto se não repita em cada parágrafo. É a consagração do respeito ao direito alheio, da responsabilidade civil e criminal, pelas ofensas e danos que se lhe façam. (...) Mas a respeito do exercício da imprensa conhecem-se dois sistemas de regulá-lo, um por meio de medidas preventivas e de leis repressivas de outro. O primeiro, visando acautelar a sociedade quanto a abusos possíveis, torna-se asfixiante, meticuloso, vexatório e leva, na prática, a tolher-se a liberdade com receio deles, ou sob pretexto de evitá-los, prejudicando a natural e utilíssima expansão da liberdade, tão preciosa de manifestação do pensamento. A Constituição, por maior cautelar, quis proibi-lo às legislaturas ordinárias e prescreveu o segundo, único admissível num regime liberal, o que deixa a cada um a faculdade de manifestar-se como quiser pela imprensa e por qualquer modo de publicidade, uma vez que responda perante os tribunais pelo mau uso que fizer dessa faculdade" (op. cit., p. 431).

A confirmação da decisão preliminarmente tomada impõe-se no caso, de modo a tornar seguro o profissional no exercício de suas funções.

5.9 Art. 20, § 3º, e art. 23 da Lei de Imprensa

Art. 20. (...)

§ 3º Não se admite a prova da verdade contra o Presidente da República, o Presidente do Senado Federal, o Presidente da Câmara dos Deputados, os Ministros do Supremo Tribunal Federal, Chefes de Estado ou de Governo estrangeiro, ou seus representantes diplomáticos.

Art. 23. As penas cominadas dos arts. 20 a 22 aumentam-se de um terço, se qualquer dos crimes é cometido:

I – contra o Presidente da República, Presidente do Senado, Presidente da Câmara dos Deputados, Ministro do Supremo Tribunal Federal, Chefe de Estado ou Governo estrangeiro, ou seus representantes diplomáticos;

II – contra funcionário público, em razão de suas funções;

III – contra órgão ou autoridade que exerça função de autoridade pública.

Quanto ao § 3º do art. 20, não remanesce qualquer dúvida quanto à sua não-recepção pela Constituição de 1988 por absoluta incompatibilidade com os princípios constitucionais republicanos e democráticos que fundamentam o ordenamento constitucional. Os dispositivos constitucionais referentes à liberdade e à responsabilidade firmam a contrariedade daquelas normas, que não mais subsistem pelo primado do sistema constitucional. Tem razão o Autor ao afirmar que "Os princípios da publicidade (art. 37), do Estado Democrático de Direito, somam-se à liberdade de expressão, à plena liberdade de informação jornalística e à vedação de toda e qualquer espécie de censura, e conformam novo sistema normativo que não admite a proteção especial de órgãos ou autoridades públicas em face da crítica da população e da imprensa. A rigor, se até o cidadão comum é passível de ataques à sua honra, imagem e privacidade, *a fortiori* as autoridades constituídas. Não há nenhuma justificativa ou razão plausível para que estas mereçam maior tutela jurídica que aquele."

5.10 Arts. 61, 62, 63 e 64 da Lei de Imprensa

Art. 61. Estão sujeitos à apreensão os impressos que:

I – contiverem propaganda de guerra ou de preconceitos de raça ou de classe, bem como os que promoverem incitamento à subversão da ordem política e social.

II – ofenderem a moral pública e os bons costumes.

§ 1º A apreensão prevista neste artigo será feita por ordem judicial, a pedido do Ministério Público, que o fundamentará e o instruirá com a representação da autoridade, se houver, e o exemplar do impresso incriminado.

§ 2º O juiz ouvirá, no prazo máximo de 24 (vinte e quatro) horas, o responsável pela publicação ou distribuição do impresso, remetendo-lhe cópia do pedido ou representação.

§ 3º Findo esse prazo, com a resposta ou sem ela, serão os autos conclusos e, dentro de vinte e quatro horas, o Juiz proferirá sentença.

§ 4º No caso de deferimento de pedido, será expedido um mandado e remetido à autoridade policial competente, para sua execução.

§ 5º Da decisão caberá recurso, sem efeito suspensivo, para o tribunal competente.

§ 6º Nos casos de impressos que ofendam a moral e os bons costumes, poderão os Juízes de Menores, de ofício ou mediante provocação do Ministério Público, determinar a sua apreensão imediata para impedir sua circulação.

Art. 62. No caso de reincidência da infração prevista no art. 61, inciso II, praticada pelo mesmo jornal ou periódico, pela mesma empresa, ou por periódicos ou empresas diferentes, mas que tenham o mesmo diretor responsável, o juiz, além da apreensão regulada no art. 61, poderá determinar a suspensão da impressão, circulação ou distribuição do jornal ou periódico.

§ 1º A ordem de suspensão será submetida ao juiz competente, dentro de 48 (quarenta e oito) horas, com a justificação da medida.

§ 2º Não sendo cumprida pelo responsável a suspensão determinada pelo juiz, este adotará as medidas necessárias à observância da ordem, inclusive mediante a apreensão sucessiva das suas edições posteriores, consideradas, para efeitos legais, como clandestinas.

§ 3º Se houver recurso e este for provido, será levantada a ordem de suspensão e sustada a aplicação das medidas adotadas para assegurá-la.

§ 4º Transitada em julgado a sentença, serão observadas as seguintes normas:

a) reconhecendo a sentença final a ocorrência dos fatos que justificam a suspensão, serão extintos os registros da marca comercial e de denominação da empresa editora e do jornal ou periódico em questão, bem como os registros a que se refere o art. 9º desta Lei, mediante mandado de cancelamento expedido pelo juiz da execução;

b) não reconhecendo a sentença final os fatos que justificam a suspensão, a medida será levantada, ficando a União ou o Estado obrigado à reparação das perdas e danos, apurados em ação própria.

Art. 63. Nos casos dos incisos I e II do art. 61, quando a situação reclamar urgência, a apreensão poderá ser determinada, independentemente de mandado judicial, pelo Ministro da Justiça e Negócios Interiores.

Art. 64. Poderá a autoridade judicial competente, dependendo da natureza do exemplar apreendido, determinar a sua destruição.

Esses dispositivos falam em apreensão e destruição de impressos considerados "impróprios", nos termos dos incisos I e II do art. 61.

O art. 220, § 1º, § 2º e § 6º, da Constituição da República dispõe que:

Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

§ 1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

§ 2º É vedada toda e qualquer censura de natureza política, ideológica e artística.

§ 6º A publicação de veículo impresso de comunicação independe de licença de autoridade.

Os dispositivos afrontam, de modo direto e objetivo, os princípios e regras constitucionais relativas ao tema. São incompatíveis com a Constituição de 1988, e tudo o que há de deixar – para os que teimam ou não conseguem esquecer – são as memórias amargas de tempos em que a mordaça, não a liberdade, prevaleceu

e fez-nos calados e surdos, porque não havia quem nos pudesse falar com liberdade, nem de liberdade.

Também não seria possível afirmar serem esses dispositivos da Lei de Imprensa recepcionados em face da clareza dos termos do art. 220, § 3º e § 4º, da Constituição:

> Art. 220. (...)
> § 3º Compete à lei federal:
> I – regular as diversões e espetáculos públicos, cabendo ao poder público informar sobre a natureza dele, as faixas etárias a que não se recomendem, locais e horários em que sua apresentação se mostre inadequada;
> II – estabelecer os meios legais que garantam à pessoa e à família a possibilidade de se defenderem de programas ou programações de rádio e televisão que contrariem o disposto no art. 221, bem como de propaganda de produtos, práticas e serviços que possam ser nocivos à saúde e ao meio ambiente.
> § 4º A propaganda comercial de tabaco, bebidas alcoólicas, agrotóxicos, medicamentos e terapias estará sujeita a restrições legais, nos termos do inciso II do parágrafo anterior, e conterá, sempre que necessário, advertência sobre os malefícios decorrentes de seu uso.

De qualquer modo, o art. 220, § 3º e § 4º, da Constituição refere-se à regulação de diversões e espetáculos públicos e propagandas comerciais. Não poderiam ser invocados para as produções jornalísticas, ou seja, à informação, que poderia ser afetada por esses dispositivos da lei questionada.

Não recepcionados os arts. 61 a 64 da lei em pauta, há de se confirmar a decisão liminarmente proferida pelo Plenário deste Supremo Tribunal.

6. Interpretação conforme das expressões contidas no art. 1º, § 1º; art. 2º, parte final do *caput*; art. 14; art. 16, inciso I; e art. 17 da Lei de Imprensa

> Art. 1º (...)
> § 1º Não será tolerada a propaganda de guerra, de processos de *subversão da ordem política e social* ou de preconceitos de raça ou classe.
> Art. 2º É livre a publicação e circulação, no território nacional, de livros e de jornais e outros periódicos, salvo se clandestinos (art. 11) *ou quando atentem contra a moral e os bons costumes*.
> Art. 14. Fazer propaganda de guerra, *de processos para subversão da ordem política e social* ou de preconceitos de raça ou classe:
> Pena: de 1 a 4 anos de detenção.
> Art. 16. Publicar ou divulgar notícias falsas ou fatos verdadeiros truncados ou deturpados, que provoquem:
> I – *perturbação da ordem pública ou alarma social*;
> Pena: De 1 (um) a 6 (seis) meses de detenção, quando se tratar do autor do escrito ou transmissão incriminada, e multa de 5 (cinco) a 10 (dez) salários mínimos da região.
> Art. 17. Ofender *a moral pública e os bons costumes*:
> Pena: Detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano, e multa de 1 (um) a 20 (vinte) salários mínimos da região.

Alega-se, na inicial, que "essas disposições legais, à luz do Estado Democrático de Direito, já não podem ter o mesmo sentido de outrora, por isso que carecem de interpretação conforme o art. 5º, IV e IX, e art. 220, § 1º e § 2º, da Constituição Federal, excluindo-se qualquer hipótese hermenêutica que represente censura de natureza política, ideológica e artística ou constitua embaraço à liberdade de expressão e informação jornalística".

No item anterior, ficou claro que a Constituição impôs algumas restrições relativamente a diversões e espetáculos públicos e propagandas comerciais. No entanto, essas mesmas restrições não valem para matérias jornalísticas, dado o direito à informação (a este a Constituição de 1988 preferiu impor como limite os direitos da personalidade, cuja ofensa ensejará a responsabilização do autor).

Na esteira do que antes concluído, as disposições contrariam os princípios constitucionais, que não permite o seu acolhimento no sistema vigente.

A situação não é, pois, de interpretação conforme, senão que, à evidência, de não recepção também destas normas.

7. Interpretação conforme do art. 37 da Lei de Imprensa

Art. 37. São responsáveis pelos crimes cometidos através da imprensa e das emissoras de radiodifusão, sucessivamente:

I – o autor do escrito ou transmissão incriminada (art. 28 e § 1º), sendo pessoa idônea e residente no País, salvo tratando-se de reprodução feita sem o seu consentimento, caso em que responderá como seu autor quem a tiver reproduzido;

II – quando o autor estiver ausente do País, ou não tiver idoneidade para responder pelo crime:

a) o diretor ou redator-chefe do jornal ou periódico; ou

b) o diretor ou redator registrado de acordo com o art. 9º, inciso III, letra *b*, no caso de programa de notícias, reportagens, comentários, debates ou entrevistas, transmitidos por emissoras de radiodifusão;

III – se o responsável, nos termos do inciso anterior, estiver ausente do País ou não tiver idoneidade para responder pelo crime:

a) o gerente ou proprietário das oficinas impressoras no caso de jornais ou periódicos; ou

b) o diretor ou o proprietário da estação emissora de serviços de radiodifusão.

IV – os distribuidores ou vendedores da publicação ilícita ou clandestina, ou da qual não constar a indicação do autor, editor, ou oficina onde tiver sido feita a impressão.

§ 1º Se o escrito, a transmissão ou a notícia forem divulgados sem a indicação do seu autor, aquele que, nos termos do art. 28, § 1º e § 2º, for considerado como tal, poderá nomeá-lo, juntando o respectivo original e a declaração do autor assumindo a responsabilidade.

§ 2º O disposto neste artigo se aplica:

a) nas empresas de radiodifusão;

b) nas agências noticiosas.

§ 3º A indicação do autor, nos termos do § 1º, não prejudica a responsabilidade do redator de seção, diretor ou redator-chefe, ou do editor, produtor ou diretor.

§ 4º Sempre que o responsável gozar de imunidade, a parte ofendida poderá promover a ação contra o responsável sucessivo, na ordem dos incisos deste artigo.

> § 5º Nos casos de responsabilidade por culpa previstos no art. 37, se a pena máxima privativa da liberdade for de 1 (um) ano, o juiz poderá aplicar somente a pena pecuniária.

O Arguente pede seja dada interpretação conforme do art. 37 da lei questionada, para que o jornalista não seja penalmente responsável pelo conteúdo de entrevistas autorizadas e, para tanto, invoca precedente do Supremo Tribunal Federal:

> *Habeas corpus. Crime de imprensa. Ação penal pública. Denúncia. Nulidades afastadas.*
>
> 1 – Legitimidade passiva *ad causam*: a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal admite, em tese, a responsabilidade do entrevistado pelas opiniões atentatórias à honra de outrem e não do jornalista que as veiculou. (...).
>
> (HC 73.432, Primeira Turma, Rel. Min. Ilmar Galvão, *DJ* de 26-4-1996.)

No mesmo sentido, RHC 63.534, Segunda Turma, Rel. Min. Carlos Madeira, *DJ* de 30-5-1986.

A responsabilização do entrevistado, e não do jornalista, não decorre de uma interpretação da Constituição, mas da legislação infraconstitucional. Entretanto, a matéria aqui imbrica-se com outros itens contidos na lei e que não se coordenam com os princípios constitucionais antes mencionados, aos quais haveria de guardar observância.

8. Interpretação conforme de toda a Lei de Imprensa ou não recepção da Lei 5.250/1967

O Arguente sustenta que:

> Por fim, no que se refere à Lei de Imprensa como um todo – seja em relação às indenizações por danos morais e materiais, às sanções penais, ao direito de resposta ou a qualquer outro dispositivo –, é necessário que a Excelsa Corte fixe interpretação conforme a Constituição Federal, a fim de afastar qualquer possibilidade hermenêutica que represente censura de natureza política, ideológica e artística, constitua embaraço à liberdade de expressão e de informação jornalística ou ainda contrarie quaisquer preceitos fundamentais ora invocados.

A interpretação conforme à Constituição seria aceitável se a) as normas questionadas fossem compadecentes com os princípios constitucionais segundo interpretação que pudesse ser adotada, o que não é o caso; b) se se transpusessem dados prejudiciais que se refere à forma da lei.

9. Inexistência da lei como diploma válido já sob a égide da Carta de 1967

O Arguente sustentou, para fins de medida cautelar, que ameaças "judiciais" estariam a submeter a imprensa nacional. Citou notícia relacionada a relatório da ONG "Repórteres sem Fronteira" sobre as ações judiciais que a imprensa brasileira tem sofrido, além de notícias relacionadas com o caso recentemente divulgado da Igreja Universal do Reino de Deus contra alguns repórteres e meios de comunicação.

É perigoso tratar o direito de ação como ameaça. Assim como é perigoso o abuso do direito de ação. Para esse – ou qualquer abuso a direito –, o próprio

Poder Judiciário é o remédio, na medida em que os juízes têm plena liberdade de identificar os casos e aplicar as punições previstas na legislação processual (como tem ocorrido, segundo noticia a imprensa nacional[8]).

O deferimento da liminar para impedir que se tomem decisões com base nos dispositivos suspensos ou, na hipótese de ser impossível decidir sem examinar esses dispositivos, suspender processos judiciais foi medida necessária e eficaz.

No entanto, é preciso respeitar o direito de acesso ao Judiciário (art. 5º, inciso XXXV, da Constituição) sempre que alguém se sentir lesado nos seus direitos de personalidade tendo do outro lado o exercício da liberdade de expressão e informação. Caberá ao Judiciário (em todas as suas instâncias) decidir como essa relação voltará ao equilíbrio no caso concreto. Nenhum desses direitos são absolutos.

O Judiciário Brasileiro não pode ser considerado uma ameaça. É inadmissível considerar que, com duas instâncias ordinárias e ao menos uma extraordinária, os juízes sejam tão incompetentes a ponto de não fazerem justiça no caso concreto.

Do mesmo modo, o Poder Judiciário não pode ser usado como ameaça, mas para esse caso há remédio. E ele é acessível a todos.

10. A Lei 5.250/1967 sob o regime da Carta de 1967

Este Supremo Tribunal confirmou a cautelar deferida pelo Relator, o eminente Ministro Carlos Britto, "para o efeito de determinar que juízes e tribunais suspendam o andamento de processos e os efeitos de decisões judiciais, ou de qualquer outra medida que versem sobre os" dispositivos da Lei de Imprensa questionados nesta arguição de descumprimento de preceito fundamental, menos os relativos à interpretação conforme.

Entretanto, quando daquele julgamento, não se considerou a validade formal, ou não, do diploma legal questionado.

Explico.

A Lei 5.250 foi promulgada em 9 de fevereiro de 1967, exatos quinze dias subsequentes à outorga da Carta de 24 de janeiro daquele ano.

Em seu art. 150, § 8º, garantia-se ser "livre a manifestação de pensamento, de convicção política ou filosófica e a prestação de informação sem sujeição à censura, salvo quanto a espetáculos de diversões públicas, respondendo cada um, nos termos da lei, pelos abusos que cometer. É assegurado o direito de resposta. A publicação de livros, jornais e periódicos independe de licença da autoridade. Não será, porém, tolerada a propaganda de guerra, de subversão da ordem ou de preconceitos de raça ou de classe."

A lei em questão teria vindo, supostamente, para fixar os termos previstos naquele dispositivo constitucional. Entretanto, o que se continha ali era a conferência ao legislador da responsabilidade de "cada um" pelos abusos.

---

[8] http://conjur.estadao.com.br/static/text/63978,1; http://conjur.estadao.com.br/static/text/63929,1

A ementa mesmo da Lei 5.250/1967 parece contrariar o que se continha no texto constitucional ao fixar que "regula a liberdade de manifestação do pensamento e de informação". A regulação tem espaço onde não há liberdade. Se a manifestação do pensamento e de informação é regulada deixa de ser livre.

O que definia a Carta de 1967 era a possibilidade de o legislador cuidar dos termos nos quais se daria a responsabilização de "cada um" pelos abusos que viesse a cometer no desempenho das funções jornalísticas.

O que se tem, pois, no diploma examinado é abuso do poder de legislar, em contrariedade ao que determinado constitucionalmente.

E tal abuso fica mais patente quando se confronta o diploma legal com a Constituição brasileira de 1988.

A liberdade de imprensa é manifestação da liberdade, considerada em sua amplitude humana. Sem a liberdade de manifestação do pensamento para informar, se informar e ser informado, garantia de cada um, compromete-se a dignidade da pessoa humana.

A liberdade de manifestação do pensamento dá o quadro no qual se há de realizar o ser humano em seu crescimento pessoal e social, particular e político.

A liberdade é dado complementar, senão integrante da dignidade humana.

Por isso é que, sem liberdade – aí encarecida a de manifestação do pensamento, da imprensa e da função do jornalista em razão da matéria objeto do presente julgamento –, não há democracia.

É certo que, em muitos Estados Democráticos, há lei de imprensa. Pelo que não se poderia adotar como exato que lei de imprensa – qualquer uma – fosse incompatível com a Democracia.

Entretanto, a Lei 5.250/1967 põe os seus termos normativos de tal modo que a liberdade de imprensa, que pretensamente seria por ela "regulada", seria extinta.

A rigor, sob a égide da Carta de 1967 já não se poderia ter como válidas as normas questionadas na presente ação, porque destoantes da norma insculpida no art. 150, § 8º, daquele documento fundamental.

11. A imprensa livre é instituição de interesse primário da sociedade democrática. Sua garantia tem sede constitucional. Tudo quanto se lhe atalhe, há de ser considerado incompatível com o sistema fundamental democrático vigente. É ela, assim, uma das garantias das liberdades públicas, ou, na frase de Laboulaye, citado por João Barbalho, "a garantia das garantias".

Se há – e pode haver – excessos, nesta como em qualquer outra profissão, é bem certo que somente a imprensa livre pode fazer face a tais situações. Como acentuou Ruy Barbosa, que comecei lembrando neste voto, "o jornalismo (...) nunca me respeitou a vida privada. Os rancores políticos não se detêm à soleira do meu lar (...) Mas o meu lar está bem alto, a minha vida íntima bem segura (...) Quando nos sitiam (...) sinto bater-me descansado o coração, encaro a minha consciência e durmo em sossego. Quem me assegura o gozo dessa tranquilidade?

A mesma imprensa que, livre para os que me acometem, é igualmente livre para os que me defendem. Necessário será sempre que essas duas liberdades coexistam (...) Porque opostas restrições à liberdade ampla de manifestação do pensamento, não é a liberdade honesta a que prevalecerá: é a liberdade, sempre cara ao poder, a liberdade, o privilégio, o monopólio dos aduladores, dos mercenários (...) se instituirdes a inquisição da palavra escrita, o que teres feito, é banir do jornalismo os homens de alma, as penas independentes, os caracteres ilibados, os escritores mais capazes. (...) Deixai a imprensa com as suas virtudes e os seus vícios. Os seus vícios encontrarão corretivos nas suas virtudes" (op. cit., p. 723).

Por tudo, pois, que tenho como princípio das liberdades constitucionalmente assegurado, é que voto acompanhando o eminente Relator, **julgando procedente a presente arguição de descumprimento de preceito fundamental.**

EXTRATO DA ATA

ADPF 130/DF — Relator: Ministro Carlos Britto. Arguente: Partido Democrático Trabalhista – PDT (Advogados: Miro Teixeira e outros). Arguidos: Presidente da República (Advogado: Advogado-Geral da União) e Congresso Nacional. Interessados: Federação Nacional dos Jornalistas Profissionais – FENAJ (Advogados: Claudismar Zupiroli e outros), Associação Brasileira de Imprensa – ABI (Advogado: Thiago Bottino do Amaral) e Artigo 19 Brasil (Advogado: Eduardo Pannunzio e outros).

Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, julgou procedente a ação, vencidos, em parte, o Ministro Joaquim Barbosa e a Ministra Ellen Gracie, que a julgavam improcedente quanto aos arts. 1º, § 1º; 2º, *caput*; 14; 16, inciso I; e 20, 21 e 22, todos da Lei 5.250, de 9-2-1967; o Ministro Gilmar Mendes (Presidente), que a julgava improcedente quanto aos arts. 29 a 36 da referida lei e, vencido integralmente o Ministro Marco Aurélio, que a julgava improcedente. Ausente, justificadamente, o Ministro Eros Grau, com voto proferido na assentada anterior.

Presidência do Ministro Gilmar Mendes. Presentes à sessão os Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Menezes Direito. Vice-Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.

Brasília, 30 de abril de 2009 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

———

MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 2.139 — DF

Relator: O Sr. Ministro Octavio Gallotti

Relator para o acórdão: O Sr. Ministro Marco Aurélio

Requerentes: Partido Comunista do Brasil – PC do B, Partido Socialista Brasileiro – PSB, Partido dos Trabalhadores – PT, Partido Democrático Trabalhista – PDT — Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional

Processo objetivo – Petição inicial. A petição inicial do processo objetivo deve ser explícita no tocante à causa de pedir.

Jurisdição trabalhista – Fase administrativa. A Constituição Federal em vigor, ao contrário da pretérita, é exaustiva quanto às situações jurídicas passíveis de ensejar, antes do ingresso em juízo, o esgotamento da fase administrativa, alcançando, na jurisdição cível-trabalhista, apenas o dissídio coletivo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, por maioria e nos termos do voto do Ministro Marco Aurélio, em deferir parcialmente a cautelar para dar interpretação conforme à Constituição Federal relativamente ao art. 625-D, introduzido pelo art. 1º da Lei 9.958, de 12 de janeiro de 2000, em sessão presidida pelo Ministro Cezar Peluso, Vice-Presidente, na conformidade da ata do julgamento e das respectivas notas taquigráficas.

Brasília, 13 de maio de 2009 — Marco Aurélio, Relator para o acórdão.

QUESTÃO DE ORDEM

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente): Feito o relatório, esclareço ao Plenário que tenho em mesa a ADI 2.160, com a qual se impugna, além da Lei 9.957, não abrangida pela ação direta de inconstitucionalidade sob a relatoria do Ministro Octavio Gallotti, a Lei 9.958. Tem-se coincidência de objeto. Deixei de preconizar o pregão em conjunto porque há o envolvimento de um diploma que não está versado na ação direta de inconstitucionalidade relatada pelo Ministro Octavio Gallotti.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Senhor Presidente, mas aí a prevenção é de Vossa Excelência.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: É a mesma lei? A que é impugnada na ação direta de inconstitucionalidade do Ministro Octavio Gallotti e mais outra?

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente): E mais uma lei.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: De qualquer maneira...

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente): Aí haveria atração quanto à relatoria do Ministro Octavio Gallotti?

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: O objeto da ação direta de inconstitucionalidade de Vossa Excelência é mais abrangente, é mais amplo.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente): A ação direta de inconstitucionalidade cujo Relator é o Ministro Octavio Gallotti foi distribuída primeiro. Pela numeração podemos constatar: a de que sou Relator é a ADI 2.160 e a do Ministro Octavio Gallotti é a ADI 2.139.

O Sr. Ministro Octavio Gallotti (Relator): A de minha relatoria demorou, porque exigi a juntada da procuração.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente): Estou propenso a ouvir os Colegas.

A rigor, o que teríamos? Se não liberasse o processo com a apreciação da ação direta de inconstitucionalidade...

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Senhor Presidente, pela orientação do Tribunal não pode haver ações diretas de inconstitucionalidade, com o mesmo objeto e com dois Relatores diferentes. Aí, Vossa Excelência teria que transferir a sua ação para a relatoria do Ministro Octavio Gallotti, transferindo também a outra lei.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente): Faço-o prazerosamente, também com a outra lei, porque não vamos determinar o desmembramento.

O Sr. Ministro Octavio Gallotti (Relator): Está em pauta de julgamento? Acho que o racional seria relatar-se a de minha relatoria e a ação direta de inconstitucionalidade do Ministro Marco Aurélio ficaria prejudicada. Sua Excelência votaria em seguida a mim.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente): Quanto ao pedido de concessão de liminar. E deixaríamos as duas tramitando com relatores diversos até o julgamento final?

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Não, a orientação nossa é que havendo coincidência, ainda que parcial, os processos são apensados sob a mesma relatoria.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente): Essa outra lei trata da mesma matéria. A ação direta de inconstitucionalidade de minha relatoria tem uma abrangência maior, porque se ataca a lei precedente.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: A outra lei é conexa?

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente): É conexa, porque cuida do procedimento sumaríssimo na Justiça do Trabalho, afastando a citação por edital. As duas leis têm numeração em sequência, a Lei 9.957 – a que cuida do afastamento da citação por edital – e a Lei 9.958.

Agora, se os Colegas estiverem de acordo com a prevenção, eu, evidentemente, despacho nos autos da ação direta de inconstitucionalidade, muito embora já tenha lançado o visto. Estou pronto para votar, tenho o pedido de informações, estou com relatório e voto feitos.

O Sr. Ministro Nelson Jobim: Ministro, de um jeito ou de outro teria que apensar essa à ação direta de inconstitucionalidade de Vossa Excelência. Pelo que examinei, a ação direta de inconstitucionalidade de Vossa Excelência também ataca o art. 625, *e*?

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: É mais abrangente na mesma lei?

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente): É mais abrangente. Na do Ministro Octavio Gallotti, também se ataca o atestado liberatório?

O Sr. Ministro Octavio Gallotti (Relator): Ataca o art. 625, *d*, e todos os seus parágrafos.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente): Na ação direta de inconstitucionalidade de minha relatoria, impugna-se o art. 625, *d*, e o art. 625, *e*?

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Não há dúvida de que a de Vossa Excelência é mais ampla. É caso absolutamente idêntico, mas, na mesma lei, a de Vossa Excelência é mais ampla.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente): Todavia, na hipótese de distribuição simultânea, nós temos a precedência. No caso de Vossa Excelência, a distribuição foi no mesmo dia, tanto que a ação direta de inconstitucionalidade de Vossa Excelência tinha uma numeração até mais baixa. Estaria prevento o Ministro Octavio Gallotti, pelo fator temporal.

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: A distribuição foi em data diversa?

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente): Sim. Ouço os Colegas quanto à prevenção, quanto à data diversa.

VOTO
(Sobre questão de ordem)

O Sr. Ministro Nelson Jobim: Senhor Presidente, a ADI 2.160 ataca o art. 625, *d*, e o art. 625, *e*. Ataca, também, o inciso II da Lei 9.957, que versa sobre citação. Já a ADI 2.139, Relator o Sr. Ministro Octavio Gallottti, ataca o art. 625, *d*, exclusivamente. Penso que a única coincidência que há é que a ação direta de inconstitucionalidade de relatoria do Ministro Octavio Gallotti refere-se ao art. 625, *d*. A ação direta de inconstitucionalidade de que Vossa Excelência é Relator é mais ampla, porque contém o art. 625, *e*, e também a lei. Creio que há abrangência maior na ação direta de inconstitucionalidade de que Vossa Excelência é Relator.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente): Mas há o fator temporal. A distribuição primeira foi da ação direta de inconstitucionalidade cujo Relator é o Ministro Octavio Gallotti.

O Sr. Ministro Nelson Jobim: Então, a solução seria outra, teria que distribuir para ele a segunda ação direta de inconstitucionalidade. Segundo os dados que tenho do levantamento que eu havia feito, pelo espelho, a distribuição para o Ministro Marco Aurélio foi no dia 2 de março; a distribuição para o Ministro Octavio Gallotti no dia 4 de fevereiro.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente): Com um pormenor: é que, muito embora distribuído no dia 2, o processo só deu entrada no meu gabinete no dia 22. Está havendo um interregno muito grande entre a distribuição e a remessa dos processos aos gabinetes. O Ministro Celso de Mello teve um caso em que houve a distribuição no dia 2 de fevereiro e o recebimento do processo somente em 23 de março. Quer dizer, distribui-se sem o processo estar realmente preparado para a remessa.

Indago aos Colegas se há alguma dúvida quanto à prevenção.

O Ministro Octavio Gallotti concorda?

O Sr. Ministro Octavio Gallotti (Relator): Concordo.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente): Então, fica cancelado o pregão da ação direta de inconstitucionalidade.

EXTRATO DA ATA

ADI 2.139-MC/DF — Relator: Ministro Octavio Gallotti. Requerentes: Partido Comunista do Brasil – PC do B (Advogado: Paulo Machado Guimarães), Partido Socialista Brasileiro – PSB (Advogados: Luiz Arnóbio Benevides Covéllo e outro), Partido dos Trabalhadores – PT (Advogados: Alberto Moreira Rodrigues e outros), Partido Democrático Trabalhista – PDT (Advogado: Ildson Rodrigues Duarte). Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional.

Decisão: O Tribunal, apreciando questão de ordem levantada quanto à prevenção, presente a ADI 2.139-7, distribuída ao Ministro Octavio Gallotti, a ADI 2.160-5, distribuída ao eminente Ministro Marco Aurélio, e a ADI 2.148-6, sob a relatoria do Ministro Celso de Mello, assentou, observadas as datas das distribuições, a prevenção da relatoria do eminente Ministro Octavio Gallotti, embora ocorrida a identidade apenas parcial de objeto. Votou o Presidente. Ausentes, justificadamente, os Ministros Moreira Alves e Carlos Velloso (Presidente). Presidiu o julgamento o Ministro Marco Aurélio (Vice-Presidente).

Presidência do Ministro Marco Aurélio, Vice-Presidente. Presentes à sessão os Ministros Néri da Silveira, Sydney Sanches, Octavio Gallotti, Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Marco Aurélio, Ilmar Galvão, Maurício Corrêa e Nelson Jobim. Ausentes, justificadamente, os Ministros Moreira Alves e Carlos Velloso (Presidente). Vice-Procurador-Geral da República, Dr. Haroldo Ferraz da Nóbrega.

Brasília, 6 de abril de 2000 — Luiz Tomimatsu, Coordenador.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Octavio Gallotti: Apresento a julgamento conjunto das respectivas medidas cautelares as ações diretas de inconstitucionalidade:

a) número 2.139, oposta pelo Partido Comunista do Brasil e outros ao art. 625-D, e seus § 1º a 4º, acrescentados à Consolidação das Leis do Trabalho pela Lei 9.958, de 12 de janeiro de 2000;

b) a de número 2.160, assestada pela Confederação Nacional do Comércio ao item II do art. 852-B, encertado na CLT, pela Lei 9.957, também de 12 de janeiro de 2000.

Pela Lei 9.958, foi acrescentado à Consolidação das Leis do Trabalho o Título VI-A, denominado "Das Comissões de Conciliação Prévia", que, embora voltadas ambas as ações somente ao seu art. 625-D, reproduzo integralmente, para melhor compreensão da controvérsia:

> Art. 625-A. As empresas e os sindicatos podem instituir Comissões de Conciliação Prévia, de composição paritária, com representantes dos empregados e dos empregadores, com a atribuição de tentar conciliar os conflitos individuais do trabalho.
>
> Parágrafo único. As Comissões referidas no *caput* deste artigo poderão ser constituídas por grupos de empresas ou ter caráter intersindical.
>
> Art. 625-B. A Comissão instituída no âmbito da empresa será composta de, no mínimo, dois e, no máximo, dez membros, e observará as seguintes normas:
>
> I – a metade de seus membros será indicada pelo empregador e a outra metade eleita pelos empregados, em escrutínio secreto, fiscalizado pelo sindicato da categoria profissional;
>
> II – haverá na Comissão tantos suplentes quantos forem os representantes titulares;
>
> III – o mandato dos seus membros, titulares e suplentes, é de um ano, permitida uma recondução.
>
> § 1º É vedada a dispensa dos representantes dos empregados membros da Comissão de Conciliação Prévia, titulares e suplentes, até um ano após o final do mandato, salvo se cometerem falta grave, nos termos da lei.
>
> § 2º O representante dos empregados desenvolverá seu trabalho normal na empresa, afastando-se de suas atividades apenas quando convocado para atuar como conciliador, sendo computado como tempo de trabalho efetivo o despendido nessa atividade.
>
> Art. 625-C. A Comissão instituída no âmbito do sindicato terá sua constituição e normas de funcionamento definidas em convenção ou acordo coletivo.
>
> **Art. 625-D. Qualquer demanda de natureza trabalhista será submetida à Comissão de Conciliação Prévia se, na localidade da prestação de serviços, houver sido instituída a Comissão no âmbito da empresa ou do sindicato da categoria.**
>
> **§ 1º A demanda será formulada por escrito ou reduzida a termo por qualquer dos membros da Comissão, sendo entregue cópia datada e assinada pelo membro aos interessados.**

§ 2º Não prosperando a conciliação, será fornecida ao empregado e ao empregador declaração da tentativa conciliatória frustrada com a descrição de seu objeto, firmada pelos membros da Comissão, que deverá ser juntada à eventual reclamação trabalhista.

§ 3º Em caso de motivo relevante que impossibilite a observância do procedimento previsto no *caput* deste artigo, será a circunstância declarada na petição inicial da ação intentada perante a Justiça do Trabalho.

§ 4º Caso exista, na mesma localidade e para a mesma categoria, Comissão de Empresa e Comissão sindical, o interessado optará por uma delas para submeter a sua demanda, sendo competente aquela que primeiro conhecer do pedido.

Art. 625-E. Aceita a conciliação, será lavrado termo assinado pelo empregado, pelo empregador ou seu preposto e pelos membros da Comissão, fornecendo-se cópia às partes.

Parágrafo único. O termo de conciliação é título executivo extrajudicial e terá eficácia liberatória geral, exceto quanto às parcelas expressamente ressalvadas.

Art. 625-F. As Comissões de Conciliação Prévia têm prazo de dez dias para a realização da sessão de tentativa de conciliação a partir da provocação do interessado.

Parágrafo único. Esgotado o prazo sem a realização da sessão, será fornecida, no último dia do prazo, a declaração a que se refere o § 2º do art. 625-D.

Art. 625-G. O prazo prescricional será suspenso a partir da provocação da Comissão de Conciliação Prévia, recomeçando a fluir, pelo que lhe resta, a partir da tentativa frustrada de conciliação ou do esgotamento do prazo previsto no art. 625-F.

Art. 625-H. Aplicam-se aos Núcleos Intersindicais de Conciliação Trabalhista em funcionamento ou que vierem a ser criados, no que couber, as disposições previstas neste Título, desde que observados os princípios da paridade e da negociação coletiva na sua constituição.

(Fls. 14/15.)

Consideram os autores residir no transcrito art. 625-D, e seus quatro parágrafos, nítida restrição ao direito público de o cidadão submeter ao Poder Judiciário lesão ou ameaça decorrente de relação de emprego, porquanto subordinado o ingresso da reclamação à juntada da certidão do fracasso da tentativa conciliatória ou da impossibilidade da observância desse rito.

Só ao reclamante – dentro, ainda, dessa linha de pensamento – poderia tocar a liberdade de escolha do procedimento mais conveniente, evitando o que lhe parecesse assumir caráter procrastinatório.

Estariam, ademais, os dispositivos a atentar contra o disposto no art. 114, § 1º, da Constituição, segundo o qual só cabe a eleição de árbitro quando frustrada a negociação coletiva. Não antecipadamente como prescrevem as normas atacadas.

No concernente ao inciso II do art. 852-B, diz, em suma, a Confederação Nacional dos Trabalhadores do Comércio (ADI 2.160):

(...) a lei processual civil estabelece que o *edital* é uma das fórmulas de citação e a Constituição Federal assegura no *caput* do art. 5º que todos são iguais perante a lei, sem distinção e garante que a *igualdade* é direito *inviolável* para todo

> cidadão. Como então proibir-se que a parte que chega à Justiça do Trabalho não possa dispor de tal meio legal?
> (Grifo da petição inicial de fl. 7 dos autos da ADI 2.160.)

Chamado a pronunciar-se nos autos da ADI 2.139 (art. 10 da Lei 9.868-1999), acentuou, preliminarmente, o Presidente do Senado Federal (fl. 41) a falta de comprovação de poderes dos representantes legais dos Partidos, que outorgaram as procurações utilizadas por seus advogados para o ajuizamento da demanda.

No mérito aduz serem as normas em causa fruto da preocupação de evitar a litigiosidade das relações do trabalho, dentro do mesmo espírito que norteou as disposições constantes dos arts. 10, 8º, III, e 7º, XXVI (fl. 42).

Já o Presidente da Câmara dos Deputados afirma não haver no caso "qualquer sanção ao reclamante que decida ingressar com a ação trabalhista sem submeter a sua demanda à Comissão" (fl. 80), cabendo a esta o diminuto prazo de 10 (dez) dias para tentar a conciliação e, suspenso, enquanto isso, o prazo prescricional.

Às fls. 48/52 (ainda da ADI 2.139), transmitiu o Presidente da República a manifestação da Advocacia-Geral da União da qual destaco esse trecho:

> 21. Na óptica dos Requerentes, **o legislador ordinário não pode excluir, cercear ou tolher** a possibilidade do Poder Judiciário trabalhista, no desempenho de sua competência constitucional, conciliar os conflitos submetidos a ele por qualquer cidadão interessado.
>
> 22. Caso esse entendimento pudesse significar que, a teor do inciso XXXV do art. 5º da Constituição, fosse vedado ao legislador ordinário estabelecer **condições** para o acesso ao Judiciário, estariam invibilizados os institutos da prescrição e da decadência, bem como a aplicação de várias regras de natureza processual, o que não é verdadeiro.
>
> 23. O que não se pode, de fato, é estabelecer condições de acesso ao Judiciário fora dos limites da **razoabilidade.** Assim, parece claro que o legislador ordinário poderia, **sem lesar o mencionado dispositivo constitucional**, condicionar o acesso ao Judiciário a prévia e obrigatória negociação extrajudicial. Isso, aliás, é o que se encontra expresso nos § 1º e 2º do art. 114 da Constituição, quanto aos dissídios coletivos.
>
> 24. **Ressalte-se**, porém, que no caso ora examinado não existe a citada obrigatoriedade. De fato, no próprio *caput* do indigitado art. 625-D da CLT, na redação dada pela Lei nº 9.958/2000, afirma-se que a submissão de qualquer demanda trabalhista à Comissão de Conciliação Prévia **depende de haver, na localidade de prestação de serviços, sido instituída dita Comissão**, no âmbito da empresa ou do sindicato da categoria.
>
> 25. Por outro lado, o art. 625-D, atacado, não constitui dispositivo autônomo, desvinculado de outras normas. Integra ele o Título VI-A, incluído na CLT pela já citada Lei nº 9.958/2000.
>
> 26. Nesse novo Título, o art. 625-A estabelece que as **empresas** e os **sindicatos podem instituir** Comissões de Conciliação Prévia. O art. 625-B prevê composição paritária de membros indicados pelo empregador e pelos trabalhadores.

27. Verifica-se, assim, que os trabalhadores não estão constrangidos a submeter seus conflitos **previamente** às Comissões, uma vez que a criação destas depende da vontade dos mesmos trabalhadores, manifestada diretamente ou por meio de seus legítimos representantes — os sindicatos.

28. Além disso, as regras dos § 2º e § 3º do art. 625-D constituem tão somente meios de comprovação da própria existência da tentativa de solução extrajudicial do conflito, o que, a toda evidência, é matéria passível de ser veiculada pelo legislador ordinário, sendo até mesmo necessária essa veiculação, a teor do art. 114 da Constituição.

29. Na verdade, as regras constantes do novo Título VI-A da CLT, incluídas pela Lei nº 9.958/2000, entre elas a do impugnado art. 625-D, nada mais pretendem que instituir a salutar providência de procurar resolver os conflitos entre o capital e o trabalho mediante negociação extrajudicial, de maneira rápida e segura, deixando para apreciação do Poder Judiciário apenas aqueles cuja solução não seja possível alcançar por esse modo.

30. Tal procedimento já vem sendo adotado, com êxito, em outros países. Ganham, com ele, todos os envolvidos nesses conflitos: os trabalhadores, as empresas e o próprio Poder Judiciário, que se verá livre de apreciar, necessariamente, questões simples, de fácil solução, mas de grande número, que emperram a máquina judiciária, reservando-se para examinar questões mais complexas, de grande interesse social.

31. E essas novas regras, como se demonstrou, não lesam, nem de leve, o inciso XXXV do art. 5º e o art. 114 da Constituição Federal.

32. Fica evidente, assim, a **inexistência** do *fumus boni iuris***,** necessário à concessão da liminar pleiteada, **razão por que deve ser ela indeferida.**

(Fls. 51/2.)

Da Consultoria Jurídica do Ministério do Trabalho e Emprego, veio aos autos, com essas informações, parecer em que se veiculam os seguintes esclarecimentos:

5. A versão original do projeto que resultou na Lei em comento foi elaborada pelo Tribunal Superior do Trabalho, com base em experiências bem sucedidas das organizações sindicais, que há alguns anos, passaram a instituir núcleos ou comissões de conciliação extrajudicial, mediante acordos e convenções coletivas, para solução de impasses resultantes da relação capital-trabalho.

6. A proposição foi encaminhada ao Poder Executivo como parte de um conjunto de projetos elaborados com a finalidade de solucionar a grave situação em que se encontra a Justiça do Trabalho, em face de sua incapacidade para atender ao gigantesco número de demandas – cerca de dois milhões de novas reclamações anuais que se somam a quase um milhão de ações residuais a cada ano. As estatísticas anexas (doc. 1) espelham a necessidade de se estabelecer novos mecanismos que permitam a atuação satisfatória da Justiça.

7. Essas medidas contaram com o apoio do Poder Executivo desde a iniciativa para o encaminhamento ao Poder Legislativo, e durante toda a tramitação, com a efetiva participação das discussões que se realizaram ao longo da tramitação dos projetos no Congresso Nacional.

8. Registre-se que, a par de desafogar a Justiça do Trabalho, as Comissões de Conciliação constituem um mecanismo privilegiado para a autocomposição dos

conflitos entre empregado e empregador, e, em consequência, para preservar os contratos de trabalho em curso.

9. Aliás, de há muito esta Pasta vem estimulando a negociação direta entre as partes por entender que, em qualquer hipótese, a solução negociada é a que melhor consulta ao interesse das partes.

10. Inexplicavelmente, ainda existem setores que preferem a heterocomposição dos conflitos, ou seja, a solução judicial à autocomposição.

(Fls. 55/6.)

A propósito da ADI 2.160, movida como se viu, pela Confederação, contesta o Presidente do Senado a satisfação dos requisitos indispensáveis à concessão da liminar, invocando a "*presunção* de *constitucionalidade* da lei que, emanada do corpo legislativo constitucionalmente competente para criá-la, não pode ser afastada do mundo jurídico, senão após sério, profundo e extenso julgamento da corte constitucional" (fl. 60).

As informações do Presidente da República, na mesma linha das prestadas em relação à Lei 9.958-2000 (ADI 2.139), asseveram, quanto à de número 9.957-2000 (ADI 2.160), relativa à abolição da possibilidade da citação por edital, no procedimento sumaríssimo da Justiça do Trabalho:

19. Também neste ponto não assiste razão à Requerente. Não há que se buscar apoio na legislação processual civil para atacar o dispositivo em exame. A CLT, no que se refere aos dissídios individuais – e apenas a estes se refere a Lei nº 9.957/2000, conforme art. **852-A** – tem dispositivo expresso sobre a notificação ao reclamado (art. 841, § 1º), prevendo que se o reclamado criar embaraços ao recebimento da notificação, ou não for encontrado, far-se-á notificação por edital.

20. Ressalte-se, porém, que aí se trata de reclamação em procedimento normal. A Lei nº 9.957/2000, conforme consta de sua ementa, acrescentou dispositivos à CLT, **instituindo o procedimento sumaríssimo no processo trabalhista.**

21. Assim, no art. **852-A**, ficou estabelecido que "os dissídios individuais cujo valor não exceda a quarenta vezes o salário mínimo vigente na data do ajuizamento da reclamação ficam submetidos ao procedimento sumaríssimo".

22. Já no art. **852-B**, cujo inciso **II** foi impugnado, determina o **inciso III** que "a apreciação da reclamação deverá ocorrer no prazo máximo de **quinze dias** do seu ajuizamento, podendo constar de pauta especial, se necessário, de acordo com o movimento judiciário da Junta de Conciliação e Julgamento." (grifei).

23. Nos dispositivos subsequentes (arts. 852-C a 852-I), percebe-se, claramente, a *mens legis* de imprimir, ao processo, a maior celeridade possível.

24. No entanto, a simples referência, feita no transcrito inciso III do art. 852-B, do prazo de **quinze dias** para apreciar a reclamação já comprova a inviabilidade de se fazer uso de **edital** no caso desse procedimento sumaríssimo. Daí a proibição constante do impugnado inciso II do mesmo artigo.

25. Ressalte-se que improcede a alegação, no caso, de violação ao princípio da igualdade. Tal princípio, como se sabe, consiste em tratar igualmente aos iguais e desigualmente aos desiguais, na medida de suas desigualdades. Ora, todos aqueles que se encontrarem na situação descrita no art. **852-A**, já citado, serão tratados igualmente. E tal situação, que configura o caso de procedimento sumaríssimo, não

pode ser confundida com aquela que configura o procedimento trabalhista normal, para o efeito de se invocar o princípio da igualdade.

26. Anote-se, ainda, que aqueles que estão sujeitos ao procedimento sumaríssimo podem, previamente, utilizar, quando possível, a sistemática da conciliação prévia, que, embora impugnada, em parte, também nesta Ação, é totalmente legítima conforme antes demonstrado.

(Fls. 67/8.)

Uma terceira ação a desafiar a constitucionalidade da Lei 9.958/2000 acha-se proposta pela Confederação Nacional dos Trabalhadores em Estabelecimentos de Ensino, mas sem postulação de medida cautelar.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Octavio Gallotti (Relator): A respeito da preliminar suscitada pelo Senado Federal, penso que, sendo firmadas as procurações pelos Presidentes Nacionais dos Partidos requerentes, é de presumir-se a condição destes, de representantes legais das entidades, aptos à outorga dos mandatos.

Ingressando no exame da relevância jurídica da fundamentação jurídica oposta à constitucionalidade da Lei 9.958/2000, julgo que a garantia insculpida no item XXXV do art. 5º da Constituição não retira ao legislador ordinário a disciplina das condições processuais para o ajuizamento das ações que tenham por finalidade a racionalização do procedimento – como é a hipótese dos autos – e não o escopo de obstruir desarrazoadamente a via do Poder Judiciário.

Na primeira dessas alternativas (a de racionalização) e não na última (a do arbítrio), inscreve-se a edição dos pressupostos processuais contra que se insurgem os autores.

Ademais disso, são de instituição facultativa (art. 625-A, *caput*) as Comissões hostilizadas pelos requerentes, não podendo vir a ser instaladas sem a voluntária participação dos empregados. Sem ocorrer esse consenso, bastará a competente declaração desse fato na inicial da reclamação, para a dispensa da tentativa de conciliação (art. 625-D, § 3º).

Também o prazo de dez dias, facultado à comissão pelo art. 625-F, não parece favorecer o intuito protelatório receado pelos autores, se comparado esse fator com a celeridade que se espera possa advir do almejado desafogo da Justiça do Trabalho, notoriamente congestionada.

Passando a apreciar a Lei 9.957/2000, no que eliminou a citação por edital do procedimento sumaríssimo trabalhista, penso ser perfeitamente natural essa incompatibilidade (dado o intercurso dos prazos inerentes a um e outro institutos). Essa mesma razão de ordem objetiva e racional está a descartar, segundo penso, vislumbre, ao primeiro exame, de discriminação ofensiva ao princípio da igualdade.

Indefiro, portanto, quanto a ambas as ações, o pedido de medida cautelar.

VOTO
(Antecipação)

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Senhor Presidente, recebi inicialmente, por distribuição, a ADI 2.160 e tive oportunidade de elaborar o relatório e também um voto a respeito. Talvez fosse interessante a leitura do voto.

Ressalto, inicialmente, um aspecto: o fato de termos ações ajuizadas por uma confederação nacional de trabalhadores, a Confederação Nacional dos Trabalhadores no Comércio, e pelo Partido Comunista do Brasil (PC do B); Partido Socialista Brasileiro (PSB); Partido dos Trabalhadores (PT) e o Partido Democrático Trabalhista (PDT), o que, pelo menos de início, sugere estarmos diante de diplomas que não atendem aos interesses dos trabalhadores.

Na Lei 9.957/2000, tem-se o preceito que afasta, no procedimento sumaríssimo, a citação por edital. Eis como se encontra redigido:

> Art. 852-B. Nas reclamações enquadradas no procedimento sumaríssimo:
> I – (...);
> II – Não se fará citação por edital, incumbindo ao autor a correta indicação do nome e endereço do reclamado;

A razão de ser da exigência de indicar o autor da ação trabalhista, na peça inicial, o nome e endereço do reclamado está na simplificação do procedimento a ser observado, notando-se adoção da nomenclatura "procedimento sumaríssimo". É razoável que, no âmbito deste, caminhe-se para a citação real, afastando-se a ficta que decorre da publicação do edital e transcurso do prazo nele fixado. Há de homenagear-se a segurança sem que isto resulte em desrespeito à garantia constitucional de, em estando o réu em lugar incerto e não sabido, chegar-se, mesmo assim, ao fim almejado na ação, ou seja, à entrega da prestação jurisdicional, sempre voltada ao restabelecimento da paz social momentaneamente abalada. Então, há de caminhar-se para o empréstimo, ao preceito, de interpretação harmônica com o ditame maior. Faço-o para entender que o procedimento sumaríssimo fica jungido à citação real, afastada a que se rotula como ficta. Uma vez ocorrendo a impossibilidade de feitura por encontrar-se o réu da ação trabalhista em lugar incerto e não conhecido, ter-se-á o abandono do procedimento sumaríssimo, adotando-se aquele que, no processo do trabalho, é a regra, ou seja, o ordinário balizado pela Consolidação das Leis do Trabalho. É esta a interpretação que dou ao preceito, concedendo a liminar nesses termos.

É como voto.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Na Lei 9.957/2000, tem-se o preceito que afasta, no procedimento sumaríssimo, a citação por edital. Eis como se encontra redigido:

> Art. 852-B. Nas reclamações enquadradas no procedimento sumaríssimo:
> I – (...);

> II – Não se fará citação por edital, incumbindo ao autor a correta indicação do nome e endereço do reclamado;

A razão de ser da exigência de indicar o autor da ação trabalhista, na peça inicial, o nome e endereço do reclamado está na simplificação do procedimento a ser observado, notando-se adoção da nomenclatura "procedimento sumaríssimo". É razoável, no âmbito deste, caminhar-se para a citação real, afastando-se a ficta, que decorre da publicação do edital e transcurso do prazo nele fixado. Há de homenagear-se a segurança sem que isto resulte em desrespeito à garantia constitucional de, em estando o réu em lugar incerto e não sabido, chegar-se, mesmo assim, ao fim almejado na ação, ou seja, à entrega da prestação jurisdicional, sempre voltada ao restabelecimento da paz social momentaneamente abalada. Então, há de caminhar-se para o empréstimo, ao preceito, de interpretação harmônica com o ditame maior. Faço-o para entender que o procedimento sumaríssimo fica jungido à citação real, afastada a que se rotula como ficta. Uma vez ocorrendo a impossibilidade de feitura por encontrar-se o réu da ação trabalhista em lugar incerto e não conhecido, ter-se-á o abandono do procedimento sumaríssimo, adotando-se aquele que, no processo do trabalho, é a regra, ou seja, o ordinário balizado pela Consolidação das Leis do Trabalho. É esta a interpretação que dou ao preceito, concedendo a liminar nesses termos.

Quanto à Lei 9.958, de 12 de janeiro de 2000, há de proceder-se à reflexão maior. Outrora, possível era condicionar-se, mediante norma legal, o ingresso em juízo ao esgotamento das vias administrativas. Dispunha a Carta anterior, de 1969:

> A Lei não poderá excluir da apreciação do Poder Judiciário qualquer lesão de direito individual. O ingresso em juízo poderá ser condicionado a que se exauram previamente as vias administrativas, desde que não exigida garantia de instância, nem ultrapassado o prazo de cento e oitenta dias para a decisão sobre o pedido.
> (Art. 153, § 4º, da Constituição Federal de 1969.)

Pois bem, a disciplina do acesso ao Judiciário, com a Carta de 1988, veio a ganhar contornos próprios, distintos daqueles observados sob a égide da Constituição substituída. No inciso XXXV do art. 5º, previu-se que "a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito". Poder-se-ia partir para a distinção, colocando-se, em planos diversos, a exclusão propriamente dita e a condição de esgotar-se, antes do ingresso em juízo, uma determinada fase. Todavia, a interpretação sistemática da Lei Fundamental direciona a ter-se o preceito com outro alcance, o que é reforçado pelo dado histórico, ante a disciplina pretérita. O próprio legislador constituinte de 1988 limitou a condição de ter-se o exaurimento da fase administrativa, para chegar-se à formalização de pleito no Judiciário. Fê-lo no tocante ao desporto, ao dispor, no § 1º do art. 217, que "o Poder Judiciário só admitirá ações relativas à disciplina e às competições desportivas após esgotarem-se as instâncias da justiça desportiva, regulada em lei". Vale dizer que, sob o ângulo constitucional, o livre acesso ao Judiciário sofre uma mitigação e, aí, consubstanciando o preceito respectivo exceção, cabe tão só o empréstimo de interpretação estrita. Destarte, a necessidade de esgotamento da fase administrativa está jungida

ao desporto e, mesmo assim, tratando-se de controvérsia a envolver disciplina e competições, sendo que a chamada justiça desportiva há de atuar dentro do prazo máximo de sessenta dias, contados da formalização do processo, proferindo, então, decisão final – § 2º do art. 217 da Constituição Federal. Também tem-se aberta exceção ao princípio do livre acesso no campo das questões trabalhistas. Entrementes, a norma que versa sobre o tema está limitada aos chamados dissídios coletivos, às ações coletivas, no que se previu, no § 2º do art. 114 da Constituição Federal, que, "recusando-se qualquer das partes a negociação ou a arbitragem, é facultado aos respectivos sindicatos ajuizar dissídio coletivo, podendo a Justiça do Trabalho estabelecer normas e condições, respeitadas as disposições convencionais e legais mínimas de proteção ao trabalho". Constata-se, no entanto, que não se chegou a exigir, em si, a tentativa de solução da pendência, contentando-se a norma com a simples recusa de participação em negociação ou envolvimento em arbitragem.

Pois bem, ninguém coloca em dúvida a valia, sob o ângulo da preservação da paz social, do entendimento direto entre os titulares dos direitos envolvidos na relação jurídica. Esforços devem ser direcionados no sentido da solução dos conflitos que se apresentem, sem chegar-se ao litígio, à formalização de demanda, aos ares que, induvidosamente, levam ao acirramento de ânimos, passando, por vezes, o réu a ver no autor um inimigo, quando este simplesmente aciona direito inerente à cidadania, como ressaltado pela proficiente Cármen Lúcia Antunes Rocha, em verdadeira resistência à tentação humana de vir a exercer a autotutela:

> (...) o direito à jurisdição é a garantia fundamental das liberdades constitucionais. Sem o controle jurisdicional, todos os agravos às liberdades permanecem no limbo político e jurídico das impunidades. Todas as manifestações da liberdade, todas as formas de seu exercício asseguradas de nada valem sem o respectivo controle jurisdicional. A liberdade sem a garantia do pleno exercício do direito à jurisdição é falaciosa, não beneficia o indivíduo, pois não passa de ilusão do direito, o que sempre o acomodamento estéril e a desesperança na resistência justa e necessária. **Não é por acaso que os regimes políticos antidemocráticos iniciam suas partes e manhas políticas pela subtração ou pelo tolhimento do direito à jurisdição**. É que sem este direito plenamente assegurado e exercitável o espaço para as estripulias dos ditadores é mais vasto e o descontrole de seus comportamentos confere-lhes a segurança de que eles se veem necessitados de continuar no poder.

Caminhe-se, assim, para a melhor equação da espécie. Os dispositivos atacados não chegam, de forma clara, precisa, direta, a revelar o obrigatório esgotamento da fase administrativa. É certo, versam sobre a atividade a ser desenvolvida pela Comissão de Conciliação Prévia, aludindo, até mesmo, à juntada do documento que venha a ser elaborado, no caso de insucesso na tentativa de conciliação, à petição inicial da ação trabalhista. Dispensável é esforço maior para atribuir-se ao que se contém no novo art. 625-D interpretação conforme o texto constitucional. Faço-o para assentar que as normas inseridas em nossa ordem jurídica pelo art. 1º da Lei 9.958/2000, mais precisamente pelo novo preceito da Consolidação das Leis do Trabalho, dele decorrente – art. 625-D –, não encerram obrigatória a fase administrativa, continuando os titulares de direito

substancial a terem o acesso imediato ao Judiciário, desprezando a fase que é a revelada pela atuação da Comissão de Conciliação Prévia.

Defiro a liminar em tais termos, ou seja, emprestando às regras do art. 625-D, introduzido na Consolidação das Leis do Trabalho pelo art. 1º da Lei 9.958, de 12 de abril de 2000, interpretação conforme a Constituição Federal, no que assegurado, sob o ângulo dos dissídios individuais de trabalho, o livre acesso ao Judiciário. Nesses termos é o meu voto.

Por último, tem-se o parágrafo único do art. 625-E da Consolidação das Leis do Trabalho, resultante, também, do art. 1º da Lei 9.958/2000. Eis o preceito:

> Parágrafo único. O termo de conciliação é título executivo extrajudicial e terá eficácia liberatória geral, exceto quanto às parcelas expressamente ressalvadas.

Está-se diante da norma que visa não só à segurança jurídica mas, uma vez lavrado o termo de conciliação, a ter-se a plena eficácia deste, afastando-se a necessidade de um processo de cognição para chegar-se, após prolação de sentença, à execução forçada. Tanto o empréstimo de eficácia executiva extrajudicial ao citado termo, como também o de documento liberatório são harmônicos com as balizas constitucionais. Trata-se de previsão das mais razoáveis, quer considerada a circunstância de o documento lavrado contar com a manifestação dos envolvidos, quer, também, pelo fato de, em se cuidando de quitação, liberar aquele que se mostrou, na relação jurídica, compelido a observar um certo direito. Os contornos da quitação ganham, no particular, a eficácia ditada pelo Código Civil, valendo notar que a restrição da Consolidação das Leis do Trabalho, e não da Constituição Federal, segundo a qual a abrangência do recibo, da quitação fica restrita a parcelas e valores constantes do recibo – art. 477, § 2º – a par de colocar sobre a cabeça do empregador verdadeira espada de Dâmocles, serve à simulação de ações para, assim, lograr-se termo de acordo com força de sentença irrecorrível. Indefiro a liminar.

VOTO
(Preliminar)

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Senhor Presidente, a situação até me traz à lembrança o que ocorreu em certo Tribunal Regional, quando se buscava base para o aumento das cadeiras no próprio Regional e, aí, proibiu-se o ajuizamento de dissídios individuais plúrimos com mais de seis autores, seis litisconsortes, a fim de alcançar-se, portanto, em termos estatísticos, um fundamento, um reforço de argumentação, visando a aumentar o número de integrantes da Corte. O que ocorrerá neste caso? Refutaremos o pedido, porque redigido apenas em cinco linhas, ao invés de ter-se uma longa petição discorrendo sobre ele, e será mais um processo a ser enfrentado, mobilizando-se a máquina judiciária, com solicitação de informações, autuação, novo exame pelo Relator, posteriormente, novo pregão, para virmos adentrar o exame da matéria.

Peço vênia para, no caso, entender que é satisfatória a inicial da ação ajuizada pela Confederação Nacional dos Trabalhadores no Comércio e rejeitar a preliminar de não conhecimento quanto a essa matéria.

VOTO
(Preliminar)

O Sr. Ministro Octavio Gallotti (Relator): Senhor Presidente, a título da inconstitucionalidade do art. 625, *d,* e seus parágrafos, a petição inicial da ADI 2.160 tece extensa consideração sobre o referido art. 625, *d,* e seus parágrafos, e uma breve alusão ao art. 625, *e*, que considerei como reforço da argumentação referente à inconstitucionalidade do art. 625, *d*.

O pedido, por sua vez, não declara, numeralmente, os dispositivos impugnados, mas requer a inconstitucionalidade dos artigos e seus respectivos parágrafos, já analisados anteriormente, das leis questionadas, o que considero ser uma remissão ao capítulo II da inicial, a que já me referi, que faz expressa e única referência ao art. 625, *d*.

Daí ter interpretado o pedido, Senhor Presidente, apenas no que se refere ao art. 625, *d*, e não ao art. 625, *e*, da nova redação da CLT, como propõe o eminente Ministro Marco Aurélio.

Assim, estou em que deva ser restrito o conhecimento da ação ao art. 625, *d*, e não ao art. 625, *e*, com a devida vênia do eminente Ministro Marco Aurélio.

VOTO
(Preliminar)

O Sr. Ministro Nelson Jobim: Senhor Presidente, inicialmente havia me impressionado a menção, à fl. 3 da inicial, em relação ao 625, *e*, mas, no entanto, como demonstrou o Ministro Moreira Alves, é um reforço de alegação que diz que o art. 625, *e*, por sua vez, demonstra o pretenso poder delegado para as chamadas comissões prévias, aí, funciona como agregação.

Se viéssemos a conhecer do art. 625, *e*, teríamos um problema, porque as informações prestadas foram exatamente nos termos da inicial tal qual foi posta, e não com essa extração que se faz deste 625, *e*. As informações que constam na pasta só se referem ao art. 625, *d*. Se, por interpretação, estendermos o conhecimento ao *e* teríamos que pedirmos informações.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: O Relator primitivo, que depois deixou de sê-lo, enfocou a matéria. Veja que poderia ser interpretada a inicial em outro sentido.

O Sr. Ministro Nelson Jobim: Não podemos ter interpretações iniciais que dependam de interpretação para se saber o que atacar. Vossa Excelência deveria, então, ter determinado a complementação das informações.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Claro que o enfrentamento de qualquer inicial é feito a partir de uma interpretação desta quanto às balizas subjetivas e objetivas.

O Sr. Ministro Nelson Jobim: Vossa Excelência teria que ter determinado o *interpretatio*, podendo reabrir vista às partes.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Não, Excelência, porque entendi satisfatória a inicial, tanto que, se permanecesse comigo a relatoria, votaria, e garanto, já que os Colegas não tiveram vista do processo, que enfrentaríamos normalmente a questão. É que perdi a relatoria.

O Sr. Ministro Nelson Jobim: Precisamos exigir clareza, porque senão teríamos que exercer uma atividade de pesquisa e interpretação. Isso é ônus da parte que tem percussões iniciais claras.

Peço vênia ao Ministro Marco Aurélio e espero que os autores aprendam a elaborar iniciais.

VOTO
(Preliminar)

O Sr. Ministro Maurício Corrêa: Senhor Presidente, *data venia* do Ministro Marco Aurélio, acompanho o Ministro Relator, entendendo que o art. 625, *e*, não foi impugnado.

VOTO
(Preliminar)

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: Senhor Presidente, sou muito prudente, em face da eficácia preclusiva e, hoje, vinculante da declaração positiva ou negativa nas ações declaratórias de constitucionalidade e de inconstitucionalidade: é grande o risco – dada a abertura da *causa petendi* – da prolação de decisões assim irremediáveis, sem atentar para aspectos relevantes, mas não suscitados, da questão constitucional.

Por esse motivo, na dúvida, eu prefiro não enfrentar esse tema. Reconheço que o assunto é delicado e, ao que me parece, realmente, surge no contexto da petição, antes como reforço de argumentação e, não, como impugnação isolada.

Prefiro, assim, não conhecer da ação direta de inconstitucionalidade no ponto, para que, se for o caso, venham os partidos, as organizações sindicais, a tratar especificamente do assunto: da força liberatória da transação a que se chegue nas comissões.

Acompanho, com a devida vênia, o eminente Relator, neste ponto.

VOTO
(Preliminar)

O Sr. Ministro Néri da Silveira: Senhor Presidente. Segundo esclarece o eminente Ministro Relator, não há, na parte final da inicial, pedido quanto à suspensão desse dispositivo.

Parece-me o bastante para, no caso, não se conhecer da matéria.

VOTO
(Preliminar)

O Sr. Ministro Moreira Alves: Senhor Presidente, a tudo o que já foi dito com relação ao problema de se dever interpretar esta inicial como não abrangente do art. 625, *d*, há de se acrescentar o fato de que os demais dispositivos foram transcritos, e, este não o foi, só havendo uma alusão a ele. Ademais – e até por essa circunstância –, já que seu objeto é diverso do art. 625, *d*, e seus parágrafos, não há ataque em relação a esse dispositivo.

Com a devida vênia do Ministro Marco Aurélio, acompanho o eminente Ministro Relator.

EXTRATO DA ATA

ADI 2.139-MC/DF — Relator: Ministro Octavio Gallotti. Requerentes: Partido Comunista do Brasil – PC do B (Advogado: Paulo Machado Guimarães), Partido Socialista Brasileiro – PSB (Advogados: Luiz Arnóbio Benevides Covéllo e outro), Partido dos Trabalhadores – PT (Advogados: Alberto Moreira Rodrigues e outros), Partido Democrático Trabalhista – PDT (Advogado: Ildson Rodrigues Duarte). Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional.

Decisão: Preliminarmente, o Tribunal, por maioria, vencido o Ministro Marco Aurélio, não conheceu da ação direta no que toca ao art. 1º da Lei 9.958, de 12 de janeiro de 2000, no ponto que introduziu na Consolidação das Leis de Trabalho (CLT) o parágrafo único do art. 625-E. Votou o Presidente. Prosseguindo no julgamento, o Tribunal, por unanimidade, indeferiu a medida liminar no que toca ao art. 1º da Lei 9.957, de 12 de janeiro de 2000, no ponto em que introduziu na Consolidação das Leis do Trabalho (CLT) o inciso II do art. 852-B. Votou o Presidente. E, após o voto do Ministro Octavio Gallotti (Relator), indeferindo a cautelar, e do voto do Ministro Marco Aurélio, deferindo-a, em parte, referentemente ao art. 625-D, introduzido pelo art. 1º da Lei 9.958/2000, o julgamento foi adiado pelo pedido de vista do Ministro Sepúlveda Pertence. Ausentes, justificadamente, os Ministros Sydney Sanches e Celso de Mello.

Presidência do Ministro Carlos Velloso. Presentes à sessão os Ministros Moreira Alves, Néri da Silveira, Octavio Gallotti, Sepúlveda Pertence, Marco Aurélio, Ilmar Galvão, Maurício Corrêa e Nelson Jobim. Procurador-Geral da República, Dr. Geraldo Brindeiro.

Brasília, 30 de junho de 2000 — Luiz Tomimatsu, Coordenador.

VOTO-VISTA

I

O Sr. Ministro Sepúlveda Pertence: 1. Discute-se, na presente ação direta de inconstitucionalidade, e na ADI 2.160 a ela apensada, dispositivos acrescentados à Consolidação das Leis do Trabalho pelas Leis 9.957 e 9.958, ambas de 12

de janeiro de 2000, as quais, respectivamente, em síntese, impossibilitam a citação por edital no procedimento sumaríssimo da Justiça do Trabalho e dispõem sobre as Comissões de Conciliação Prévia.

2. Concluiu-se, em questão de ordem levantada na sessão de 6-4-2000, pela prevenção do Relator da ADI 2.139 – o Ministro **Octavio Gallotti** – em relação às ADI 2.148 e 2.160 – originariamente distribuídas aos Ministros **Marco Aurélio** e **Celso de Mello**, respectivamente –, tendo-se em vista a coincidência de objeto dessas ações e a anterioridade na distribuição.

3. Retomado o julgamento da cautelar em 30-6-2000, fixou o Tribunal, em preliminar, o alcance do pedido formulado na inicial da ADI 2.139, que entendeu restrito ao art. 625-D, incluído na CLT pela Lei 9958/2000, com este teor:

> Art. 625-D. Qualquer demanda de natureza trabalhista será submetida à Comissão de Conciliação Prévia se, na localidade da prestação de serviços, houver sido instituída a Comissão no âmbito da empresa ou do sindicato da categoria.
>
> § 1º A demanda será formulada por escrito ou reduzida a termo por qualquer dos membros da Comissão, sendo entregue cópia datada e assinada pelo membro aos interessados.
>
> § 2º Não prosperando a conciliação, será fornecida ao empregado e ao empregador declaração da tentativa conciliatória frustrada com a descrição de seu objeto, firmada pelos membros da Comissão, que deverá ser juntada à eventual reclamação trabalhista.
>
> § 3º Em caso de motivo relevante que impossibilite a observância do procedimento previsto no *caput* deste artigo, será a circunstância declarada na petição inicial da ação intentada perante a Justiça do Trabalho.
>
> § 4º Caso exista, na mesma localidade e para a mesma categoria, Comissão de empresa e Comissão sindical, o interessado optará por uma delas para submeter a sua demanda, sendo competente aquela que primeiro conhecer do pedido.

4. Na ADI 2.160, além da norma referida, questiona-se a constitucionalidade do inciso II do art. 852-B, acrescentado à CLT pela Lei 9.957/2000, *verbis*:

> Art. 852-B. Nas reclamações enquadradas no procedimento sumaríssimo:
>
> (...)
>
> **II – não se fará citação por edital, incumbindo ao autor a correta indicação do nome e endereço do reclamado.**

5. Já a ADI 2.148 não foi submetida à apreciação do Tribunal, por não haver, nela, pedido cautelar.

6. Argumentou-se, quanto ao art. 625-D, afronta ao "direito público subjetivo dos cidadãos de submeter à apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito decorrente da relação de emprego" (Constituição, inciso XXXV do art. 5º), pois tal norma – além de tolher a liberdade do reclamante de escolha do procedimento mais conveniente – condiciona a admissão de reclamação trabalhista à juntada da certidão do fracasso da tentativa conciliatória ou da impossibilidade da observância desse rito.

7. Estaria violado, ainda, o § 1º do art. 114 da Lei Fundamental, segundo o qual a eleição de árbitros ocorre somente quando frustrada a negociação coletiva, e não de forma antecipada, como prescreveria o dispositivo atacado.

8. Quanto à vedação da citação por edital nas reclamações enquadradas no procedimento sumaríssimo (art. 852-B, II, da CLT, na redação conferida pela Lei 9.957/2000), aduziu-se o princípio da igualdade, considerada a utilização do edital como uma das fórmulas de citação no processo civil.

9. O eminente Relator, Ministro **Octavio Gallotti**, enquadrou a "edição dos pressupostos processuais contra que se insurgem os autores" na racionalização do procedimento, que a garantia da inafastabilidade do controle judicial não retira do legislador ordinário.

10. Ressaltou Sua Excelência, ainda quanto ao art. 625-D introduzido na CLT pela Lei 9.958/2000, que o *caput* do art. 625-A condicionaria a criação das Comissões de Conciliação Prévia à participação voluntária dos empregados, pelo que seriam facultativas[1].

11. Tanto que – esclareceu o Relator –, de acordo com § 3º do art. 625-D, bastaria, para a dispensa da tentativa de conciliação, a declaração do dissenso sobre a criação do órgão na inicial da ação trabalhista.

12. Divergiu do Relator o Ministro **Marco Aurélio** para – após discorrer sobre a mitigação do princípio do livre acesso ao Judiciário nos dissídios coletivos trabalhistas (CF, art. 114, § 2º) e na seara da Justiça Desportiva (CF, art. 217, § 1º) – dar interpretação conforme o texto constitucional, no sentido de que o art. 625-D não obriga a fase de conciliação prévia que disciplina, "continuando os titulares de direito substancial a terem o acesso imediato ao Judiciário desprezando a fase que é a revelada pela atuação da Comissão de Conciliação Prévia".

13. Sobre o dispositivo da Lei 9.957/2000, o Relator afastou a alegada violação ao princípio da isonomia por incompatibilidade entre a citação ficta e o procedimento sumaríssimo trabalhista, tendo em vista a razão de ordem objetiva e racional atinente à agilidade pretendida pela norma impugnada, no que foi seguido, por unanimidade, pelo Tribunal.

14. Pedi, então, vista para melhor apreciar a questão do art. 625-D.

15. São as anotações que faço para rememorar o caso.

II

16. Tanto o Ministro **Gallotti** quanto o Ministro **Marco Aurélio** louvam a intenção da norma sob exame de incentivar a solução dos conflitos diretamente

---

[1] Lei 9.958/2000: "Art. 625-A. As empresas e os sindicatos podem instituir Comissões de Conciliação Prévia, de composição paritária, com representantes dos empregados e dos empregadores, com a atribuição de tentar conciliar os conflitos individuais do trabalho."

pelos titulares dos direitos envolvidos na relação jurídica – ponto no qual também não divirjo.

17. O desacordo está na possibilidade de o procedimento por ela instaurado significar verdadeira condição processual que impeça o exercício do direito de ação desses titulares antes do esgotamento dessa nova fase.

18. Ora, não nego que possa o legislador ordinário estipular condições para o ajuizamento de ações; não podendo elas, no entanto, serem desproporcionais a ponto de restringir a universalidade da jurisdição do Poder Judiciário.

19. Sob esse fundamento, votei com o Tribunal recentemente pela inconstitucionalidade de dispositivo que exigia, para o ajuizamento de ação judicial que tivesse por objeto a discussão de débito para com o INSS, o depósito prévio do valor corrigido e acrescido de multa e juros (ADI 1.074, Pleno, **Eros Grau**, *DJ* de 25-5-2007).

20. No caso, a redação do art. 625-A sugere a natureza facultativa do ato de instituição das Comissões de Conciliação Prévia, conforme observou o em. Ministro **Gallotti**.

21. Mas o caráter imperativo do *caput* do art. 625-D torna extreme de dúvidas a submissão de "qualquer demanda de natureza trabalhista" à Comissão porventura instituída – no âmbito da empresa ou do sindicato da categoria.

22. Não há, percebe-se, determinação expressa de que a sujeição da demanda à Comissão de Conciliação Prévia configure novo pressuposto processual do ajuizamento da reclamação trabalhista.

23. Tal entendimento estaria evidenciado nos § 2º e § 3º do art. 625-D, os quais exigem que sejam declarados na petição inicial de eventual ação perante a Justiça do Trabalho – respectivamente – a tentativa conciliatória frustrada ou o motivo relevante que teria impossibilitado a adoção do procedimento.

24. Essa interpretação ganha força quando considerada a adjetivação ocorrida no próprio nome dessas comissões de conciliação: por óbvio, a anterioridade do procedimento não se refere ao acordo almejado, que é seu eventual ato conclusivo; mas, sim, ao exercício do direito de ação – reflexo subjetivo da garantia da prestação jurisdicional (CF, art. 5º, XXXV).

25. Daí a possibilidade de entender-se compulsória a submissão da pretensão trabalhista à Comissão de Conciliação Prévia já constituída, sob pena de inadmissibilidade da ação proposta na Justiça do Trabalho.

26. Contudo, assim como o Ministro **Marco Aurélio**, entendo que a eliminação na Constituição atual da previsão, existente na Carta decaída, da possibilidade de exigência da exaustão da instância administrativa significa sua limitação às hipóteses que o legislador constituinte de 1988 enumerou (§ 1º do art. 217 e

§ 2º do art. 114 – certo que a alteração desta última norma pela EC 45/04[2] não prejudica o raciocínio desenvolvido).

27. Nesse contexto, parece-me que a norma impugnada – e realço que o julgamento é do pedido cautelar – impede, ainda que de maneira velada, a opção do imediato acesso à Justiça do Trabalho do titular da pretensão substancial.

III

28. Assim, com as devidas vênias, acompanho o Ministro **Marco Aurélio** para deferir em parte a medida cautelar quanto ao art. 625-D da Consolidação das Leis do Trabalho – introduzido pela Lei 9.958/2000 –, e assegurar, com relação aos dissídios individuais de trabalho, o livre acesso ao Judiciário, independentemente de instauração ou da conclusão do procedimento perante Comissão de Conciliação Prévia: é o meu voto.

VOTO

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Senhora Presidente, acompanho também o voto divergente, iniciado com o Ministro Marco Aurélio, e, agora, com o voto do Ministro Sepúlveda Pertence.

VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Senhora Presidente, também acompanho o eminente Ministro Sepúlveda Pertence.

Entendo, também, que o dispositivo, o art. 625, *d*, da lei impugnada, impede o pleno acesso à jurisdição e, portanto, ofende a cláusula da universalidade da jurisdição prevista em nossa Constituição.

Assim, acompanho o voto não apenas do eminente Ministro Sepúlveda Pertence, mas também o voto já proferido do Ministro Marco Aurélio.

VOTO

O Sr. Ministro Eros Grau: Senhora Presidente, acompanho a divergência instalada pelo Ministro Marco Aurélio e, também, o voto do Ministro Sepúlveda Pertence.

---

[2] Constituição Federal, § 2º do art. 114 – Redação originária: "Recusando-se qualquer das partes à negociação ou à arbitragem, é facultado aos respectivos sindicados ajuizar dissídio coletivo, podendo a Justiça do Trabalho estabelecer normas e condições, respeitadas as disposições convencionais e legais mínimas de proteção ao trabalho." Redação da EC 45/2004: "Recusando-se qualquer das partes à negociação coletiva ou à arbitragem, é facultado às mesmas, de comum acordo, ajuizar dissídio coletivo de natureza econômica, podendo a Justiça do Trabalho decidir o conflito, respeitadas as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente."

EXPLICAÇÃO

O Sr. Ministro Carlos Britto: Senhora Presidente, aguardo a vista do Ministro Joaquim Barbosa, mas quero lembrar que, para o Professor José Afonso da Silva, a maior de todas as garantias constitucionais é exatamente esta: a livre acessibilidade ao Poder Judiciário, sem a qual todas as outras ruiriam.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Também quero lembrar que, em vários países do mundo onde vige o mesmo princípio, há processos obrigatórios de conciliação prévia e, sobretudo, de mediação prévia. A Constituição apenas proíbe que se exclua! Não vejo por que a exigência excluiria recurso ao Judiciário.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: A questão se resolve em outro campo. A Carta dita decaída pelo Ministro Sepúlveda Pertence remetia ao legislador ordinário a fixação de fases prévias. A atual esgotou a matéria e disciplinou as situações reveladoras da necessidade de esgotamento no campo administrativo.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Mas a Carta decaída tinha motivos políticos para ser mais clara em certas coisas.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Esgotou a matéria via disciplina direta.

EXTRATO DA ATA

ADI 2.139-MC/DF — Relator: Ministro Octavio Gallotti. Requerentes: Partido Comunista do Brasil – PC do B (Advogado: Paulo Machado Guimarães), Partido Socialista Brasileiro – PSB (Advogados: Luiz Arnóbio Benevides Covéllo e outro), Partido dos Trabalhadores – PT (Advogados: Alberto Moreira Rodrigues e outros), Partido Democrático Trabalhista – PDT (Advogado: Ildson Rodrigues Duarte). Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional.

Decisão: Renovado o pedido de vista do Ministro Sepúlveda Pertence, justificadamente, nos termos do § 1º do art. 1º da Resolução 278, de 15 de dezembro de 2003. Presidência do Ministro Maurício Corrêa. Plenário, 28-4-2004.

Decisão: Após o voto-vista do Ministro Sepúlveda Pertence, que acompanhou a divergência iniciada pelo Ministro Marco Aurélio, para deferir parcialmente a cautelar, no que foi acompanhado pelos votos da Ministra Cármen Lúcia e dos Ministros Ricardo Lewandowski e Eros Grau, pediu vista dos autos o Ministro Joaquim Barbosa.

Presidência da Ministra Ellen Gracie. Presentes à sessão os Ministros Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Eros Grau, Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia. Procurador-Geral da República, Dr. Antonio Fernando Barros e Silva de Souza.

Brasília, 16 de agosto de 2007 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Trata-se de duas ações diretas de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, ajuizadas: a primeira, pelo Partido Comunista do Brasil e outros (ADI 2.139), na qual se impugna o art. 625-D, *caput* e § 2º e § 3º, da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), assim redigidos:

> **Art. 625-D. Qualquer demanda de natureza trabalhista será submetida à Comissão de Conciliação Prévia se, na localidade da prestação de serviços, houver sido instituída a Comissão no âmbito da empresa ou do sindicato da categoria.**
>
> § 1º A demanda será formulada por escrito ou reduzida a termo por qualquer dos membros da Comissão, sendo entregue cópia datada e assinada pelo membro aos interessados.
>
> **§ 2º Não prosperando a conciliação, será fornecida ao empregado e ao empregador declaração da tentativa conciliatória frustrada com a descrição de seu objeto, firmada pelos membros da Comissão, que deverá ser juntada à eventual reclamação trabalhista.**
>
> **§ 3º Em caso de motivo relevante que impossibilite a observância do procedimento previsto no *caput* deste artigo, será a circunstância declarada na petição inicial da ação intentada perante a Justiça do Trabalho.**
>
> § 4º Caso exista, na mesma localidade e para a mesma categoria, Comissão de empresa e Comissão sindical, o interessado optará por uma delas para submeter a sua demanda, sendo competente aquela que primeiro conhecer do pedido.

E a segunda, pela Confederação Nacional dos Trabalhadores no Comércio (ADI 2.160), na qual se impugna, além do art. 625-D, *caput* e § 2º e § 3º, o art. 625-E, parágrafo único, e o art. 852-B, II, todos da CLT, esses últimos abaixo transcritos:

> Art. 625-E. Aceita a conciliação, será lavrado termo assinado pelo empregado, pelo empregador ou seu preposto e pelos membros da Comissão, fornecendo-se cópia às partes.
>
> **Parágrafo único. O termo de conciliação é título executivo extrajudicial e terá eficácia liberatória geral, exceto quanto às parcelas expressamente ressalvadas.**
>
> Art. 852-B. Nas reclamações enquadradas no procedimento sumaríssimo:
>
> I – o pedido deverá ser certo ou determinado e indicará o valor correspondente;
>
> **II – não se fará citação por edital, incumbindo ao autor a correta indicação do nome e endereço do reclamado.**

Os requerentes sustentam que o art. 625-D e seus parágrafos afrontam o art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, porque condicionam a propositura da reclamação trabalhista à submissão da demanda às **comissões de conciliação prévia**, onde instituídas. Em outras palavras, sustentam que tal norma viola "a liberdade dos cidadãos de submeterem ao Poder Judiciário a apreciação de suas demandas de natureza trabalhista" (ADI 2.139).

Alegam também que a medida estabelecida nas normas atacadas tem caráter procrastinatório, retardando a apreciação das demandas pelo Poder Judiciário, e

invade a competência da Justiça do Trabalho para a conciliação das demandas trabalhistas (art. 114 da Constituição Federal, com redação anterior a EC 45/2004).

Em 30-6-2000, o Plenário apreciou em conjunto os pedidos de medida cautelar e decidiu:

a) por maioria, não conhecer da ação direta no que se refere ao parágrafo único do art. 625-E, da CLT; e

b) por unanimidade, indeferir o pedido quanto ao art. 852-B, II, da CLT, uma vez que a razoabilidade e a celeridade almejadas pela norma impugnada se mostram incompatíveis com a citação ficta.

c) Quanto ao art. 625-D, o Relator, Ministro Octavio Gallotti, votou pelo indeferimento do pedido de medida cautelar, e o Ministro Marco Aurélio divergiu parcialmente, dando interpretação conforme ao dispositivo, de forma a afastar a *obrigatoriedade* da submissão da demanda à **comissão de conciliação prévia**. O Ministro Sepúlveda Pertence, em seu voto-vista proferido no dia 16-8-2007, acompanhou o Ministro Marco Aurélio e sustentou que o art. 625-D estabeleceu um pressuposto processual para o ajuizamento da reclamação trabalhista, fulminando o exercício do direito de ação. Afirmou, ainda, que não existe na Constituição Federal a possibilidade de exigência da exaustão da instância administrativa, salvo em duas hipóteses: em matéria desportiva (art. 217, § 1º, CF/1988) e em dissídio coletivo (art. 114, § 2º, CF/1988).

Naquela assentada, também acompanharam a divergência a Ministra Cármen Lúcia e os Ministros Ricardo Lewandowski e Eros Grau.

Para uma análise mais detida do caso, pedi vista dos autos.

Senhor Presidente, a norma ora atacada determina que "qualquer demanda de natureza trabalhista será submetida à Comissão de Conciliação Prévia se, na localidade da prestação de serviços, houver sido instituída a Comissão no âmbito da empresa ou do sindicato da categoria" (art. 625-D). E também que "não prosperando a conciliação, será fornecida ao empregado e ao empregador declaração da tentativa conciliatória frustrada com a descrição de seu objeto, firmada pelos membros da Comissão, que deverá ser juntada à eventual reclamação trabalhista" (art. 625-D, § 2º).

A leitura dos dispositivos conduz à constatação de que para ajuizar a reclamação trabalhista, o empregado deverá, **obrigatoriamente**, submeter sua questão previamente a uma Comissão de Conciliação existente dentro da empresa em que trabalha ou dentro do sindicato da categoria a que pertence.

Ou seja, a apreciação da demanda pelo Poder Judiciário somente será viável e possível se não houver acordo na esfera extrajudicial.

Há, portanto, a meu sentir, uma séria restrição ao direito de acesso à Justiça para os trabalhadores, o que implica ofensa ao art. 5º, XXXV, da Constituição.

Com efeito, sobre o importante direito à jurisdição, o Ministro Celso de Mello assim se manifestou no RE 422.642:

> o sistema constitucional brasileiro consagra, em favor de qualquer pessoa, o direito à jurisdição, expressamente assegurado pelo princípio da inafastabilidade do *judicial review* (CF, art. 5º, XXXV). Impõe-se observar, por isso mesmo, que a instauração de processos judiciais traduz legítima expressão de uma prerrogativa constitucional assegurada, pela Carta Política, a qualquer pessoa, entidade ou organização que se sinta lesada ou ameaçada de lesão, em seus direitos, por comportamentos abusivos ou ilegais praticados quer por particulares, quer pelo próprio Poder Público. Na realidade, o acesso ao Poder Judiciário reflete, na significativa projeção dos seus efeitos, uma expressiva garantia de índole constitucional destinada a permitir a intervenção do Poder Judiciário com o objetivo de restaurar a ordem jurídica vulnerada por atos eivados de ilicitude ou de desrespeito ao sistema normativo. A possibilidade de solução jurisdicional dos conflitos sociais representa índice revelador do grau de desenvolvimento cultural dos povos e significa, por isso mesmo, a diferença fundamental entre civilização e barbárie. O direito ao processo – mesmo quando exercido numa perspectiva multitudinária – constitui prerrogativa jurídica da maior relevância. Funda-se em proclamação formal, que, introduzida, de modo explícito, pela Constituição democrática de 1946 (art. 141, § 4º), tem sido reiterada, ao longo do nosso processo histórico, pelos sucessivos documentos constitucionais republicanos até hoje promulgados. O legislador constituinte, ao consagrar o postulado assegurador do ingresso em juízo, fez uma clara opção de natureza política, pois teve a percepção – fundamental sob todos os aspectos – de que, onde inexiste a possibilidade do amparo judicial, há, sempre, a realidade opressiva e intolerável do arbítrio do Estado ou, até mesmo, dos excessos de particulares, quando transgridem, injustamente, os direitos de qualquer pessoa. É por essa razão que a norma constitucional garantidora do direito ao processo tem sido definida por eminentes autores como o parágrafo régio do Estado Democrático de Direito, pois, sem o reconhecimento dessa essencial prerrogativa de caráter político-jurídico, restarão descaracterizados os aspectos que tipificam as organizações estatais fundadas no princípio da liberdade.
>
> (RE 422.642, Rel. Min. *Celso de Mello*, decisão monocrática, 23-4-2004.)

Nesse sentido, Senhor Presidente, ressalto que entendo plenamente válida a existência das Comissões de Conciliação Prévia e a submissão das demandas a elas como uma **faculdade** outorgada aos trabalhadores. Portanto, aqueles que optarem pela tentativa de solução do litígio extrajudicialmente devem seguir o disposto nos artigos ora atacados.

O que não se admite é que se retire do jurisdicionado a possibilidade de dirigir-se diretamente ao Poder Judiciário em caso de lesão ou ameaça de lesão a seu direito.

Com essas considerações, e com as vênias de estilo, acompanho a divergência, para dar interpretação conforme aos dispositivos impugnados e afastar a **obrigatoriedade** da submissão das demandas trabalhistas à **comissão de conciliação prévia**.

É como voto.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Vossa Excelência está proferindo voto na ADI 2.160?

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Em ambas. Vossa Excelência não fez o chamado das duas?

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Das duas, em conjunto.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Em conjunto. O voto é nas duas.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Mas a interpretação é só do 625, *d*?

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Não. É dos arts. 625, *d*, § 2º e § 3º, e 625-*e,* e parágrafo.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Em relação ao 625, *d*, Vossa Excelência está entendendo que é facultativa a submissão prévia às comissões.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Está dando interpretação conforme.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Eu estou acompanhando a divergência.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): E em relação ao 625, *e*?

O Sr. Ministro Marco Aurélio: O voto que proferi é no sentido do indeferimento da liminar, já que o termo, para haver concretude da atuação da comissão, passa a ganhar contornos de título executivo. Daí ter caminhado no sentido de indeferir a liminar.

A ADI 2.160 é mais abrangente, versa a inconstitucionalidade de outros artigos, além do 625-D. Aliás, salvo melhor juízo, com apreciação, a rigor, da ADI 2.160, mais abrangente, fica prejudicado o exame da liminar na 2.139.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Eu acho que o Plenário não conheceu na outra assentada, só conheceu do 625, *e*.

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): O eminente Ministro Joaquim Barbosa tem razão. O Plenário já não conheceu da ação quanto ao 625, *e*. Então nós estamos, na verdade, votando apenas em relação ao 625, *d*, em relação ao qual o voto de Vossa Excelência confere interpretação conforme para entender não obrigatória a submissão.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Senhor Presidente, eu acompanho.

Acho que essa interpretação conforme, proposta pelo Ministro Marco Aurélio e, agora, sufragada pelo Ministro Joaquim Barbosa, concilia bem as coisas, estimula a conciliação. A conciliação, cada vez mais, se faz necessária como etapa do processo na resolução dos conflitos.

A Ministra Ellen Gracie, quando passou pela Presidência da Casa, colocou ênfase no processo conciliatório, no âmbito da Justiça em geral, e mantém uma tradição também da Justiça do Trabalho de tentar a conciliação que a Constituição até prevê, às expressas, em matéria de negociação coletiva e sem sacrificar o direito de ação, o direito universal de acesso à jurisdição. Basta, portanto, dar uma interpretação conforme, retirando do dispositivo esse sentido da obrigatoriedade da conciliação antes do ingresso no Judiciário.

Mas parece que o Ministro Marco Aurélio, quando do seu voto inicial, também fez uma observação que me parece absolutamente procedente. É que, quando a Constituição quer excluir da apreciação do Poder Judiciário uma demanda, o faz expressamente, a propósito da justiça desportiva.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): Exato.

Inclusive fiz uma interpretação sistemática, considerada a Carta anterior. O art. 143, § 4º, abria margem ao legislador ordinário à introdução de outras situações concretas em que o ingresso em juízo dependeria da negociação prévia, que deve ser estimulada, não tenho a menor dúvida.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Deve ser estimulada. Está certo.

Veja que, quando a Constituição ressalva a possibilidade...

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Relator): As duas situações concretas: justiça desportiva, quanto às competições e à disciplina, e dissídio coletivo, nos conflitos coletivos de interesse, como apontou Vossa Excelência.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Perfeito. E, ainda assim, quando fala da Justiça Desportiva, a Constituição assina prazo, no art. 217:

> (...)
> § 2º A justiça desportiva terá o prazo máximo de sessenta dias, contados da instauração do processo, para proferir decisão final.

Quer dizer, sentando praça desse princípio regente do ingresso em juízo, porque o fato é que a Constituição diz que a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário. É um comando constitucional raríssimo, porque implica bloqueio à função legislativa, ou seja, a Constituição proíbe o exercício da função legislativa, que não pode impedir o acesso das partes ao Poder Judiciário.

Acompanho Vossa Excelência, com o voto agora do Ministro Joaquim Barbosa.

VOTO

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Presidente): Peço vênia aos votos divergentes, mas indefiro a medida liminar.

Acho que, com o devido respeito, a postura da Corte em restringir a possibilidade da tentativa obrigatória de conciliação está na contramão da história, porque em vários outros países, hoje, se consagra a obrigatoriedade do recurso às chamadas vias alternativas de resolução de conflitos, até porque o Poder Judiciário – e não é coisa restrita à experiência brasileira, mas fenômeno mais ou menos universal – não tem dado conta suficiente da carga de processos e com isso tem permitido a subsistência de litígios que são absolutamente contrários à paz social.

Em segundo lugar, a mim parece-me também, com o devido respeito, que não há nenhum bloqueio nem impedimento, nem exclusão do recurso à universalidade da jurisdição. O que há é simplesmente tentativa preliminar de conciliar

e de resolver pacificamente o conflito, com a vantagem de uma solução não ser imposta autoritariamente, que sempre causa contrafeição, constrangimentos, alguma forma de resistência às decisões do Poder Judiciário. As soluções consensuais são, em todas as medidas, as melhores do ponto de vista social.

Em terceiro lugar, a conciliação, conquanto pelo Judiciário, tem sido feita. O Código de Processo Civil é expresso sobre a necessidade de tentativa de conciliação, em alguns casos logo na instauração do processo, noutros casos antes da decisão de saneamento, o que simplesmente altera o órgão que tenta a conciliação, mas não afasta o fato objetivo de que a conciliação é tentada sem prejuízo do recurso à jurisdição, se ela acaso se veja frustrada.

Nesse sentido, peço vênia aos votos divergentes para indeferir a liminar.

EXTRATO DA ATA

ADI 2.139-MC/DF — Relator: Ministro Octavio Gallotti. Relator para o acórdão: Ministro Marco Aurélio. Requerentes: Partido Comunista do Brasil – PC do B (Advogado: Paulo Machado Guimarães), Partido Socialista Brasileiro – PSB (Advogados: Luiz Arnóbio Benevides Covéllo e outro), Partido dos Trabalhadores – PT (Advogados: Alberto Moreira Rodrigues e outros), Partido Democrático Trabalhista – PDT (Advogado: Ildson Rodrigues Duarte). Requeridos: Presidente da República e Congresso Nacional.

Decisão: Prosseguindo no julgamento, o Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Ministro Marco Aurélio, que redigirá o acórdão, deferiu parcialmente a cautelar para dar interpretação conforme a Constituição Federal relativamente ao art. 625-D, introduzido pelo art. 1º da Lei 9.958, de 12 de janeiro de 2000, vencidos os Ministros Relator e Cezar Peluso. Não participaram da votação o Ministro Menezes Direito e a Ministra Ellen Gracie por sucederem aos Ministros Sepúlveda Pertence e Octavio Gallotti. Ausentes o Ministro Gilmar Mendes (Presidente), em representação do Tribunal no exterior, e o Ministro Celso de Mello, licenciado (art. 72, inciso II, da Lei Complementar 35/1979 – Loman).

Presidiu o julgamento o Ministro Cezar Peluso (Vice-Presidente). Presidência do Ministro Cezar Peluso (Vice-Presidente). Presentes à sessão os Ministros Marco Aurélio, Ellen Gracie, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Eros Grau, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Menezes Direito. Procurador-Geral da República, Dr. Antonio Fernando Barros e Silva de Souza.

Brasília, 13 de maio de 2009 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

INQUÉRITO 2.280 — MG

Relator: O Sr. Ministro Joaquim Barbosa

Denunciante: Ministério Público Federal — Denunciado: Eduardo Brandão de Azeredo

Inquérito judicial. Esquema de desvio de recursos públicos para financiamento de campanha eleitoral. Imputação de crimes de peculato e lavagem de dinheiro. Existência de provas de materialidade e indícios de autoria. Denúncia recebida. Rejeitada proposta de início imediato da instrução, independentemente da publicação do acórdão.

1. A importância de três milhões e quinhentos mil reais foi transferida dos cofres públicos das estatais mineiras Copasa, Comig e Bemge para a empresa privada SMP&B Comunicação, sob a justificativa formal de patrocínio a três eventos esportivos cuja organização era controlada pela empresa de três acusados.

2. As provas constantes dos autos demonstram que, do montante total retirado das estatais, parcela ínfima teve a destinação efetivamente prevista. O restante foi desviado para a campanha do acusado, que à época exercia mandato de Governador do Estado de Minas Gerais.

3. Para viabilizar o desvio dos recursos públicos, foram realizados saques em espécie na conta em que os recursos públicos haviam sido depositados a título de patrocínio; transferências bancárias triangulares e complexas entre os acusados; pagamento de colaboradores da campanha diretamente pela empresa utilizada para a lavagem dos recursos obtidos mediante crime contra a administração pública; celebração de empréstimos aparentemente fraudulentos junto ao Banco Rural, com a abertura de inúmeras contas em nome de empresas de três acusados, de modo a ocultar a localização, propriedade e movimentação de valores obtidos por meio do crime antecedente de peculato, dentre outros mecanismos típicos do crime de lavagem de dinheiro.

4. Os indícios são formados por depoimentos de inúmeras testemunhas; laudos periciais – que identificaram transferências bancárias suspeitas e alguns beneficiários de saques em espécie, em montantes estranhamente elevados, bem como de depósitos feitos pela SMPB&B Comunicação sem que o banco identificasse a conta beneficiária, para ocultar a movimentação e localização dos recursos; lista elaborada por um dos denunciados informando a origem dos recursos utilizados na campanha de reeleição do então Governador, com o conhecimento que tinha por ter ocupado a função de coordenador financeiro da campanha e de Secretário de

Administração do Estado, dentre outros vários documentos que indicam a provável participação do acusado na prática dos crimes de peculato e lavagem de dinheiro narrados na inicial, especialmente como mentor e principal beneficiário dos delitos.

5. Os fatos criminosos foram objetiva e claramente narrados na inicial, com todas as suas circunstâncias e a individualização da conduta do acusado, permitindo o amplo exercício do direito de defesa ao longo da ação penal a ser iniciada.

6. Denúncia recebida. Rejeitada proposta de início da instrução antes da publicação deste acórdão.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a Presidência do Ministro Gilmar Mendes, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em declarar a extinção da punibilidade de José Cláudio Pinto de Rezende, em razão de sua morte (art. 107, I, do Código Penal), bem como de Ruy José Vianna Lage, Gilberto Botelho Machado e Maurício Dias Horta, pela prescrição da pretensão punitiva, tendo em vista as penas cominadas em abstrato aos crimes narrados na inicial e o fato de já possuírem, atualmente, mais de 70 anos de idade (art. 107, IV, c/c art. 115 do Código Penal). E, por maioria de votos e nos termos do voto do Relator, em receber a denúncia contra o acusado Eduardo Brandão de Azeredo pelos crimes de peculato em detrimento da Copasa (imputação a.1), da Comig (imputação a.1) e do Bemge (imputação a.2), e de lavagem de dinheiro (imputações a.3, a.4 e a.5), vencidos os Ministros Dias Toffoli, Eros Grau e Gilmar Mendes (Presidente). O Tribunal rejeitou a questão de ordem suscitada pelo Relator no sentido do início imediato da instrução independentemente da publicação do acórdão.

Brasília, 3 de dezembro de 2009 — Joaquim Barbosa, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Senhor Presidente, o presente inquérito é derivado das **investigações realizadas no âmbito do** denominado "caso mensalão" (atual AP 470), no qual emergiram indícios de que o *modus operandi* dos **crimes** apurados naquele feito teria sido **arquitetado em 1998, na campanha eleitoral para o cargo de Governador do Estado de Minas Gerais**.

Este processo me foi distribuído por **prevenção**, por decisão do então Ministro Presidente, Nelson Jobim (fls. 320/321, vol. 2), acolhendo pedido do Procurador-Geral da República cujo teor é o seguinte (fls. 2/5):

> Tramita nessa Corte o Inquérito nº 2245, que apura diversos fatos ilícitos praticados no âmbito do nacionalmente conhecido "esquema do mensalão".

Revelou-se, no bojo da referida investigação, **que os fatos ali noticiados –** notadamente os que envolviam a **atividade do empresário Marcos Valério de Souza Fernandes e de seus sócios**, através das empresas **DNA Propaganda** Ltda. e **SMP&B Comunicação**, na concessão de *empréstimos a políticos* – **tiveram início no ano de 1998**, quando da campanha para a **reeleição** do então Governador **Eduardo Azeredo** ao governo do Estado de **Minas Gerais**, tendo como candidato a vice-governador na referida chapa o Sr. **Clésio Andrade**.

Apurou-se que **Marcos Valério** ingressou como **sócio da empresa SMP&B juntamente com** o então **candidato a vice-governador Clésio Andrade**, em **1996**. **Clésio Andrade permaneceu como sócio da empresa até 1998**, quando se afastou para candidatar-se na chapa do então Governador Eduardo Azeredo.

Os documentos em anexo demonstram que, **imediatamente após o afastamento** do Vice-Governador **Clésio Andrade da SMP&B**, ainda em 1998, as **empresas de Marcos Valério de Souza Fernandes**, especificamente a SMP&B Comunicação e a DNA Propaganda Ltda. **obtiveram vultosos empréstimos** que foram destinados a **financiar a campanha** de reeleição de Eduardo Azeredo (...).

Em depoimento prestado ao Ministério Público Federal, **Marcos Valério** Fernandes **confirmou** a existência dos **empréstimos**, **revelando que**, em 1998, Cláudio Roberto Silveira **Mourão**, então **tesoureiro** da campanha de Eduardo Azeredo, **solicitou-lhe um empréstimo** no montante inicial de **R$ 9.000.000,00** (nove milhões de reais), para atender aos **gastos com a campanha eleitoral**.

O empréstimo **foi obtido** junto ao **Banco Rural** pela empresa **DNA Propaganda Ltda.**, mediante contrato firmado no dia 19-8-1998, no valor de **R$ 9.000.000,00**, tendo sido dados em **garantia créditos** da empresa decorrentes do **contrato de publicidade com a Secom – Secretaria de Estado de Comunicação**.

A SMP&B também **obteve recursos utilizados na campanha de reeleição de Eduardo Azeredo, mediante a divulgação do evento Enduro da Independência**, **patrocinado pela administração direta e por empresas públicas** (doc. anexo). Dos recursos obtidos, um total de R$ 8.500.000,00, **pelo menos R$ 1.800.000,00** (hum milhão e oitocentos mil reais) **foram depositados em contas de diversos candidatos que apoiavam a coligação do então candidato ao Governo do Estado de Minas Gerais, Eduardo Azeredo**. Os documentos entregues ao Ministério Público Federal pelo Sr. Nilton Antônio Monteiro permitiu identificar **79 (setenta e nove) beneficiários desses repasses**.

Nilton Antônio Monteiro prestou ao Ministério Público Federal longo e substancioso depoimento, onde **revelou** que "**Eduardo Azeredo** tinha **total conhecimento de que** parte dos **recursos de sua campanha** eram provenientes das empresas **DNA, SMP&B e Banco Rural**". E mais, que **Eduardo Azeredo** tinha **contato com Marcos Valério, Rogério Tolentino e Ramon Cardoso**.

(...)

Assim, requeiro a instauração de novo inquérito, que deverá ser **distribuído por dependência e permanecer vinculado ao Inquérito nº 2245, visto que as provas produzidas na referida investigação têm relação e relevância para o esclarecimento dos fatos acima narrados** (...).

Assim, o presente inquérito foi instaurado para **apurar suposto esquema de desvio de recursos públicos e lavagem de dinheiro no Estado de Minas Gerais**, tendo por objetivo o financiamento ilícito da **campanha para reeleição do então Governador Eduardo Azeredo**, em **1998**.

A denúncia ofertada pelo Procurador-Geral da República (fls. 5932/6017, vol. 27) **narrou** a suposta prática dos crimes de **peculato** e **lavagem de dinheiro**, pelos acusados *Eduardo Brandão de* **Azeredo**, *Walfrido Silvino dos* **Mares Guia** *Neto*, *Cláudio* **Mourão** *da Silveira*, **Clésio Soares** *de Andrade*, **Marcos Valério** *Fernandes de Souza*, **Ramon Hollerbach** *Cardoso*, **Cristiano** *de Mello* **Paz**, **Eduardo** *Pereira* **Guedes** *Neto*, *Fernando Moreira Soares*, *Lauro Wilson de Lima Filho, Renato Caporali Cordeiro, José Afonso Bicalho Beltrão da Silva, Jair Alonso de Oliveira, Sylvio Romero Perez de Carvalho e Eduardo Pimenta Mundim*.

Como já afirmado, o *modus operandi* **supostamente estruturado pelos denunciados** teria sido semelhante ao analisado no **Inq 2.245** (atualmente, AP 470), destinando-se ao **financiamento ilícito da campanha eleitoral do primeiro acusado**.

Com efeito, o acusado **Eduardo Azeredo** teria se utilizado das empresas de Marcos Valério, Cristiano Paz e Ramon Hollerbach – **DNA Propaganda, SMP&B Comunicação e SMP&B Publicidade** – para montar um **esquema de desvio de recursos públicos e lavagem de dinheiro**, **durante o exercício de seu mandato de Governador do Estado de Minas Gerais** (1994-1998), para **abastecer sua campanha de reeleição lançada no último ano de seu governo** (1998). Assim, os **recursos públicos** obtidos, em tese, através da prática de crimes de **peculato** (art. 312 do Código Penal) teriam sido **aplicados na referida campanha eleitoral**, mediante **mecanismos de lavagem de dinheiro aptos a conferir aparência de licitude aos recursos utilizados pelo Comitê de reeleição do acusado**.

As investigações realizadas no presente inquérito **teriam logrado revelar**, segundo a denúncia, as **origens de parte dos recursos públicos aplicados na campanha de Eduardo Azeredo de 1998**. Seriam eles originários da Copasa, da Comig e do Bemge.

A utilização ilícita de verba pública, **em benefício particular do acusado Eduardo Azeredo** e de outros denunciados, teria sido viabilizada pelo **mecanismo de lavagem de dinheiro, supostamente engendrado pelo acusado**, em **conluio** com **Marcos Valério, Cristiano Paz, Ramon Hollerbach e Clésio Andrade**. Como se constata da leitura da denúncia e da base probatória oferecida pelo Procurador-Geral da República, **Clésio Andrade** foi **sócio da SMP&B Comunicação e da DNA Propaganda**, tendo se desligado das referidas empresas **menos de três meses antes das eleições**, para **compor a chapa de Eduardo Azeredo**, como seu **candidato a vice-governador.**

No capítulo denominado "*Considerações gerais*" (item II.1 da denúncia), o Procurador-Geral da República apresentou uma síntese dos fatos investigados, nos seguintes termos (fls. 5936/5941):

> O esquema envolveu as seguintes situações:
>
> a) **desvio de recursos públicos do Estado de Minas Gerais**, diretamente ou tendo como fonte empresas estatais;

b) repasse de verbas de empresas privadas com interesses econômicos perante o Estado de Minas Gerais, notadamente empreiteiras e bancos, por intermédio da **engrenagem ilícita arquitetada por Clésio Andrade, Cristiano Paz, Ramon Hollerbach e Marcos Valério, em conjunto com o Banco Rural**; e

c) **utilização dos serviços profissionais e remunerados de lavagem de dinheiro operados por Clésio Andrade, Cristiano Paz, Ramon Hollerbach e Marcos Valério, em conjunto com o Banco Rural**, para garantir uma **aparência de legalidade** às operações referidas anteriormente, **inviabilizando a identificação da origem e natureza dos recursos**.

A presente denúncia, considerando o **comprovado envolvimento de Eduardo Azeredo e Walfrido dos Mares Guia**, (...) abarca as imputações de **desvios de recursos públicos** praticados em detrimento da Companhia de Saneamento de Minas Gerais – **Copasa** – e da Companhia Mineradora de Minas Gerais – **Comig** –, no montante de um milhão e quinhentos reais cada um, o desvio de quinhentos mil reais do **Grupo Financeiro do Banco do Estado de Minas Gerais – Bemge** –, bem como as operações de **lavagem de ativos** empreendidas em decorrência dos desvios citados.

A partir da **definição da chapa que concorreria ao cargo de governador do Estado de Minas Gerais**, composta por Eduardo Azeredo, integrante do PSDB, e Clésio Andrade, filiado ao PFL, atual Democratas, **teve início a operação para desviar recursos públicos da Copasa, da Comig e do Bemge, em benefício pessoal dos postulantes aos cargos de governador e vice, respectivamente**.

Diante da demanda de recursos que a campanha eleitoral exigiria, **Eduardo Azeredo, Walfrido dos Mares Guia, Cláudio Mourão e Clésio Andrade**, tendo em vista a condição de integrantes da cúpula do Estado de Minas Gerais e da organização da campanha eleitoral, **delinearam o modo de atuação que seria empregado para viabilizar a retirada criminosa de recursos públicos da Copasa, Comig e Bemge**. (...) **em concurso** com Eduardo Guedes, Ruy Lage (fato prescrito), Fernando Moreira, José Cláudio Pinto Rezende (falecido), Lauro Wilson, Renato Caporali, José Afonso Bicalho, Gilberto Machado (fato prescrito), Sylvio Romero, Eduardo Mundim, Jair Alonso de Oliveira e Maurício Horta (fato prescrito) **viabilizariam a saída de recursos públicos da Copasa, Comig e Bemge**.

SMP&B Comunicação, por seu turno, adotaria expedientes criminosos (lavagem) para proporcionar que os recursos desviados fossem utilizados, com aparência de licitude, na campanha de Eduardo Azeredo e Clésio Andrade.

(...)

Assim, os acusados teriam se apropriado, em tese, do dinheiro público **pertencente à Copasa, à Comig e ao Banco do Estado de Minas Gerais** (**Bemge**), destinando-o à campanha eleitoral do acusado **Eduardo Azeredo**.

Em ligeiro resumo, os acusados teriam se utilizado de expedientes supostamente fraudulentos, para **desviar os recursos públicos em questão para a campanha de Eduardo Azeredo, mediante a atuação das empresas SMP&B Comunicação e DNA Propaganda: por ordem de Eduardo Azeredo**, **a Copasa, a Comig e o Bemge teriam simulado o patrocínio do evento esportivo Enduro Internacional da Independência.** Ainda segundo o Procurador-Geral da República, quando os acusados **perceberam** que **o montante desviado** seria **desproporcional** à **magnitude** daquele **único evento**, eles teriam decidido

incluir, nesta mesma "cota de patrocínio", outros dois eventos: o Iron Biker – O Desafio das Montanhas e o Campeonato Mundial de Supercross.

A **SMP&B Publicidade** detinha, com **exclusividade**, os **direitos de exploração do Enduro Internacional da Independência.**

Assim, os recursos públicos que, segundo a denúncia, foram **ilicitamente desviados, em proveito da campanha de Eduardo Azeredo**, puderam ser repassados à **referida empresa**, **sem suscitar maiores suspeitas**.

Como visto, a SMP&B Comunicação e a DNA Propaganda tinham como sócio, até **julho de 1998**, o **candidato a vice-governador nas eleições daquele ano, Clésio Andrade.** Com seu desligamento das empresas em questão, os **recursos estatais** puderam ser **direcionados à SMP&B Comunicação**, na condição de "**promotora**" do Enduro Internacional da Independência, para, então, **ser finalmente aplicado na campanha de Eduardo Azeredo**, mediante **manobras financeiras características do crime de lavagem de dinheiro**.

Após narrar os fatos supostamente criminosos, o Procurador-Geral da República **denunciou Eduardo Azeredo**, Clésio Andrade, Walfrido dos Mares Guia, Cláudio Mourão, Marcos Valério, Cristiano Paz, Ramon Hollerbach e Eduardo Guedes **pela prática, em tese, dos crimes de peculato e lavagem de dinheiro, diversas vezes e em concurso material**, e acusou José Afonso Bicalho (*presidente do Grupo Financeiro Bemge*), Fernando Moreira (*Copasa*), Lauro Wilson (*Comig*), Renato Caporali (*Comig*), Sylvio Romero (*Bemge* Administradora de Cartões de Crédito Ltda.), Eduardo Mundim (Bemge Administradora de Cartões de Crédito Ltda.) e Jair Alonso de Oliveira (Bemge Distribuidora de Valores Mobiliários S.A.) pela prática, em tese, do crime de *peculato* (v. fls. 6013/6015).

Através da manifestação de fls. 5925/5930 (cota), o Procurador-Geral da República solicitou que fosse decretada a **extinção da punibilidade** de *José Cláudio Pinto de Rezende, Ruy José Vianna Lage, Gilberto Botelho Machado e Maurício Dias Horta.*

Requereu, igualmente, o **arquivamento** das investigações em relação ao **crime eleitoral previsto** no **art. 350 do Código Eleitoral**, também tendo em vista a prescrição.

Salientou, por fim, que os órgãos do Ministério Público Federal com atribuição específica irão atuar nos inquéritos referentes aos demais fatos, em tese, criminosos, constatados durante as investigações efetuadas neste inquérito, tendo em vista não haver indícios da participação de **Eduardo Azeredo** na prática dos mesmos.

À fl. 6862 (vol. 33), determinei a **notificação dos acusados para apresentarem resposta à** denúncia, com base no que estabelece a Lei 8.038/1990.

Resposta do acusado **Eduardo Azeredo** às fls. 6925/6938 (vol. 34), seguida de documentos.

Acusado da prática dos crimes de **peculato e lavagem de dinheiro**, *diversas vezes* e em *concurso material*, no exercício do cargo de Governador do

Estado de Minas Gerais e na condição de **candidato à reeleição na campanha eleitoral de 1998**, sua defesa alegou que a denúncia fez **imputações genéricas**, exigindo do Governo de Minas Gerais e das empresas públicas em tese prejudicadas (Copasa, Comig e Bemge) uma "**prestação de contas do patrocínio de um evento**" que, **segundo a defesa**, **seria inexigível**.

Alegou, ainda, a **fragilidade probatória da denúncia**, que estaria baseada em **documentos produzidos por um dos denunciados** (o acusado Cláudio Mourão).

Além de apontar inúmeras fragilidades técnicas e formais na denúncia, a defesa do acusado sustentou que quem detinha a responsabilidade financeira pela campanha de reeleição de 1998 era o acusado Claudio Mourão, e não o Senador Eduardo Azeredo, que estaria, assim, isento de toda e qualquer responsabilidade.

Quanto ao suposto desvio de recursos públicos pertencentes a três companhias estatais de Minas Gerais, a defesa do acusado sustentou que essas companhias eram detentoras de personalidade jurídica própria, eram administradas por diretorias constituídas e tinham autonomia para gerir seus patrimônios e realizar seus próprios negócios.

Negou a existência de qualquer ato praticado pelo acusado que o vincule aos eventos que, segundo a denúncia, serviram de pretexto para os desvios de recursos públicos para a campanha de reeleição de 1998.

Em conclusão, afirmou que a **denúncia** é **inepta**, não tendo detalhado a conduta criminosa em tese praticada pelo acusado (fl. 6938, vol. 34).

O acusado **Walfrido dos Mares Guia** apresentou sua **resposta** às fls. 7460/7537 (vol. 36).

Resposta do acusado **Eduardo Pereira Guedes Neto** às fls. 7539/7568 (vol. 37).

Jair Alonso de Oliveira apresentou resposta às fls. 7574/7583, vol. 37.

Resposta do acusado **Renato Caporali Cordeiro** às fls. 7601/7633 (vol. 37).

O acusado **Eduardo Pimenta Mundim** apresentou sua resposta escrita às fls. 7731/7743 (vol. 38).

O acusado **Clésio Soares de Andrade** apresentou sua resposta às fls. 7750/7807 (vol. 38).

Resposta de **José Afonso Bicalho Beltrão da Silva** às fls. 7888/7928 (vol. 38).

Resposta do acusado **Marcos Valério Fernandes de Souza** às fls. 8106/8122 (vol. 39).

Resposta do acusado **Ramon Hollerbach Cardoso** às fls. 8113/8156 (vol. 39).

Resposta do acusado **Cristiano de Mello Paz** às fls. 8199/8218 (vol. 39).

Resposta do acusado **Fernando Moreira Soares** às fls. 8236/8246 (vol. 39).

Resposta do acusado **Sylvio Romero Perez de Carvalho** às fls. 8248/8262 (vol. 39).

Resposta do acusado **Cláudio Roberto Mourão da Silveira** às fls. 8329/8358 (vol. 40).

Por fim, **resposta** do acusado **Lauro Wilson de Lima Filho** às fls. 8598/8611 (vol. 41).

Ao apresentar a sua **réplica**, a Procuradoria-Geral da República pediu o recebimento integral da denúncia. Na mesma oportunidade, requereu que, anteriormente ao julgamento de recebimento da denúncia, fosse expedido ofício ao Banco Itaú S.A., objeto de requerimento formulado pela defesa de *Sylvio Romero Perez de Carvalho*, por ocasião da resposta escrita (fls. 8629/8640, vol. 41).

Autorizei, excepcionalmente, a realização da diligência requerida pela Procuradoria-Geral da República (fls. 8646/8648), tendo em vista a possibilidade de os documentos requeridos **beneficiarem a defesa de alguns acusados**.

Em seguida, ao manifestar-se sobre os documentos de fls. 8763/8766 (vol. 42), o Procurador-Geral da República **requereu o não recebimento da denúncia em relação aos acusados Sylvio Romero, Jair de Oliveira e Eduardo Mundim**. Além disso, ainda com base nos novos documentos juntados aos autos, o Procurador-Geral da República **aditou a denúncia** relativamente ao acusado **Eduardo Guedes**, imputando-lhe também a prática do crime de peculato em detrimento do grupo *Bemge* (fls. 8768/8771, vol. 42).

A fls. 8935/8942 (vol. 42), consta a resposta de *Eduardo Guedes* relativa ao mencionado aditamento da denúncia.

Com base no art. 80 do Código de Processo Penal, e tendo em vista as características do presente inquérito, determinei o desmembramento do feito e a elaboração de traslado dos autos a ser encaminhado aos órgãos jurisdicionais de primeira instância, uma vez que somente um, dentre os quinze denunciados, detém prerrogativa de foro perante o Supremo Tribunal Federal (fls. 8946/8966, vol. 42).

Dessa minha decisão foi interposto apenas um agravo regimental, pelo acusado Walfrido dos Mares Guia, que posteriormente, entretanto, manifestou sua **desistência**, por mim homologada nos termos do art. 21, VIII, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): Senhor Presidente, o Procurador-Geral da República requereu a decretação da **extinção da punibilidade** em relação a *José Cláudio Pinto de Rezende*, falecido (certidão de óbito juntada aos autos), bem como dos envolvidos *Ruy José Vianna Lage*, *Gilberto Botelho Machado* e *Maurício Dias Horta*, cujas condutas já estariam prescritas com base

na pena cominada em abstrato, à luz da regra inscrita no art. 115 do Código Penal, e tendo em vista o fato de já possuírem, atualmente, mais de setenta anos de idade.

Assim, como determina o art. 107, I e IV, do Código Penal, **decreto extinta a punibilidade** de *José Cláudio Pinto de Rezende*, em razão de sua morte, bem como de **Ruy José Vianna Lage, Gilberto Botelho Machado e Maurício Dias Horta**, pela prescrição da pretensão punitiva estatal, tendo em vista as **penas cominadas em abstrato** aos crimes narrados na inicial e o fato de já possuírem, atualmente, **mais de setenta anos de idade**, fazendo incidir o disposto no art. 115 do Código Penal, que **reduz à metade** o prazo prescricional.

Outrossim, **homologo** o **arquivamento** das investigações em relação ao **crime eleitoral previsto no art. 350 do Código Eleitoral** ("Omitir, em documento público ou particular, declaração que dele devia constar, ou nele inserir ou fazer inserir declaração falsa ou diversa da que devia ser escrita, para fins eleitorais"), tendo em vista que a pena máxima cominada ao delito em questão é de 3 (três) anos, tendo prescrito em 2006, portanto (prescrição em oito anos, nos termos do art. 109, IV, do Código Penal).

Por força da decisão em que determinei o **desmembramento** do inquérito, transitada em julgado, o presente julgamento está circunscrito às imputações dirigidas contra o acusado **Eduardo Azeredo**, **único dos investigados** que possui prerrogativa de foro perante o Supremo Tribunal Federal.

O inquérito teve origem nas **declarações de Marcos Valério** perante a CPMI dos Correios em 2005, ocasião em que afirmou ter **remunerado**, **através da SMP&B Comunicação, empresa por ele gerida**, **vários prestadores de serviços da campanha do acusado Eduardo Azeredo à reeleição para o Governo de Minas Gerais em 1998**. Os nomes de alguns desses prestadores de serviços e colaboradores constaram de lista apresentada por *Marcos Valério* à CPI na ocasião. Com base nessa lista, o Ministério Público Federal passou a investigar a **origem dos recursos aplicados por Marcos Valério na campanha de Eduardo Azeredo**, chegando à conclusão narrada na denúncia, qual seja: os recursos teriam origem em **crimes contra a administração pública** – peculato contra estatais mineiras – e **lavagem de dinheiro**.

Segundo a denúncia, teriam sido desviados "**pelo menos três milhões e quinhentos mil reais dos cofres públicos do Estado de Minas Gerais para a campanha de reeleição de Eduardo Azeredo, tendo como candidato a vice Clésio Andrade**" (fl. 5938, vol. 27). Três empresas públicas seriam as fontes diretas dos recursos: a *Copasa*, a *Comig* e o *Bemge*.

Para viabilizar a aplicação desses recursos em sua campanha, sem vinculá-los aos crimes antecedentes praticados contra a administração pública, o acusado teria utilizado os serviços de *Marcos Valério*, *Ramon Hollerbach* e *Cristiano Paz*, os quais, por meio da SMP&B Comunicação Ltda. e da DNA Propaganda Ltda., obtiveram empréstimos milionários junto ao Banco Rural, e supostamente teriam colocado em prática mecanismos característicos do crime de **lavagem de**

dinheiro: utilizariam tais recursos na campanha do acusado *Eduardo Azeredo*, saldando os empréstimos com o dinheiro público em tese desviado.

Os fatos imputados ao acusado *Eduardo Azeredo* apresentam **inúmeras semelhanças com o caso denominado "Mensalão"**, tendo sido considerado, pelos órgãos de persecução estatal, como o **embrião dos episódios ocorridos em 2003 e 2004**, cuja eclosão, em 2005, permitiu a instauração do presente procedimento investigatório. **Não só os agentes em tese envolvidos – Marcos Valério, Cristiano Paz, Ramon Hollerbach, Banco Rural – mas também o *modus operandi* – obtenção de empréstimos aparentemente fictícios para formação de "caixa 2" de campanha – permitem a comparação**. No caso presente, contudo, o "caixa 2" da campanha teria sido formado **com recursos públicos, controlados diretamente pelo acusado, na qualidade de Governador do Estado de Minas Gerais à época dos fatos**.

Dessa maneira, **os crimes de peculato** teriam sido praticados com o fim de obter recursos extras para sua campanha de reeleição de 1998, e **puderam ser utilizados com aparência lícita em razão dos mecanismos de lavagem de dinheiro** em tese utilizados por *Eduardo Azeredo*.

A defesa não arguiu qualquer preliminar, razão pela qual passo a examinar a denúncia.

1. Introdução. Dos fatos criminosos e suas circunstâncias. Do *modus operandi*

A denúncia imputou ao acusado a prática dos crimes de **peculato** e de **lavagem de dinheiro**, durante sua campanha de reeleição ao Governo de Minas Gerais em 1998. Na condição de Governador, *Eduardo Azeredo* teria organizado um esquema criminoso de **desvio de verbas estatais**, colocando em ação mecanismos que **permitiriam a ocultação da origem criminosa destes recursos** e possibilitariam o **financiamento ilícito da sua candidatura na chapa PSDB/PFL**.

Com efeito, na primeira etapa do suposto esquema, *Eduardo Azeredo*, utilizando-se do cargo de Governador do Estado de Minas Gerais, **teria ordenado ao Secretário Adjunto de Comunicação Social Eduardo Guedes a expedição de ofícios à Copasa, à Comig e ao Bemge**, determinando aos seus presidentes e diretores financeiros o patrocínio do evento esportivo *Enduro Internacional da Independência.* Este alegado patrocínio implicou a transferência de **recursos estatais** para a empresa SMP&B Comunicação, que era a responsável pela veiculação publicitária do evento.

Na segunda etapa, **através de acordo com os sócios da SMP&B Comunicação**, *Eduardo Azeredo* teria planejado a aplicação desta verba **não no Enduro Internacional da Independência**, mas sim **na sua campanha de reeleição ao Governo do Estado de Minas Gerais em 1998**. Para tanto, e visando à ocultação da origem destes recursos, *Marcos Valério*, *Cristiano Paz*, *Ramon Hollerbach* e *Clésio Andrade* tomariam empréstimos junto ao Banco Rural, aplicando-os na campanha do acusado *Eduardo Azeredo*. Tais empréstimos, contudo, viriam a ser liquidados com os recursos públicos que a SMP&B Comunicação deveria

destinar ao *Enduro Internacional da Independência*, em triangulação típica do crime de lavagem de dinheiro.

Os mecanismos básicos utilizados no caso dos autos teriam sido os seguintes:

1) **empréstimos fraudulentos obtidos por Marcos Valério, Ramon Hollerbach, Cristiano Paz e Clésio Andrade junto ao Banco Rural**, com base em garantias frágeis – notas promissórias e contratos públicos com o Estado de Minas –, e que viriam a ser parcialmente **quitados com os recursos públicos desviados das estatais mineiras**;

2) **utilização de cheques nominais à SMP&B e endossados à própria, para pagamento de pessoas não identificadas pela instituição bancária, as quais**, segundo o que os laudos periciais ulteriormente viriam a revelar, **eram prestadoras de serviço da campanha do acusado Eduardo Azeredo**;

3) **saques de dinheiro em espécie**, **de modo a impedir a identificação dos beneficiários e a vinculação da origem dos recursos** – crimes de peculato – com sua **ilícita destinação** – a campanha de reeleição de *Eduardo Azeredo*.

Com efeito, salientou o Procurador-Geral da República o seguinte (fls. 5940/5941, vol. 27):

> A partir da **definição da chapa** que concorreria ao **cargo de Governador do Estado de Minas Gerais**, composta por **Eduardo Azeredo**, integrante do Partido da Social Democracia Brasileira – PSDB, e **Clésio Andrade**, filiado ao Partido da Frente Liberal, atual Democratas, **teve início a operação para desviar recursos públicos da Copasa, da Comig e do Bemge, em benefício pessoal dos postulantes aos cargos de Governador e Vice**, respectivamente.
>
> Diante da **demanda de recursos que a campanha eleitoral exigiria**, **Eduardo Azeredo**, Walfrido dos Mares Guia, Cláudio Mourão e Clésio Andrade, tendo em vista a **condição de integrantes da cúpula do Estado de Minas Gerais** e da organização da campanha eleitoral, **delinearam o modo de atuação** que seria empregado para **viabilizar a retirada criminosa de recursos públicos da Copasa, Comig e Bemge**.
>
> **Eduardo Azeredo**, Walfrido dos Mares Guia e Cláudio Mourão, em concurso com Eduardo Guedes, Ruy Lage (fato prescrito), Fernando Moreira, José Cláudio Pinto Rezende (falecido), Lauro Wilson, Renato Caporali, José Afonso Bicalho, Gilberto Machado (falecido), Sylvio Romero, Eduardo Mundim, Jair Alonso de Oliveira e Maurício Horta (fato prescrito) **viabilizariam a saída de recursos da Copasa, Comig e Bemge**.
>
> **SMP&B Comunicação**, por seu turno, adotaria **expedientes criminosos (lavagem)** para **proporcionar que os recursos públicos desviados fossem utilizados, com aparência de licitude, na campanha de Eduardo Azeredo e Clésio Andrade.**

O *modus operandi* dos crimes teria sido o seguinte, ainda de acordo com a denúncia (fls. 5946 e seguintes, vol. 27):

> A **forma de financiamento** foi a seguinte:
>
> a) **desvio de recursos públicos** para a campanha (**peculato**); e
>
> b) **empréstimos fictícios obtidos** pelas empresas de **Clésio Andrade, Marcos Valério, Cristiano Paz e Ramon Hollerbach** em favor da campanha, cujo

adimplemento seria **com recursos públicos** ou oriundos de **empresas privadas interessadas economicamente no Estado de Minas Gerais (peculato e lavagem)**.

(...) A **transferência ilícita** ocorreu assim:

a) **Copasa – um milhão e quinhentos mil reais**;

b) **Comig – um milhão e quinhentos mil reais**.

Como o **esquema criminoso de sangria dos cofres públicos ficaria muito exposto** com a justificativa de **apenas um evento por valor tão expressivo** (três milhões de reais), os denunciados, em determinado momento da operação, **passaram a também incluir outros dois eventos: "Iron Biker – O Desafio das Montanhas" e "Campeonato Mundial de Supercross"**.

Nesse ponto de mudança de planos, foi o **evento Iron Biker** que **justificou formalmente** a entrega de **trezentos mil reais** para a **SMP&B Comunicação** por parte do **Bemge** S/A Administradora Geral, Financeira Bemge S/A e Bemge Administradora de Cartões de Crédito Ltda (cem mil reais cada um). No episódio envolvendo os **outros duzentos mil reais** (Bemge Seguradora S/A e Bemge Distribuidora de Valores Mobiliários S/A), **não houve nem preocupação em mencionar qualquer evento esportivo**. O repasse foi puro e simples.

Todos os denunciados tinham **consciência de que a captação de recursos para a disputa eleitoral teria como formato o quadro criminoso descrito acima**. Ressalte-se que o **esquema não teria sucesso sem a participação de integrantes da cúpula do Estado de Minas Gerais** e da campanha da reeleição. (...) as **duas cúpulas** eram formadas, **sem prejuízo** da participação de **outras pessoas**, pelos **mesmos personagens**: **Eduardo Azeredo**, Walfrido dos Mares Guia e Clésio Andrade.

Foram eles que **deram** as **diretrizes** para a atuação de *Eduardo Guedes*, *Ruy Lage*, *Fernando Moreira*, *José Cláudio* (Falecido), *Lauro Wilson*, *Renato Caporali*, *José Afonso Bicalho*, *Gilberto Machado*, *Sylvio Romero*, *Eduardo Mundim*, *Jair Alonso de Oliveira* e *Maurício Horta* **entregarem o total de três milhões e quinhentos mil reais** para o grupo de **Clésio Andrade, Marcos Valério, Cristiano Paz e Ramon Hollerbach**.

Assim introduzidos os fatos criminosos e as circunstâncias em que teriam ocorrido, a denúncia passou a descrever o *modus operandi*, os indícios de autoria existentes contra o acusado *Eduardo Azeredo* e a configuração do elemento subjetivo dos tipos dos crimes de peculato e de lavagem de dinheiro: o dolo.

2. Dos indícios de autoria. Do elemento subjetivo dos tipos imputados na denúncia

Alguns dados **merecem destaque** desde logo, pois fornecem fortes indícios da **natureza criminosa** da conduta do acusado *Eduardo Azeredo* durante sua campanha para a **reeleição** ao Governo do Estado de Minas Gerais em 1998. Os indícios de que o acusado **tinha conhecimento** da prática dos crimes contra a administração pública e **queria praticá-los** estão presentes ao longo da denúncia e foram colhidos de inúmeros documentos juntados aos autos.

Em primeiro lugar, como ressaltei, os recursos desviados, cuja origem ilícita foi investigada nestes autos, teriam somado o montante de **R$ 3.500.000,00** (três milhões e quinhentos mil reais). Ao mesmo tempo, o acusado **Eduardo Azeredo** teria recebido **da SMP&B Comunicação**, para *saldar compromissos*

pessoais, o montante de **R$ 4.500.000,00** (quatro milhões e quinhentos mil reais) **em plena campanha**. Com efeito, consta dos autos um **recibo assinado pelo acusado Eduardo Azeredo**, com data de **13 de outubro de 1998**, em que **o acusado afirma** o seguinte (fl. 341, vol. 2):

> **Recebi da SMP&B e da DNA Propaganda, a importância de R$ 4.500.000,00 (quatro milhões e quinhentos mil reais)**, para **saudar** (sic) **compromissos diversos, por intermédio do coordenador de campanha eleitoral, Sr. Cláudio Roberto Mourão da Silveira**, CPF n. 024.544.326-68 e CI n. Minas Gerais 699.771.

Um primeiro dado muito importante a ser extraído deste **recibo**, **assinado pelo acusado Eduardo Azeredo**: ele demonstra que **o acusado tinha, sim, ingerência na área financeira de sua campanha e tinha plena ciência de que a SMP&B e a DNA Propaganda, empresas de Marcos Valério, a estavam irrigando de maneira ilícita**.

Além disso, **a defesa nada alegou sobre este documento**, citado expressamente na denúncia, na oportunidade que teve de responder à acusação (vol. 34, fls. 6925/6938). O mais próximo que chega do tema é o trecho em que afirma "O que tem a ver *Eduardo Azeredo* com o que está dito na denúncia? Não é ele dirigente de quaisquer empresas. Não negociou o patrocínio dos eventos. Não sacou dinheiro em espécie. Não contraiu empréstimos. Havia designado *Cláudio Mourão* para fazer a administração financeira de sua campanha" (fl. 6934). Não explica, contudo, **a causa do recebimento dessa quantia** proveniente da SMP&B Comunicação e da DNA Propaganda, **em plena campanha** de reeleição.

Outro dado que demonstra a atuação financeira de *Eduardo Azeredo* e a **aparente parceria com Marcos Valério e seus sócios** na suposta empreitada criminosa advém das **afirmações de prestadores de serviços da campanha de Eduardo Azeredo, remunerados pela SMP&B**, que emitiram as notas fiscais **em nome do acusado Eduardo Azeredo e afirmaram que toda e qualquer prestação de serviços realizados no período da campanha eleitoral de 1998 tinha como cliente o próprio candidato** (fls. 5273/5282 e 5335/5368).

Também é importante ressaltar, **desde logo**, um fato altamente revelador acerca dos **repasses estatais para a SMP&B Comunicação** em 1998: as estatais mineiras **Copasa, Comig e Bemge jamais haviam patrocinado os eventos esportivos mencionados na denúncia**, **até o ano da campanha de reeleição do acusado Eduardo Azeredo**.

Com efeito, o declarante **Carlos Alberto Cotta**, que foi **presidente da Comig** durante o Governo de *Eduardo Azeredo*, declarou o seguinte à Polícia Federal em Minas Gerais (fl. 4378, vol. 20):

> *Que*, **nos anos anteriores, a Comig nunca patrocinou** referido evento esportivo; (...).

Relativamente ao **Grupo Financeiro Bemge**, é também bastante revelador da **natureza criminosa dos repasses** o fato de que **sua privatização** ocorreu apenas **doze dias depois dos repasses**.

Há indícios de que o patrocínio foi, como alega o Procurador-Geral da República na denúncia, apenas um **artifício** utilizado para viabilizar a saída de recursos públicos das estatais mineiras às vésperas das eleições.

Além disso, outro dado deste suposto patrocínio é bastante **significativo** para a caracterização da aparente **fraude**: **até 1998**, o patrocínio estatal ao **Enduro Internacional da Independência** era feito **diretamente pela Secretaria de Estado da Casa Civil e Comunicação Social**, e não pelas estatais mineiras. Mais do que isso: os **valores destinados ao evento eram infinitamente inferiores aos transferidos pela Copasa e pela Comig para a SMP&B em 1998**, nos **dois meses que antecederam o primeiro turno das eleições**.

Com efeito, segundo consta **do Relatório Final dos Trabalhos da CPMI "dos Correios"** (fl. 6571, vol. 31 – documento juntado pelo Procurador-Geral da República com a denúncia), **a participação financeira do governo de Eduardo Azeredo no evento Enduro da Independência evoluiu da seguinte maneira**:

– **1995**: **o Estado destinou diretamente** ao Enduro Internacional da Independência a quantia de **R$ 50.000,00**;

– **1996**: **da mesma maneira**, o Estado destinou ao evento o valor de **R$ 50.000,00**, também através da Secretaria de Comunicação do Estado de Minas;

– **1997**: o **patrocínio** estatal **subiu** para **R$ 250.000,00**, mas continuou sendo prestado através da *Secom*;

– **1998**: no ano da campanha de reeleição do acusado *Eduardo Azeredo,* o **patrocínio** estatal **saltou à vultosa quantia de R$ 3.500.000,00** (três milhões e quinhentos mil reais) com **verbas provenientes** das **estatais mineiras** já mencionadas e **utilizando-se da SMP&B Comunicação como intermediária desse patrocínio**. O valor representou um **aumento** de **5.900% em relação a 1995 e 1996** e de **1.100% em relação a 1997** (v. denúncia, fl. 5986, vol. 27).

Mais um **dado importante**, extraído dos depoimentos colhidos nestes autos, é o de que **o milionário patrocínio estatal, por meio da transferência de R$ 3.500.000,00 para a SMP&B Comunicação**, ocorreu quando **faltavam menos de quinze dias para a realização do Enduro Internacional da Independência**, que viria a ocorrer entre os dias **5 e 7 de setembro**. Ora, a *Copasa* somente entregou o cheque, no montante de **um milhão e meio de reais**, à SMP&B Comunicação, no dia **24 de agosto de 1998**; a *Comig* efetuou o pagamento da suposta **cota de patrocínio** por meio de **dois cheques**, um com data do dia **25 de agosto de 1998** (**um milhão de reais**) e outro (**quinhentos mil reais**) do dia **4 de setembro de 1998**, **véspera da realização do evento que deveria ser patrocinado**! Por fim, **o grupo Bemge** efetuou a transferência de **meio milhão de reais** no dia **1º de setembro**, também revelando **completa exiguidade de tempo para patrocinar o Enduro Internacional da Independência**.

Com efeito, a **viabilidade** de um patrocínio milionário fornecido **às vésperas** do evento é induvidosamente **questionável**.

Outra informação que merece ser posta **desde logo** em perspectiva: segundo depoimento prestado **em 19 de agosto de 2003** por **Marcos Valério** (Apenso 37, fl. 868), "**a empresa SMP&B Comunicação Ltda. não participou de nenhuma propaganda para a campanha de Eduardo Azeredo ao Governo de Minas Gerais em 1998**".

Este depoimento de *Marcos Valério* é de **grande importância** para a compreensão de toda a trama narrada neste inquérito: o depoente é **dirigente das empresas SMP&B e DNA Propaganda**. Apesar de ter dito, textualmente, que essas empresas **não fizeram a publicidade** da campanha do acusado, **desta participaram ativamente**, especialmente no **aspecto financeiro**, como se verá mais adiante.

Ademais, inúmeras testemunhas afirmaram que **Marcos Valério** era uma **presença constante** no **Comitê de reeleição de Eduardo Azeredo**. E mais: são oriundos das contas das suas empresas inúmeros pagamentos feitos a cabos eleitorais e prestadores de serviço à campanha do acusado. Ora, se suas empresas não eram responsáveis por qualquer propaganda na campanha de reeleição do acusado em 1998, a presença de *Marcos Valério* no seu comitê deveria estar justificada por alguma outra razão. Contudo, alguns documentos constantes dos autos demonstram que o acusado *Eduardo Azeredo* provavelmente conhecia esta razão.

Além disso, embora *Eduardo Azeredo* negue, em sua defesa, ter participado de negociações financeiras relativas à sua campanha, indícios constantes dos autos demonstram que ele teria participado, juntamente com o então Vice-Governador de Minas Gerais, *Walfrido dos Mares Guia*, da **contratação de Duda Mendonça** para ser o publicitário da sua chapa em 1998. O valor pago a *Duda Mendonça* teria alcançado a cifra de **R$ 4.500.000,00** (quatro milhões e quinhentos mil reais), embora o valor **oficialmente declarado** em sua prestação de contas à Justiça Eleitoral tenha sido de apenas **setecentos mil reais** (fls. 5959/5960, vol. 27).

Sobre o tema, o Procurador-Geral da República fez o seguinte comentário (fl. 5960):

> Vide, entre outros, depoimentos de **Clésio Andrade** (fls. 623/631, especialmente: "Que **participou de uma reunião presidida pelo então Governador Eduardo Azeredo**, em local que não se recorda, além de uma outra reunião com o Vice-Governador, *Walfrido dos Mares Guia*, **em que foi apresentado o publicitário Duda Mendonça**; (...).

Há, ainda, mais uma demonstração de que *Eduardo Azeredo* teve, sim, participação nas decisões de natureza financeira de sua campanha em 1998, configurando, ao menos indiciariamente, o **dolo** da sua conduta: cuida-se do depoimento prestado por *Carlos Henrique Martins Teixeira*, ex-advogado de *Cláudio Mourão* em ação de cobrança movida por *Mourão* perante este Supremo Tribunal Federal contra *Eduardo Azeredo*, *verbis* (fls. 1861/1864, vol. 9):

> (...) *que* **Cláudio Mourão afirmou que Eduardo Azeredo** e *Clésio Andrade* **tinham pleno conhecimento** dos gastos de campanha (...); que *Cláudio Mourão* mencionou ao depoente que **parte dos recursos utilizados na campanha de 1998 foram provenientes do evento conhecido como "Enduro da Independência"** (...).

O dolo do acusado *Eduardo Azeredo* é revelado, ainda, pelos depoimentos (fls. 559/560 e fls. 561/572, vol. 3) e correspondências (fls. 8/12, vol. 1; fls. 577/583, vol. 3) de **Vera Lúcia Mourão de Carvalho Veloso**, prima de *Cláudio Mourão* e colaboradora da campanha do acusado. Ela afirmou expressamente o seguinte:

> posso afirmar com **certeza** que o Sr. Clésio, o Governador **Eduardo Azeredo**, o vice-governador *Walfrido dos Mares Guia*, *Cláudio Mourão*, Denise Landim, Sr. *Marcos Valério*, sua secretária **e eu, Vera Mourão**, fazíamos **semanalmente reuniões** para tratar de assuntos referentes à **entrada e saída de verbas**, **doações** de empresários e doações que entravam como empréstimo, que seriam pagos após a eleição.
>
> A reeleição do Sr. *Eduardo Azeredo* era contada como **certa** e, por isso, **com a autorização dele**, vários acordos foram firmados, porém, com a derrota, não foram cumpridos.

Disse ainda:

> (...) **sou considerada uma pessoa que sabe do relacionamento de todos com Marcos Valério**, que posso dizer alguma coisa, e por isso **me ameaçaram**, dizendo para me calar, não declarar nada, **não dizer nada sobre o que o ex-Governador Eduardo Azeredo sabia** e o *Cláudio Mourão* não quer me dar apoio nenhum, afastou completamente, estou sozinha sofrendo pressões.

São igualmente relevantes para a **configuração do dolo** do acusado as declarações prestadas por *Nilton Antônio Monteiro*, que, segundo ele mesmo informou em seu depoimento, foi cabo eleitoral de **Eduardo Azeredo** na campanha de **1998** (fls. 39/43, vol. 1):

> *que* sabe que **parte dos recursos para campanha** foram **provenientes**, de forma indevida, das empresas *Cemig*, **Copasa, Comig, Bemge**, (...); *que* parte desses recursos **entravam pelas empresas DNA e SMP&B** (...); *que* o **Governador** de Minas Gerais na época, **Eduardo Azeredo**, se **reunia** com os **coordenadores** de sua campanha e também **determinava as pessoas que receberiam esses recursos**; *que* **Eduardo Azeredo** tinha **participação direta na distribuição dos recursos** (...); *que* **Eduardo Azeredo** tinha **total conhecimento** de que parte dos **recursos** de sua campanha eram provenientes das empresas **DNA, SMP&B e Banco Rural**, e várias outras empreiteiras; *que* sabe que **Eduardo Azeredo tinha contato com Marcos Valério, Rogério Tolentino e Ramon Cardoso**; (...).

Em outro depoimento, *Nilton Antonio Monteiro* declarou o seguinte (fls. 380/382):

> (...) *que* sabe que o Sr. **Azeredo**, hoje Senador da República, **desde o início da campanha eleitoral**, tinha **conhecimento** de que as empresas mineiras *Cemig*, **Copasa, Bemge, Comig**, *Credireal* e *Loteria Mineira* teriam de **contribuir** com

> **recursos financeiros para a campanha**; *que* **os diretores de tais empresas estiveram presentes em uma reunião para tratar do tema, com a presença do candidato à reeleição do Governo de Minas Gerais, Sr. Eduardo Azeredo**; *que* **Marcos Valério também participou desta reunião** (...).

Assim, **há indícios**, ainda que **provisórios**, **que apontam para a atuação dolosa** de *Eduardo Azeredo* **na prática dos crimes narrados na denúncia**.

3. Da descrição dos crimes de peculato: apropriação de dinheiro público para utilização em proveito próprio: a campanha de Eduardo Azeredo à reeleição para o Governo de Minas Gerais, em 1998

Os repasses da *Copasa* e da *Comig* para a SMP&*B* Comunicação, a título de **patrocínio de evento esportivo**, ocorreram **exatamente da mesma maneira** e foram narrados, *mutatis mutandis*, de modo idêntico pela denúncia (capítulo II.3 – *Copasa* – fls. 5968/5974, vol. 27; e capítulo II.4 – *Comig* – fls. 5975/5981). Os **aspectos comuns envolvendo os repasses dessas empresas foram destacados pelo Procurador-Geral da República no capítulo II.5 da denúncia** (fls. 5981/5987, vol. 27). Os repasses efetuados pelo **Bemge** estão narrados no capítulo **II.8 da denúncia** (fls. 6007/6012, vol. 27).

A identidade dos métodos utilizados para os repasses das estatais para a SMP&B Comunicação é um indício de que os crimes realmente ocorreram e foram planejados com antecedência. A sequência e cronologia dos fatos são, também, bastante reveladoras, além das pessoas supostamente envolvidas pelo acusado nos crimes: trata-se de pessoas que são da sua relação e da sua mais estrita confiança, razão pela qual não se pode crer que teriam agido à sua revelia ou sem o seu conhecimento.

Com efeito, na qualidade de Governador do Estado de Minas Gerais, **Eduardo Azeredo** teria **ordenado** ao **Secretário de Comunicação, Eduardo Guedes**, que **emitisse ofícios** às estatais mineiras **determinando o "patrocínio" do Enduro Internacional da Independência**. O patrocínio se deu, nos três casos (*Copasa*, *Comig* e *Bemge*), mediante o **repasse de recursos das referidas estatais para a SMP&B Comunicação**, empresa de *Marcos Valério* que, como já visto, não tinha qualquer vínculo formal com a campanha do acusado.

Eduardo Guedes era colaborador de *Eduardo Azeredo* desde a campanha vitoriosa de 1994 ao Governo do Estado de Minas Gerais, como afirmado pelo próprio ex-secretário em seu depoimento (fls. 518/521, vol. 3).

Por sua vez, as empresas SMP&B e a DNA Propaganda pertenciam ao candidato a vice-governador do acusado, *Clésio Andrade*, e de acordo com a denúncia foram utilizadas para a lavagem do dinheiro público, viabilizando sua aplicação na campanha.

Marcos Valério, *Ramon Hollerbach* e *Cristiano Paz* eram sócios de *Clésio Andrade* e, portanto, também eram pessoas plenamente confiáveis e dispostas a colaborar com **Eduardo Azeredo** na empreitada.

Estariam envolvidos ainda o ex-Secretário de Estado do Governo *Eduardo Azeredo* e coordenador administrativo e financeiro da campanha de 1998, *Cláudio Mourão*, além do então Vice-Governador, *Walfrido dos Mares Guia*, cujas condutas serão apreciadas pelos órgãos jurisdicionais de primeira instância.

No mais, os diretores de cada empresa estatal teoricamente prejudicada teriam atuado nos limites das respectivas empresas.

Passo, assim, a analisar, inicialmente, a imputação de **peculato** supostamente praticado em detrimento da **Copasa**.

3.1 Copasa

Quanto ao crime de peculato praticado, em tese, **em detrimento da Copasa** (imputação a.1, fl. 6013), a denúncia assim narrou os fatos (fls. 5968/5970, vol. 27):

> Na **função de Secretário de Estado da Casa Civil e Comunicação Social do Governo de Minas Gerais**, **Eduardo Guedes determinou**, **em nome do Estado de Minas Gerais**, que a **Copasa** repassasse **um milhão e meio de reais** para a empresa **SMP&B Comunicação Ltda.,** sob a **justificativa** de **aquisição de cota principal de patrocínio do evento Enduro Internacional da Independência**.
>
> O **chefe imediato** de Eduardo Guedes **era Eduardo Azeredo**, **que foi um dos mentores do crime perpetrado e seu principal beneficiário**.
>
> Como será esclarecido em tópico posterior, o **patrocínio**, que **seria apenas para o evento Enduro Internacional da Independência**, acabou sendo **ardilosamente ampliado para mais dois**.
>
> Na parte principal, o ofício subscrito por **Eduardo Guedes** tem o seguinte teor:
>
> "Neste sentido, **autorizo à Copasa participação nos três eventos do setor (Projetos em anexo), através de patrocínio (cota principal)...**"
>
> **Prontamente e sem qualquer questionamento**, Ruy Lage, então Presidente de Copasa, e Fernando Moreira, então Diretor Financeiro e Administrativo, **autorizaram** o imediato **repasse da milionária quantia para a empresa** que seria **encarregada de viabilizar**, **mediante práticas fraudulentas**, a **destinação criminosa do dinheiro público**.
>
> O repasse de **um milhão e quinhentos mil reais** da **Copasa** para a **empresa comandada por Marcos Valério, Cristiano Paz, Ramon Hollerbach e Clésio Andrade** foi a **primeira etapa do crime de peculato**.
>
> (...)
>
> Conforme será descrito a seguir, o rosário de ilegalidades demonstra, na verdade, que Ruy Lage e Fernando Moreira, ao acatarem a ilegal determinação de *Eduardo Guedes*, tinham consciência de que estavam concorrendo para o **indevido desvio de verbas públicas**.
>
> **Fernando Moreira**, que é **filiado ao PSDB**, **mantém vínculo pessoal**, **desde 1970**, e **profissional**, **desde 1991**, **com Eduardo Azeredo**.
>
> **Ruy Lage**, por seu turno, **chegou a se licenciar do cargo de Presidente da Copasa** para **participar da campanha eleitoral de 1998**.

Assim, segundo o Procurador-Geral da República, na qualidade de **Secretário Adjunto da Casa Civil e de Comunicação Social**, *Eduardo Guedes* teria sido **utilizado pelo acusado Eduardo Azeredo** para **determinar** os **desvios de recursos públicos sem levantar suspeitas quanto à sua posterior**

destinação, autorizando, assim, **a Copasa, a Comig e o Bemge a transferirem verbas milionárias para a SMP&B Comunicação**, bem como **permitindo**, depois, **que a empresa DNA Propaganda utilizasse seus contratos públicos com o Estado de Minas Gerais como garantia de empréstimo obtido junto ao Banco Rural**, que veio a ser **dirigido para a campanha de Eduardo Azeredo**, conforme admitiram os denunciados *Marcos Valério* e *Cláudio Mourão* em depoimentos prestados nestes autos. Aparentemente, o empréstimo em questão acabou sendo quitado com dinheiro público, como será visto no **capítulo 4 deste voto**, quando analisarei a imputação do crime de **lavagem de dinheiro**.

O Procurador-Geral da República afirma que todos os atos do Secretário de Estado *Eduardo Guedes* teriam sido praticados **sob o comando direto do então Governador Eduardo Azeredo**, **único que poderia autorizar** a **transferência milionária de verbas de companhias estatais mineiras para as empresas de Marcos Valério**, estatais de que o Estado por ele comandado era o **acionista majoritário**.

Os indícios da prática do crime de **peculato** pelo acusado *Eduardo Azeredo* são bastante relevantes.

Com efeito, o **Diretor Financeiro e Administrativo da Copasa** à época da campanha de 1998, **Fernando Moreira Soares**, cuja conduta será analisada pelo órgão jurisdicional competente, declarou o seguinte (fls. 440/442, vol. 3):

> *que*, salvo engano, no final do ano de 1991, **foi convidado pelo então prefeito** e atual senador **Eduardo Azeredo** para ocupar o cargo de **diretor financeiro** da empresa **Prodabel** – Empresa de Processamento de Dados de **Belo Horizonte/MG**; (...) *que*, em novembro de 1993, assumiu **interinamente** o cargo de **Secretário Municipal de Fazenda no Município de Belo Horizonte/MG, ali permanecendo até o final do ano de 1993**; *que*, em **fevereiro ou março de 1995**, foi **convidado** pelo então **Governador** do Estado de Minas Gerais – **Eduardo Azeredo** – a ocupar o cargo de **Diretor Financeiro e Administrativo da Sociedade de Economia Mista Copasa/MG** (Companhia de Saneamento de Minas Gerais); *que* **permaneceu no cargo até janeiro de 1999**, quando então foi sucedido por um outro diretor que não se recorda; (...) *que* **é amigo pessoal do senador Eduardo Azeredo, tendo-o conhecido nos idos de 1970**, tendo sido convidado pelo mesmo para ocupar os cargos públicos mencionados; *que* **é filiado ao PSDB há algum tempo**, não sabendo precisar a data de sua filiação; *que* **não conhece** e nunca teve **qualquer contato** com **Marcos Valério Fernandes de Souza**; (...) *que* **se recorda de ter autorizado o pagamento da quantia de R$ 1.500.000,00** (um milhão e quinhentos mil reais) em 1998, **a título** de **patrocínio**, para a empresa **SMP&B**; (...) *que* este patrocínio foi **solicitado pela Secretaria Estadual de Comunicação do Estado de Minas Gerais**, através de ofício enviado ao presidente da *Copasa*/MG; (...) *que* **tem conhecimento** de que o numerário em questão foi **repassado à Empresa SMP&B**; (...) *que* **não tem conhecimento de prestação de contas** dos valores entregues pela *Copasa*/MG à SMP&B; (...) *que* **não tem conhecimento da existência de prévia licitação** para que a SMP&B fosse escolhida como responsável para o recebimento dos recursos da *Copasa*/MG a título de patrocínio; (...) *que* **desconhece os critérios que determinaram a escolha da SMP&B**; *que* **no final do ano de 1998**, o Sr. **Rui Lage se licenciou para participar da campanha eleitoral do PSDB**, período em

> que **o declarante assumiu interinamente a presidência da Copasa/MG**; *que* tem conhecimento de que o Sr. **Rui Lage ficou responsável pela coordenação da campanha em uma região de Minas Gerais**, não sabendo precisar maiores detalhes sobre a atuação deste indivíduo naquela disputa eleitoral; (...).

Como se vê, a relação entre *Fernando Moreira Soares* e o acusado *Eduardo Azeredo* vem de longa data – desde a década de 1970. O depoente é **amigo** de *Eduardo Azeredo* e, aparentemente, não teria **qualquer motivo para trair sua confiança**. Mais do que isso: foi nomeado por *Eduardo Azeredo* para vários cargos importantes, desde a época em que o acusado era prefeito de Belo Horizonte, em 1991. Assim, o fato de ele ter autorizado um patrocínio **milionário**, nunca antes fornecido pela empresa, **sem nem mesmo analisar a viabilidade do evento esportivo e a razoabilidade da cota de patrocínio**, e sem questionar os critérios que determinaram a escolha da SMP&B Comunicação como intermediária, **é um indicativo de que o Governador estava ciente da transferência**. Mais do que isso: o presidente da empresa, **Ruy Lage, chegou a se licenciar do cargo para participar da campanha de reeleição de Eduardo Azeredo**. São coincidências que não podem ser subestimadas.

Por sua vez, *Ruy José Vianna Lage*, presidente da *Copasa* durante o **Governo do acusado**, **que naquele ano de 1998 se licenciou do cargo para colaborar na campanha de Eduardo Azeredo**, declarou o seguinte (fls. 526/528, vol. 3):

> *que* **é fazendeiro**, desempenhando, atualmente, atividades relacionadas ao plantio de eucaliptos e elaboração de carvão vegetal; *que* **trabalhou no mercado de capitais por longa data**; *que* foi **Secretário Municipal** de Indústria, Comércio e Abastecimento de Belo Horizonte no governo de **Hélio Garcia**; *que* **foi designado Prefeito Municipal** de Belo Horizonte/MG para completar o mandato anteriormente exercido por *Hélio Garcia*; *que*, em seguida, assumiu o Banco *Agrimisa*, indicado pelo Governador *Hélio Garcia*, permanecendo no comando do banco até o ano de 1986; (...) *que Hélio Garcia*, retornando ao governo de Minas Gerais, **convidou o declarante a assumir a presidência do banco Bemge**, após ter declinado do convite, foi oferecida a **presidência da Copasa**, sendo aceito, com a intenção de ficar apenas alguns dias, vindo a permanecer durante toda a gestão de *Hélio Garcia* e **também na gestão de Eduardo Azeredo**; (...) *que*, na **campanha eleitoral de 1998, atendendo a solicitação do candidato à reeleição Eduardo Azeredo**, solicitou **licença da presidência da Copasa** com a finalidade de **melhorar o desempenho de votos da Coligação PSDB/PFL**, na região de Montes Claros; *que* a *Copasa* copatrocinou, juntamente com outras empresas – *Cemig*, *Comig*, entre outras – os eventos *Enduro Internacional da Independência*, *Mundial de Motocross* e *Iron Biker*; *que*, **inicialmente, não era favorável que o patrocínio fosse levado a efeito** pela *Copasa*, **solicitando**, inclusive, **determinação, por escrito, da Secretaria de Comunicação do Estado de Minas Gerais, para que a empresa efetuasse a liberação do patrocínio**; *que* entendia que, **pelo decreto existente**, **a Secom é que tinha a capacidade de efetuar toda a comunicação do governo**; *que*, inclusive, a *Secom* tinha licitado algumas empresas para atuar na área de comunicação e publicidade; *que* **ficou estabelecido** que **a empresa Asa Publicidade ficaria com a conta de publicidade da Copasa**; *que* **não teve contato com nenhum representante da SMP&B Publicidade** no caso do patrocínio da *Copasa* no evento *Enduro Internacional da*

> *Independência*, em 1998; (...) *que* **não se recorda se houve deliberação da diretoria da Copasa** a respeito do **pagamento da quota de patrocínio para o evento Enduro Internacional da Independência/1998**; (...) que, **no período do patrocínio** do evento Enduro da Independência, a **Copasa tinha boa situação financeira**; *que*, **posteriormente, com a compra das ações da Copasa, que pertenciam ao Estado, com finalidade de ajudar o governo mineiro, diminuiu um pouco o dinheiro em caixa da empresa**; (...) *que* não se recorda de ter efetuado **patrocínio de tal magnitude** a **nenhum outro evento** no **período em que esteve à frente da Copasa**; *que* não houve nenhuma solicitação por parte de integrantes do governo para que atendesse ao patrocínio do Enduro da Independência, **exceto o da Secom**.

Como se vê, este depoimento traz **sérios indícios** de autoria **contra o acusado Eduardo Azeredo**, conferindo **substância à descrição da conduta criminosa praticada, em tese, pelo acusado**, narrada na denúncia.

Com efeito, **o acusado Eduardo Azeredo solicitou, pessoalmente, a Ruy Lage, que se licenciasse da presidência da Copasa**, para **melhorar o desempenho de votos da Coligação PSDB/PFL, na região de Montes Claros**, **já no segundo turno das eleições**.

Ruy Lage, quando na Presidência da *Copasa*, **transferiu, por determinação do Estado de Minas Gerais, mediante autorização dada pelo Subsecretário de Comunicação do Governador Azeredo, o valor de R$ 1.500.000,00 para a SMP&B**, viabilizando, assim, os **desvios de recursos públicos para a campanha do acusado**.

Seu depoimento revela que, **num primeiro momento**, **o governo sugeriu o alegado "patrocínio" ao Enduro Internacional da Independência de modo informal**. Considerando que a empresa não poderia fazê-lo sem uma ordem expressa emanada do Governo central de MG – que era a autoridade competente para a publicidade estatal –, **Ruy Lage solicitou uma autorização** formal **da Secretaria de Comunicação**, que seria **o órgão com atribuição legal para efetuar o patrocínio pretendido pelo acusado Eduardo Azeredo**.

Assim, **Eduardo Guedes**, na qualidade de Secretário Adjunto da Secom e **subordinado diretamente ao acusado Eduardo Azeredo**, **teria supostamente acatado a ordem do Governador** e **determinado que a Copasa e a Comig transferissem, cada uma, R$ 1.500.000,00 para a SMP&B Comunicação**, que ficaria responsável pela publicidade estatal no evento.

O Procurador-Geral da República prossegue na narrativa do **crime de peculato**, em tese praticado por *Eduardo Azeredo* **em detrimento da Copasa**, com a seguintes palavras (fl. 5971, vol. 27):

> A comprovação de que **toda a operação não passou de uma grande farsa** já começa a ser demonstrada pela **data** do **Ofício** assinado por Eduardo Guedes para a Copasa e da **nota fiscal** emitida pela empresa **SMP&B Publicidade** pelo suposto patrocínio: **ambos estão datados de 07 de agosto de 1998**.
>
> Ora, **como poderiam** Cristiano Paz, Ramon Hollerbach e Marcos Valério, **responsáveis pela SMP&B Publicidade**, ter **tanta certeza de que a Copasa**

acataria a ordem proferida por Eduardo Guedes, a ponto de **emitir a nota fiscal no mesmo dia do ofício**?

A resposta é simples: como tudo era uma **estratégia para desviar recursos públicos em prol de Eduardo Azeredo** e Clésio Andrade, todos os detalhes e passos do esquema estavam **pré-definidos**, inclusive que Fernando Moreira e Ruy Lage **atenderiam, como efetivamente atenderam, a ilegal determinação**.

Para piorar, na linha do que será narrado posteriormente, **um dos empréstimos fraudulentos foi obtido também no dia 07 de agosto de 1998,** tendo como uma de suas **garantias**, justamente, **o crédito indicado na nota fiscal emitida pela SMP&B Publicidade contra a Copasa**.

Note-se, pois, que, **num só dia**, foram praticados **três atos coordenados**, que teriam por fim, segundo a denúncia, **o financiamento ilícito da campanha de reeleição de Eduardo Azeredo**, **mascarando o suposto desvio de dinheiro público da Copasa**. Foram eles os seguintes:

1) o acusado **Eduardo Azeredo**, mediante ordem dada a **Eduardo Guedes**, **teria determinado, em nome do Estado de Minas Gerais, que a Copasa patrocinasse** o evento **Enduro Internacional da Independência** e transferisse **R$ 1.500.000,00** para a **SMP&B Publicidade**. **Merecem escrutínio cerrado** os seguintes **fatores**:

a) a magnitude do patrocínio, que o próprio presidente da *Copasa* afirmou **não ter qualquer paralelo na história da empresa**, indicando a necessidade de uma **ordem superior para que fosse levado adiante**;

b) a afirmação de **Ruy Lage** no sentido de que **ele não concordava com o patrocínio** e, por esta razão, pediu que **houvesse uma determinação formal**, por **escrito**, do governo central do Estado de Minas Gerais, para que a *Copasa* patrocinasse o evento esportivo, já que o órgão com incumbência legal para a publicidade do governo seria a Secretaria de Comunicação; isto indica que houve um primeiro pedido de patrocínio, informal, ao qual ele opôs a necessidade de uma **determinação estatal superior**, **por escrito**, que finalmente foi dada por **Eduardo Guedes**, chefe da *Secom*, **subordinado direto do Governador Eduardo Azeredo**;

c) o *timing* do patrocínio, que se efetivou em **regime de urgência** pelas estatais controladas pelo governo do Acusado, isto é: faltando poucos dias para a realização do *Enduro Internacional da Independência*, **quando já não havia sequer tempo hábil para a veiculação publicitária das marcas das estatais** e, ao mesmo tempo, **quando a campanha do acusado Eduardo Azeredo alcançava seu ápice – final de agosto de 1998**; dentre outros indícios de que teria sido necessária a participação direta de Eduardo Azeredo nas transferências milionárias das estatais mineiras para a SMP&B Comunicação;

2) no mesmo dia em que foi dada a ordem para que a *Copasa* fornecesse recursos para o patrocínio do *Enduro Internacional da Independência*, a SMP&B **Publicidade** emitiu a **nota fiscal referente ao valor de R$ 1.500.000,00 contra a estatal em questão**. Ou seja, a emissão da nota fiscal foi **simultânea à confecção e assinatura do ofício da Secom por Eduardo Guedes, embora**

a diretoria da Copasa ainda não tivesse sequer discutido a viabilidade do patrocínio em questão e;

3) ainda no mesmo dia 7 de agosto, a referida **nota fiscal foi usada como garantia de um empréstimo** obtido por *Marcos Valério* e seus sócios junto ao Banco Rural, com o objetivo de **injetá-lo na campanha do acusado Eduardo Azeredo e saldá-lo com os recursos públicos desviados da Copasa a título de patrocínio, dissimulando, dessa forma, a origem ilícita dos valores aplicados pela SMP&B na campanha para a reeleição de Eduardo Azeredo**. Daí por que o Procurador-Geral da República afirma que o empréstimo foi **simulado**, pois as coincidências de datas são características de fraude, além de que os recursos estatais, naquele dia, ainda não haviam sido liberados para a SMP&B;

4) Também no dia 7 de agosto, como **o valor do patrocínio das estatais ainda não fora transferido para a SMP&B**, **o Estado de Minas Gerais concedeu autorização para a utilização da nota fiscal emitida pela empresa de Marcos Valério como garantia do empréstimo junto ao Banco Rural**, através do "De Acordo" do Secretário de Comunicação Social **Eduardo Guedes**. O Procurador-Geral da República salientou que "**O chefe imediato de Eduardo Guedes era Eduardo Azeredo, que foi um dos mentores do crime e seu principal beneficiário**" (fl. 5969, vol. 27). Destacou, ainda, em outra parte da denúncia (fl. 5956):

> **Eduardo Azeredo foi o principal beneficiário do esquema articulado**. Como Governador do Estado de Minas Gerais, **deu suporte para Eduardo Guedes, Secretário de Estado da Casa Civil e Comunicação Social, ordenar os ilegais repasses da Copasa e da Comig**, bem como garantir, **em nome do Estado**, o empréstimo n. 06.002241-4 (R$ 9.000.000,00).
>
> Também determinou a entrega de valores do *Bemge* para a SMP&B Comunicação (...).
>
> Embora negue os fatos, as provas colhidas desmentem sua versão defensiva.

A fim de robustecer suas afirmações, o Procurador-Geral da República destaca o depoimento do acusado *Eduardo Azeredo*, no trecho em que este alegou que "**não percebeu a circulação ou aporte de recursos para a campanha acima daqueles oficialmente declarados ao Tribunal Regional Eleitoral**" e faz um cotejo com outros depoimentos constantes dos autos (fl. 5956, nota de rodapé 35):

> Durante a campanha eleitoral, tratou da destinação de recursos para aliados, recursos esses oriundos do esquema montado (vide, entre outros, depoimento de Antonio do Valle Ramos – fls. 2245/2248, especialmente: "*que* **procurou o Governador Azeredo em seu Comitê de Campanha, para formalizar o apoio à sua reeleição ao Governo de Minas Gerais**; (...) *que* **ficou acordado com o candidato a reeleição Eduardo Azeredo** que o Comitê Central iria apoiar de forma estratégica **e financeira** o declarante na região de Patos de Minas/MG, não se falando, porém, na quantia que seria destinada ao declarante para cobrir **despesas eleitorais**."). **Empresas remuneradas por Marcos Valério emitiram notas fiscais em nome de Eduardo Azeredo** (fls. 5273/5282 e 5355/5368, especialmente:

> "Informamos, ainda, que, **até o recebimento do presente ofício, sequer tínhamos conhecimento de que o referido depósito teria sido realizado pela empresa SMP&B Comunicação Ltda.,** haja vista que, como será exposto abaixo, **toda e qualquer prestação de serviço** realizado pela A. F. & C Eventos Ltda., no período da campanha eleitoral/1998, **para o candidato Eduardo Azeredo, tínhamos como cliente o próprio candidato**, Sr. **Eduardo Brandão de Azeredo**, conforme **notas fiscais emitidas anexas**.)

Com efeito, **as notas fiscais** fornecidas pela empresa A. F. & C. Eventos Ltda. identificam como cliente de seus serviços **o acusado Eduardo Azeredo**, ou seja, **foram emitidas em nome do acusado**, embora o **pagamento tenha sido efetuado pela SMP&B Comunicação** (fls. 5273/5282 e fls. 5355/5368).

Isso demonstra, mais uma vez, **o envolvimento de Eduardo Azeredo com os supostos crimes narrados na inicial** e seu **intenso relacionamento com a empresa de Marcos Valério, operadora do suposto esquema**. Por tal razão, é **lícito** concluir, **nesta fase do procedimento**, que **o patrocínio do Enduro Internacional da Independência, determinado pela Secretaria de Comunicação do Governo do acusado, foi, como alega a denúncia, um artifício para permitir que a transferência fraudulenta de recursos estatais fosse efetivada em benefício da campanha de Eduardo Azeredo**, de acordo com **seu plano inicial**.

Como salientei anteriormente, a participação intensa **de Marcos Valério** na campanha de **Eduardo Azeredo se ilustra**, também, pelo **suposto repasse de R$ 4.500.000,00** feito pelas suas empresas (SMP&B e DNA) **para o acusado**, através de *Cláudio Mourão* (fl. 341, vol. 2).

Além disso, por **diversas vezes**, **Marcos Valério** foi visto em **reuniões no Comitê de Campanha de Eduardo Azeredo**.

Acontece que não havia qualquer razão objetiva que justificasse a **presença constante de Marcos Valério nas reuniões do comitê eleitoral**, já que as suas empresas não eram responsáveis pela publicidade da campanha de reeleição do acusado. Tampouco havia uma justificativa legal minimamente plausível para **os vultosos aportes de recursos repassados** pela SMP&B e pela DNA Propaganda **para a campanha**, dinheiro este de origem **aparentemente ilícita – crimes de peculato**.

A "colaboração" da **SMP&B e da DNA Propaganda**, nos moldes e no contexto em que ocorreu, **reforça a acusação dirigida contra Eduardo Azeredo**, **à época Governador do Estado de Minas Gerais, que mantinha contratos com as empresas em questão**.

Narra, ainda, o Procurador-Geral da República o seguinte (fls. 5971/5973, vol. 27):

> Além do mencionado dado referente à data, **que é relevante para revelar o conluio** existente entre os envolvidos, outros merecem destaque.
>
> O evento Enduro Internacional da Independência era **titularizado pela Confederação Brasileira de Motociclismo, que**, por sua vez, firmou um **contrato de exploração** com a empresa **SMP&B Publicidade**, outorgando-lhe o **direito exclusivo de promover e comercializar o evento**.

A **nota fiscal** que amparou o repasse, mencionando expressamente o enduro, **foi emitida pela empresa SMP&B Publicidade**.

Entretanto, e aqui reside mais uma importante peça no mosaico montado para **dissimular o desvio**, a **real beneficiária** do valor de **um milhão e quinhentos mil reais, no dia 24 de agosto de 1998**, foi a **SMP&B Comunicação**.

A **transferência** foi **ilegal**, pois **era a SMP&B Publicidade que tinha o direito exclusivo sobre o evento**, e **não a SMP&B Comunicação**.

O motivo do transplante da milionária verba, que seria da SMP&B **Publicidade** e foi **para a SMP&B Comunicação** foi **proporcionar as etapas seguintes do desvio**.

Na linha do que foi destacado no tópico introdutório dos fatos, a **criação da empresa SMP&B Comunicação**, distinta da **SMP&B Publicidade**, foi o modo encontrado por Marcos Valério, Cristiano Paz e Ramon Hollerbach para **viabilizar a entrada de Clésio Andrade na empresa**.

Por estar **"limpa", livre de dívidas**, a **SMP&B Comunicação**, como comprovam os Laudos Periciais n. 1998 e 2076 [Documento n.1 que instrui a denúncia e fls. 89/116, apenso 33], **ambos produzidos** pelo Instituto Nacional de Criminalística, era o **veículo perfeito para a perpetração dos mais variados e graves tipos de crimes e fraudes.** Na verdade, **com a constituição da empresa SMP&B Comunicação, a SMP&B Publicidade foi desativada.**

O **depoimento de Clésio Andrade – candidato a vice-governador –** prestado ao Departamento de Polícia Federal durante as investigações, confere verossimilhança à exposição do Procurador-Geral da República, *verbis* (depoimento de fls. 623/631, vol. 3 destes autos):

(...) **Marcos Valério** comentou com o declarante que seria **representante de Cristiano Paz e Ramon Cardoso**, sócios da empresa **SMP&B Publicidade Ltda.**; (...) *que Marcos Valério* apresentou a **situação financeira da SMP&B Publicidade**, quando percebeu um **volume muito grande de dívidas**; *que* estas dívidas chegavam ao montante de **R$ 12.000.000,00 (doze milhões de reais)**; (...) *que* a antiga empresa, **SMP&B Publicidade, permaneceria com o passivo** a ser gerido por *Marcos Valério* e seus sócios; (...) *que*, desta forma, foi constituída a SMP&B *Comunicação* Ltda., sendo que **o ingresso do declarante nessa empresa deu-se através da C.S. Andrade Participações**, **posteriormente denominada Holding Brasil S/A**; (...) *que* a **gestão** da empresa ficou sob responsabilidade de **Marcos Valério e dos demais sócios**; (...) **pode afirmar que a SMP&B Publicidade foi desativada com a constituição da SMP&B Comunicação**; (...) *que*, **em 1997**, *Marcos Valério* solicitou ao declarante e aos demais sócios da SMP&B Comunicação que adquirissem a **empresa DNA Propaganda, na época em dificuldades financeiras**; (...) *que* **a DNA Propaganda possuía contratos com instituições estaduais** e federais, não sabendo precisar quais; (...).

A afirmação **categórica** de *Clésio Andrade*, no sentido de que a **SMP&B Publicidade** foi **desativada** – ou seja, deixou de prestar serviços de publicidade – depois da criação da SMP&B **Comunicação**, fornece um indício de que **as notas fiscais, emitidas** pela **SMP&B Publicidade**, **em 7 de agosto de 1998, referentes aos patrocínios da Copasa e da Comig ao Enduro Internacional da Independência** (três milhões de reais, na soma total), eram **"notas frias"**,

pois foram **emitidas em nome de uma empresa que não mais funcionava** – a SMP&B Publicidade –, não podendo, portanto, realizar o patrocínio do evento mencionado na nota fiscal – **Enduro Internacional da Independência**.

Ademais, como a SMP&B **Publicidade** apresentava um **passivo milionário** (**doze milhões de reais**, de acordo com *Clésio Andrade*), **qualquer recurso que eventualmente entrasse na sua contabilidade seria alcançado pelos credores**.

Este o motivo pelo qual os recursos estatais **foram redirecionados para a SMP&B Comunicação**, que, contudo, **não era titular do direito exclusivo de exploração do Enduro Internacional da Independência**, ao contrário das justificativas de alguns dos envolvidos para a escolha da SMP&B Comunicação.

Como salientou o Procurador-Geral da República, embora a nota fiscal referente ao patrocínio tenha sido emitida pela SMP&B **Publicidade**, foi **a própria diretoria da Copasa** que transferiu **os recursos públicos – da ordem de R$ 1.500.000,00 – diretamente** para a **SMP&B Comunicação**, sem qualquer base contratual, justificativa ou explicação.

Para que recursos tão vultosos – **um milhão e meio de reais** – fossem transferidos para **empresa diversa daquela que emitiu a nota fiscal de patrocínio**, patrocínio este **determinado pelo Governo de Minas Gerais**, seria necessária, **no mínimo**, uma **consulta à autoridade superior**, que se responsabiliza pela regularidade das finanças estatais, especialmente em **ano eleitoral e, consequentemente, em fim de mandato.**

Isso porque o Estado de Minas Gerais, por meio de seu Governador, é o **acionista majoritário** das estatais envolvidas nos supostos crimes narrados na inicial. Assim, a **alteração da empresa credora não poderia ser feita sem o aval do Estado, através do acusado Eduardo Azeredo**, que à época acumulava a função de **Governador** com a **de candidato à reeleição**.

Eis mais um elemento indiciário robusto das atividades fraudulentas, envolvendo recursos estatais, de que o acusado beneficiou-se na campanha eleitoral de 1998.

Com o objetivo de apontar indícios adicionais de autoria existentes contra o acusado **Eduardo Azeredo** e o dolo utilizado na prática do crime de peculato, o Procurador-Geral da República afirmou, *verbis* (fls. 5972/5973):

> Também merece registro que o investimento de montante tão **expressivo** em **evento esportivo** tinha, **necessariamente**, que ser **precedido de avaliações técnicas**, no mínimo, para definir se o **retorno** a ser alcançado **justificaria o repasse**.
>
> Contudo, **não houve qualquer avaliação dessa natureza**. A **Assessoria de Apoio Empresarial** da Copasa **não foi sequer consultada** sobre o **suposto patrocínio** em exame.
>
> Na verdade, **seria pueril esperar** de Ruy Lage e Fernando Moreira a elaboração de **qualquer estudo prévio**. Com efeito, **eventual estudo**, se fosse feito de

> modo minimamente sério, **não recomendaria o repasse de um milhão e meio de reais para a empresa de Marcos Valério, Cristiano Paz e Ramon Hollerbach.**

No depoimento de fls. 440/442 (vol. 3; v., também, nota de rodapé 71 da denúncia, fl. 5973, vol. 27), o próprio **acusado** *Fernando Moreira Soares*, **Diretor Financeiro da Copasa** à época dos fatos, afirmou o seguinte:

> *que* **não teve acesso aos "projetos em anexo" mencionados na carta enviada pelo secretário de estado Eduardo Pereira Guedes**; *que*, portanto, **não tomou conhecimento da planilha de custos do evento que seria patrocinado pela Copasa/MG**; *que* **não tem conhecimento se a referida planilha de custos foi apresentada à empresa mineira de saneamento**.

Em suma: os recursos foram transferidos nominalmente para a SMP&B Comunicação, **empresa diversa da que emitiu as notas fiscais**, e **não foram analisados os "Projetos em anexo" mencionados**, sobre os **custos do evento**, embora fosse dever da diretoria financeira da Copasa realizar essa análise antes de autorizar a aquisição da Cota de Patrocínio, pelo valor que foi determinado no ofício da *Secom*. Aparentemente, **o Governo sequer se preocupou em enviar tais projetos**, já que, de acordo com a denúncia, a determinação do patrocínio foi um simples **artifício para viabilizar o desvio de recursos públicos para a campanha do acusado Eduardo Azeredo.**

Prosseguiu o Procurador-Geral da República na denúncia (fls. 5974 e seguintes):

> **O valor repassado pela Copasa para a SMP&B Comunicação foi desviado para a campanha eleitoral de Eduardo Azeredo** (...). Pelas provas produzidas na fase inquisitória, **um valor ínfimo** foi **realmente destinado para o evento** esportivo.
>
> Nessa seara, observe-se que a **SMP&B Comunicação não prestou contas dos gastos realizados com o montante entregue pela Copasa**. Ao atender requisição do Ministério Público do Estado de Minas Gerais (fls. 192/193 do Apenso 34), eis o que constou na resposta apresentada por Marcello Siqueira, então Presidente da Copasa (fl. 201 do Apenso 34):
>
> > "Com referência à prestação de contas, ressaltamos que **o pagamento foi efetuado pela Copasa mediante a contra-apresentação, por parte da SMP&B Comunicação Ltda., da Nota Fiscal de n. 002658, no importante total de R$ 1.500.000,00** (um milhão e quinhentos mil reais), cópia em anexo."
>
> **Nota fiscal não é prestação de contas**. Prestação de contas é informar, de modo individualizado, mediante comprovação idônea, **quanto foi gasto no evento**. Isso não foi feito, pois **o dinheiro foi destinado para a campanha eleitoral**. Repita-se: **era obrigação legal da SMP&B Comunicação prestar contas do montante público recebido da Copasa**.

A defesa de **Eduardo Azeredo** questiona a exigibilidade desta "prestação de contas", sustentando o seguinte (fl. 6928, vol. 34):

> É, por outro lado, a denúncia da impropriedade. Reclama uma "prestação de contas" do patrocínio de um evento. Nada mais impróprio. Para se ter uma ideia do que seja um patrocínio, tome-se o mais visível, atualmente. **A Petrobras – a maior**

empresa do País – patrocina o Flamengo – o time de futebol de maior torcida do País. **Dá-lhe, anualmente, ao que informaram os jornais, R$ 24.000.000,00**. **O Flamengo ostenta, nas camisas, com que atuam seus jogadores, o nome, a marca, o logotipo da Petrobras. E emprega o dinheiro que recebe pelo modo e pela forma que julgar conveniente. Obviamente, não presta contas à Petrobras**.

Data venia, cuida-se de um sofisma.

A relação de patrocínio entre o time de futebol do Flamengo e a Petrobras é **completamente diversa** da relação ocorrida **entre o Governo de Minas Gerais** e a **SMP&B Comunicação** no **Enduro Internacional da Independência** e nos outros eventos que teriam sido patrocinados pelas estatais mineiras. Por uma **razão muito simples**: no caso da Petrobras, **o dinheiro é destinado ao próprio objeto do patrocínio, que é o clube de futebol do Flamengo**. Em troca do patrocínio, **o time ostenta a marca da Petrobras em seu uniforme**.

Já no caso dos autos, o **dinheiro público** aparentemente **desviado das estatais mineiras** – *Copasa*, *Comig* e *Bemge* – foi transferido para a **SMP&B Comunicação**, **na qualidade de intermediária**, e **não à direção do Enduro Internacional da Independência** ou à sua **comissão organizadora**. Ou seja: as **vultosas verbas públicas** não **tinham, obviamente, a SMP&B como destinatária final**. **O patrocínio se destinava, em teoria, à promoção e realização do Enduro Internacional da Independência**, para que, **com o "sucesso" do evento em questão**, as empresas mineiras **tivessem suas marcas alavancadas no plano publicitário**.

Assim, a **SMP&B Comunicação** foi **simplesmente** a empresa paga como **intermediária** pelas estatais, **para realizar a promoção de suas marcas** nos eventos e **incentivar as práticas esportivas envolvidas**.

Daí se conclui o óbvio: a **SMP&B não poderia utilizar o dinheiro público em benefício próprio ou de quem lhe parecesse apropriado**, dando-lhe **destinação diversa daquela indicada pelo Estado de Minas Gerais, que determinou o repasse**, que era o patrocínio do "Enduro Internacional da Independência", sob pena **de a conduta configurar crime de peculato**.

Assim, **diversamente do alegado pela defesa de Eduardo Azeredo**, a SMP&B Comunicação, que efetivamente beneficiou-se dos recursos desviados das empresas estatais mineiras **apesar de não ser detentora legal dos direitos de exploração do evento esportivo mencionado**, **inequivocamente**, **tinha** o **dever** de **demonstrar** que a verba recebida **foi aplicada** na **promoção** e **realização** dos referidos eventos esportivos, **comprovando** o **modo como os recursos foram gastos e aplicados** e os **serviços por ela prestados** em **contrapartida** aos **três milhões e meio de reais que recebeu dos cofres públicos**. Do contrário, **ter-se-ia um enriquecimento sem causa**.

Trata-se de dinheiro público, cuja gestão se submete aos princípios da **moralidade, da publicidade e da eficiência**, a serem **fiscalizados, em primeiro lugar, pelo chefe do Poder Executivo**, à época, o acusado *Eduardo Azeredo*.

Outro argumento da defesa do acusado é o de que "o Enduro Internacional da Independência já era patrocinado pelo Estado de Minas Gerais há muitos anos". Contudo, como já se viu em tópicos anteriores deste voto, esta afirmação traduz apenas uma **meia verdade**. Em primeiro lugar, porque **os recursos destinados ao evento nos anos anteriores eram infinitamente inferiores aos que foram transferidos em 1998 para a SMP&B Comunicação, a título de patrocínio do Enduro Internacional da Independência**; em segundo lugar, **porque a Copasa, a Comig e o Bemge jamais haviam sido solicitados a fornecer recursos para patrocínio de eventos esportivos pelo Governo do Estado de Minas Gerais**; em terceiro lugar, **porque era atribuição da Secretaria de Estado de Comunicação Social** fazer toda a **comunicação do Estado de Minas Gerais**, como **esclareceu Ruy Lage** em seu depoimento, **exatamente como ocorrera nos anos anteriores ao da campanha de reeleição de Eduardo Azeredo, em 1998**; por último, **porque os recursos milionários foram tranferidos para a SMP&B Comunicação, em regime de urgência, às vésperas da realização dos eventos esportivos em questão**, o que **inviabilizaria a aplicação a contento desses recursos e a fiscalização desta aplicação, em pleno ano eleitoral.**

Eduardo Guedes, Secretário Adjunto da *Secom* **durante o mandato de Eduardo Azeredo**, afirmou o seguinte sobre o **total repassado pelas estatais mineiras** para os eventos esportivos mencionados na denúncia (depoimento de fls. 518/521, vol. 3):

> (...) *que* **não se recorda** de **patrocínio** governamental a **eventos esportivos** que **envidassem esforços financeiros de tal magnitude**; (...) *que* não houve **qualquer outro tipo de evento**, **ou de serviço**, que a **SMP&B tenha apresentado à Secom, com verba específica**, **no período em que o declarante esteve à frente de tal órgão**; *que* **desconhece que a SMP&B tenha prestado contas dos recursos** recebidos a título de patrocínio das empresas *Comig* e *Copasa*; (...).

Reitere-se: **o autor do depoimento acima é ninguém menos do que o ex-Secretário de Estado Adjunto de Comunicação do governo do acusado**, isto é, uma autoridade pública de nível elevado, ligada diretamente ao chefe do executivo estadual, da qual partiu a determinação expressa para que as estatais da unidade federada repassassem irregularmente verbas públicas para as empresas de Marcos Valério.

O acusado **Eduardo Azeredo** tentou, em sua resposta, transmitir a ideia de que **nada mudou em 1998**: que **simplesmente houve uma autorização de patrocínio ao Enduro Internacional da Independência, a exemplo do que ocorrera em anos anteriores**.

Contudo, está bem claro nos autos que **as características do patrocínio realizado em 1998 foram completamente distintas daquelas ocorridas nos anos anteriores**. A começar pelos **valores envolvidos**. O acusado **Eduardo Azeredo**, na qualidade de Governador do Estado de Minas Gerais, provavelmente tinha conhecimento de que **em nenhum dos anos anteriores de seu**

próprio Governo havia sido destinado valor tão elevado ao mencionado evento esportivo; **o acréscimo ocorreu justamente no ano de sua campanha à reeleição, o que é mais um indício de sua participação na prática criminosa**. Aliás, enquanto esteve à frente do Estado de Minas Gerais, jamais havia transferido recursos **para a SMP&B Comunicação** para fins de **patrocínio** de qualquer evento esportivo. É por essa razão que as transferências, ocorridas em **agosto e setembro de 1998**, assumem **contornos típicos do crime de peculato**.

Outros depoimentos constantes dos autos **fornecem os elementos mínimos necessários para conferir justa causa à denúncia**. Nesse sentido, leio o depoimento da testemunha *Helvécio Aparecida Ribeiro* (fls. 4408/4410, vol. 20 dos autos):

> *que* atuou como **colaborador e diretor** técnico do evento **Enduro da Independência** nos anos de **1992 até 1995**, ficando afastado no ano de 1996, **retornando no ano de 1997**; *que*, **no Enduro da Independência de 1998**, atuou como **levantador técnico**, estando à frente das atividades do **Trail Club Minas Gerais** neste ano, como presidente da entidade; (...) *que* não teve conhecimento do valor dos **gastos realizados pela SMP&B** para a **produção e promoção do Enduro da Independência**, mas que *nos bastidores* do *Trail Club* acreditava-se que **tais gastos não chegariam ao montante de R$ 400.000,00** (quatrocentos mil reais) (...); *que*, na época do evento, **não teve conhecimento que a SMP&B tinha obtido patrocínio da Comig e da Copasa**, no valor de R$ 1.500.000,00 (hum milhão e quinhentos mil reais) cada, totalizando R$ 3.000.000,00 (três milhões de reais); (...) *que* os **valores** arrecadados foram **bem superiores aos gastos com a parte técnica e a produção do evento**; *que*, **se tais recursos tivessem sido aplicados no Enduro da Independência**, (...) **possibilitaria a realização de vários outros enduros**, **recuperação de trilhas, além do desenvolvimento de políticas voltadas para o meio ambiente e ainda ajuda a comunidades carentes**; (...) *que*, em relação à divulgação do evento, **não se recorda de mídia televisiva paga**, tendo conhecimento, apenas, de **mídia televisiva espontânea** do evento, não se recordando, também, que nestas incursões fossem divulgados os nomes dos patrocinadores do *Enduro da Independência de 1998*; (...).

Este depoimento revela a **desproporcionalidade** dos montantes que teriam sido pagos pelas estatais mineiras a título de patrocínio do Enduro de 1998. O total dos gastos da SMP&B Comunicação para a produção e promoção do evento seria de R$ 400.000,00 (quatrocentos mil reais). Considerando que houve vários outros patrocinadores, não há como vislumbrar, neste momento, qualquer justificativa plausível para a destinação, pela *Copasa*, *Comig* e *Bemge*, do montante de R$ 3.500.000,00 (três milhões e quinhentos mil reais), soma que ostenta **completa desproporção** em relação à participação estatal nos anos anteriores, como visto.

Outro depoimento extremamente relevante é o da testemunha *Reneé Pinheiro Anunciação* (fls. 2113/2116, vol. 10), que **revela fortes indícios da prática criminosa narrada na denúncia**:

> *que* trabalhou como **economista** nas empresas *RB Consultoria e Planejamento*, *Fiat Automóveis* (estágio) e **SMP&B**, no período **de julho de 1996 a novembro de 1999**; (...) *que*, em relação aos eventos, **Iron Biker, Mundial de Motocross**

> **250 cc e Enduro Internacional da Independência**, recorda da **participação da Honda com a cota de patrocínio no valor de R$ 300.000,00**, salvo engano, tendo também a **participação da Texaco e a cota do Governo por meio de empresas da Administração Indireta (Cemig e/ou Copasa)**; (...) *que* **a SMP&B era responsável por todas as despesas dos eventos**, desde a alimentação do pessoal de apoio, contratação de seguranças, montagens de pistas, etc.; *que* **acredita que, em 1998, os valores das despesas tenham alcançado o valor montante de R$ 600.000,00** e que tenha sido **vendido três cotas de patrocínio no valor de R$ 300.000,00**; (...) *que* **não se recorda de ter recebido ou de ter entrado no caixa da empresa as cotas de patrocínio de R$ 1.500.000,00 da Copasa, R$ 1.500.000,00 da Comig e R$ 500.000,00 do Bemge**; *que* **Gil Canaã passava para o depoente a planilha de custos** dos eventos, **verificava se já tinha entrado recursos das cotas de patrocínio** e determinava os **pagamentos das despesas de acordo com o fluxo de entrada de recursos**; *que* a **margem de lucro** auferida pela **SMP&B** com o evento **não era alta**; *que* **não sabe como a SMP&B aplicou cerca de R$ 4.000.000,00** em, aproximadamente, **quinze dias anteriores ao evento Enduro da Independência** (...); *que* acredita que **a estrutura de despesas dos eventos não justificaria os gastos de cerca de R$ 4.000.000,00 em 1998**; (...).

Este depoimento traz **vários indícios da prática dos crimes de peculato narrados na denúncia**.

Em primeiro lugar, o declarante afirmou que foram vendidas **três cotas de patrocínio do evento, no valor de R$ 300.000,00 cada uma**, sendo que **a Honda adquiriu uma das cotas, a Texaco adquiriu outra** e **o Governo do Estado de Minas Gerais adquiriu a terceira, através das empresas estatais**. Ou seja, o **montante realmente destinado aos eventos esportivos** pelo Estado de Minas Gerais seria, aparentemente, no máximo, de **R$ 300.000,00**, o que é muito mais **harmonioso com as verbas transferidas nos anos anteriores do governo de Eduardo Azeredo**, embora em valores **ainda bem superiores**.

Também é muito mais verossímil que tenha ocorrido a venda de três cotas de R$ 300.000,00, pois os **custos somados** dos três eventos – Enduro Internacional da Independência, Iron Biker e Campeonato Mundial de Supercross – totalizariam, segundo o depoimento acima, **R$ 600.000,00** (fl. 2115, vol. 10). O que guarda coerência, também, com a afirmação do declarante no sentido de que **a margem de lucro da SMP&B com os eventos** "**não era alta**" (no caso, totalizaria um lucro aproximado de **R$ 300.000,00**).

Outro indício reside no fato de que o declarante, que era **economista da SMP&B** na época dos fatos, **não se recorda de ter recebido os três milhões e meio de reais para patrocínio dos eventos**. O referido montante é **muito expressivo**, razão pela qual, nesta fase de recebimento da denúncia, é lícito concluir que **a SMP&B serviu de intermediária** para fins de **desvio da maior parte dos recursos para a campanha de Eduardo Azeredo**, através das contas abertas pela empresa no Banco Rural.

Merece atenção, ainda, a afirmação de *Reneé Pinheiro* no sentido de que "**a estrutura de despesa dos eventos não justificaria os gastos de cerca de R$ 4.000.000,00 em 1998**", referindo-se **aos três eventos mencionados na**

denúncia. Assim, o argumento de que **o aumento no valor do patrocínio estatal** estaria justificado pelo fato de o patrocínio ter-se destinado a três eventos – *Enduro Internacional da Independência, Iron Biker e Mundial de Supercross* – **não pode ser aceito neste momento do processo**.

Por fim, outro **indício muito relevante** de que **as transferências constituíram, em tese, crime de peculato** é a informação de que os valores vultosos foram **repassados à SMP&B apenas quinze dias antes do Enduro Internacional da Independência**, sendo **praticamente impossível** que houvesse tempo hábil para **aplicá-los**. O próprio declarante, que é economista, expressou sua dúvida: "**não sabe como a SMP&B aplicou cerca de R$ 4.000.000,00 em, aproximadamente, quinze dias anteriores ao evento Enduro da Independência**" (fl. 2115, vol. 10).

Com efeito, esse dado traz indícios de que o **real objetivo** dos repasses milionários seria, **desde o início**, o **financiamento ilícito da campanha do acusado Eduardo Azeredo em 1998**.

Os indícios de que **os recursos desviados foram aplicados na campanha do acusado Eduardo Azeredo**, como seria seu objetivo desde que forjados os ofícios determinando os patrocínios, serão vistos de maneira mais intensa no próximo capítulo de meu voto, em que apreciarei as imputações de **lavagem de dinheiro** constantes da denúncia.

De todo modo, transcrevo, aqui, um dos depoimentos reveladores desta **apropriação privada da coisa pública** e da supostamente **criminosa destinação dos recursos das estatais**.

Cuida-se dos esclarecimentos prestados por **Otimar Ferreira Bicalho**, que, de acordo com o Quadro 12, itens 6, 7, 8, 9, 10 e 11, do Laudo Pericial 1.998 (fl. 6001, vol. 27 dos autos), recebeu **seis repasses no dia 4 de setembro de 1998**, totalizando **R$ 85.000,00**, provenientes da **conta corrente 06.002289-9**, da agência 009 do Banco Rural, titularizada pela **SMP&B Comunicação**, **em que haviam sido depositados, no mesmo dia 4 de setembro, os recursos procedentes do patrocínio da Comig** e, anteriormente, os **empréstimos tomados pela SMP&B Comunicação e assumidamente destinados à campanha de Eduardo Azeredo**.

Otimar Bicalho prestou as seguintes declarações à Polícia Federal em Minas Gerais (fls. 4911/4912, vol. 23):

> (...) *que*, em **1982**, foi eleito pelo PMDB **vereador do Município de Belo Horizonte/MG**, sendo reeleito em **1988**, ainda pelo PMDB, e em **1992**, pelo PTB, permanecendo **até 1996** como vereador; *que*, **de 1983 a 1985, foi Secretário Municipal** de Ação Comunitária no Governo **Hélio Garcia e Rui Lage**; *que*, **de 1996 a 1998**, assumiu a **diretoria comercial da Cohab a convite do governador Eduardo Azeredo**; *que*, **em agosto de 1998**, recebeu uma **ligação telefônica do governador Eduardo Azeredo**, **solicitando que assumisse o gerenciamento da equipe de pintura** na cidade de **Belo Horizonte**; *que* **se licenciou do cargo e assumiu a coordenação a pedido do candidato à reeleição Eduardo Azeredo**; *que* já

> **tinha participado como subcoordenador de campanha de Eduardo Azeredo ao governo do Estado de Minas Gerais em 1994**, juntamente com *Amílcar Martins*; *que* **acredita ter recebido cerca de R$ 170.000,00 (cento e setenta mil reais) para fazer pagamentos relacionados a pintura de muro**; (...) *que Cláudio Mourão* ofereceu, como única forma de pagamento, o **repasse de seis cheques, sendo cinco no valor de R$ 15.000,00 (quinze mil reais) e um no valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais), totalizando R$ 85.000,00 (oitenta e cinco mil reais)**; (...).

O depoente, **vereador por décadas e ex-secretário municipal da terceira maior cidade do País**, que mantinha **laços de amizade** com o acusado, segundo informado no mesmo depoimento, afirmou ter recebido **R$ 170.000,00** (cento e setenta mil reais) para a não muito relevante função de **coordenador da pintura de muros** para a campanha. Ocorre que, segundo o laudo pericial transcrito na denúncia, e de acordo com o próprio depoimento de *Otimar Bicalho*, **apenas R$ 85.000,00 foram pagos através de cheques depositados em sua conta**. O restante – outros R$ 85.000,00 – foi, **possivelmente, pago em espécie, através de um dos muitos saques efetuados na conta da SMP&B Comunicação em que entraram tanto os recursos do empréstimo quanto os recursos aparentemente desviados das estatais mineiras** (conta corrente 06.002289-9, agência 009 do Banco Rural – v. fl. 6000, vol. 27 dos autos).

Além disso, extrai-se do depoimento acima que foi o próprio acusado **Eduardo Azeredo** quem telefonou **pessoalmente** para o depoente **Otimar Ferreira Bicalho**, para solicitar-lhe que assumisse "**o gerenciamento da equipe de pintura** na cidade de **Belo Horizonte**", segundo afirmou à Polícia Federal em oitiva formal.

Ora, se o acusado **Eduardo Azeredo** tratava de questões como **gerenciamento da equipe de pintura** de sua campanha, não há, **nesta fase**, como aceitar a alegação de que ele **não tinha qualquer conhecimento do que se passava na coordenação financeira de sua campanha**, para a qual nomeou *Cláudio Mourão*, até então seu "braço direito" (desde que o acusado foi Prefeito de Belo Horizonte, no início dos anos 1990).

Aliás, segundo a legislação eleitoral, o **candidato é responsável pela área financeira de sua campanha, podendo até nomear um coordenador** para cuidar dos aspectos práticos, **mas sem que isso tenha o condão de retirar-lhe a responsabilidade pelos recursos que entram e saem de seu comitê eleitoral.**

Veja-se que *Otimar Bicalho* foi, ainda, secretário no governo de *Hélio Garcia* e **Rui Lage**, outro dos diretores da estatal *Copasa* possivelmente envolvido nos fatos narrados na inicial, e aliado de **Eduardo Azeredo** a ponto de abrir mão da presidência da empresa para **engajar-se na campanha de reeleição** do acusado, a pedido deste.

Também foi **remunerado com recursos** provenientes da conta corrente 06.002289-9, agência 009, do Banco Rural, em nome da empresa SMP&B Comunicação, o Promotor de Eventos **Roberto de Queiroz Gontijo**, cujo nome consta do item 49 do Quadro 12 do Laudo Pericial 1.998 (v. fl. 6002, vol. 27).

Como assinalei, a conta em questão recebeu não só recursos provenientes dos empréstimos tomados pela SMP&B Comunicação e assumidamente destinados para a campanha do acusado, mas também **os recursos públicos transferidos pelas estatais mineiras** para a empresa de *Marcos Valério* e seus sócios, **a título de patrocínio do Enduro Internacional da Independência**.

Roberto Gontijo prestou as seguintes declarações à Polícia Federal em Minas (fls. 2217/2219, vol. 11):

> *Que*, **em 1998, foi indicado por Eduardo Azeredo** (...) para atuar como **coordenador de eventos**, de um modo geral; *que* **prestou serviços para a campanha eleitoral de Azeredo de 1998 durante noventa dias**; *que* não sabe afirmar com precisão o **valor** cobrado por seus serviços, a uma por **não possuir contrato escrito**, e também em virtude de sua remuneração não ser fixa, mas variável, conforme os gastos efetivados; *que* recebia algo em torno de **12,5% dos gastos efetivados com os eventos** promovidos pelo declarante na **campanha de Eduardo Azeredo ao Governo de Minas Gerais, em 1998**; *que* **acredita ter recebido algo em torno de R$ 100.000,00 (cem mil reais)** pelos seus serviços, durante toda a campanha; *que* **Cláudio Mourão depositava recursos na conta corrente do declarante, para fazer frente aos gastos dos eventos e os honorários do declarante**; *que*, **em outras oportunidades, o declarante pegava o dinheiro no próprio comitê, localizado no bairro Funcionários**, em BH/MG; *que* **era o próprio Cláudio Mourão quem entregava os recursos ao declarante**; (...) *que*, indagado acerca de um **depósito da empresa SMP&B, no valor de R$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais)** na conta corrente 88004168-6, no Banco Rural, em **5-10-1998**, *Respondeu que*: (...) *que* **tal valor foi utilizado pelo declarante para pagamento de despesas dos eventos que organizava durante a campanha** (...); *que* **Cláudio Mourão tinha pleno conhecimento de que o depósito efetivado em sua conta foi feito pela empresa SMP&B**; (...) *que* **Cláudio Mourão tinha como hábito apresentar soluções ao então Governador**, **não esclarecendo detalhes de como tinha resolvido os problemas**; *que*, no desempenho de suas funções na área de eventos, costumava frequentar tanto o **comitê de campanha** quanto a sede da empresa **SMP&B**; *que*, **nos dois locais**, **sempre encontrava com Marcos Valério e os sócios da SMP&B**, senhor *Ramon Cardoso* e senhor *Cristiano Paz*; *que* **também avistava Walfrido dos Mares Guia no comitê de campanha** (...); *que*, ao que sabe, *Eduardo Azeredo* não frequentava a empresa SMP&B, ao **contrário de Cláudio Mourão**, que ali se encontrava com o declarante, esporadicamente.

Como se pode notar, o produtor de eventos *Roberto de Queiroz Gontijo* **foi indicado diretamente pelo acusado Eduardo Azeredo**, o que **demonstra** a **completa subordinação do coordenador financeiro da campanha Cláudio Mourão ao acusado**. Veremos, no próximo capítulo, que **Eduardo Azeredo indicava muitos dos prestadores de serviços**, que viriam a ser pagos por meio da SMP&B, **com os recursos da conta 06.002289-9** do Banco Rural, em que foram depositados os **recursos em tese desviados das estatais mineiras**.

Este depoimento também prova a inconsistência da alegação do acusado de que as **decisões financeiras mais importantes da sua campanha eram tomadas sem a sua participação** direta.

É relevante, ainda, como **indício** da atuação de **Eduardo Azeredo** a inegável e **constante presença dos sócios da SMP&B no comitê de campanha do acusado**, segundo informado pelo depoente *Roberto Gontijo*, além dos **pagamentos a prestadores de serviços da campanha realizados na sede da SMP&B Comunicação**, **em espécie**, pelo coordenador e braço direito do acusado, **Cláudio Mourão**.

Pois bem, senhores Ministros.

Os eventos esportivos que o Governo de Minas Gerais teria patrocinado em 1998, às vésperas das eleições, **não demandavam tamanho empenho de recursos**. Aliás, o **Iron Biker** e o **Mundial de Supercross não tinham** sequer **repercussão local ou regional que justificasse o inédito patrocínio estatal**. Nesse sentido, **Maurício Dias Horta**, à época **presidente da Bemge Seguradora**, declarou o seguinte ao Departamento de Polícia Federal (fls. 4909/4910, vol. 23):

> (...) *que* **não sabe dizer o que é Iron Biker**, não se recordando também de nada acerca de **Mundial de Supercross**; (...).

Todos esses dados, que formam o conjunto probatório deste inquérito, levam aos seguintes questionamentos: **por que motivo**, em 1998, a *Copasa* atendeu à determinação do Governo de Minas Gerais e efetuou uma transferência **inédita**, no montante de **um milhão e meio de reais**, para a empresa SMP&B Comunicação, a título de patrocínio de eventos que não demandavam maiores investimentos e que sequer eram conhecidos por seus diretores? Por que não foi feita qualquer análise do valor recomendado pelo Estado de Minas Gerais para a Cota de Patrocínio da empresa – sua razoabilidade e pertinência em relação à magnitude do evento; a viabilidade do patrocínio naquele momento, em que os interesses nacionais se voltavam para o pleito eleitoral? Seria apenas um conjunto de coincidências desfavoráveis ao acusado *Eduardo Azeredo*?

A meu ver, trata-se de indícios da prática do crime de peculato, de cuja trama não se pode descartar, de plano, a participação do acusado, pois foi ele o principal beneficiário do desvio; a ordem para o desvio partiu de autoridade de alto escalão do seu governo, seu subordinado direto; as estatais mineiras de cujos cofres saíram os recursos eram politicamente controladas pelo acusado, que nomeava, para dirigi-las, pessoas da sua mais estrita confiança, como já se viu nos depoimentos já transcritos.

Assim, a inicial narra conduta criminosa, apresentando base probatória mínima que autoriza o seu recebimento em relação ao crime de **peculato praticado, em tese, em detrimento da Copasa. Os indícios mencionados no presente capítulo de meu voto serão ainda robustecidos** pelos elementos constantes do capítulo 4, em que analisei a imputação dos crimes de **lavagem de dinheiro**.

Examino, em seguida, as acusações relativas ao desvio levado a efeito em detrimento da *Comig*.

3.2 Comig

Relativamente à *Comig*, **o *modus operandi*** do crime de **peculato** descrito na denúncia (imputação a.1, fl. 6013) é idêntico ao utilizado em relação à *Copasa*.

Consta da denúncia (fls. 5975/5981, vol. 27):

> Na função de **Secretário de Estado** da Casa Civil e Comunicação Social do Governo de Minas Gerais, Eduardo Guedes **determinou, em nome do Estado de Minas Gerais**, que a **Comig repassasse um milhão e meio de reais para a empresa SMP&B Comunicação Ltda., sob a justificativa de aquisição de cota principal de patrocínio do evento Enduro Internacional da Independência.**
>
> O **chefe imediato** de Eduardo Guedes era **Eduardo Azeredo**, que foi **um dos mentores do crime perpetrado e seu principal beneficiário**.
>
> No que interessa, o ofício subscrito por Eduardo Guedes tem o seguinte teor (fl. 1471, volume 07):
>
> > "Assim, o Governo do Estado decidiu **determinar** a essa Empresa a **participação** como **responsável** por uma das cotas do **patrocínio** especial, **cabendo à Comig** o desembolso de **R$ 1.500.000,00** (hum milhão e quinhentos mil reais), **respaldado**, evidentemente, **nesta manifestação** (...).
> >
> > (...)
> >
> > **Considerando** o significado do evento e **a urgência** de que o mesmo se reveste, solicitamos **imediatas providências para atendimento à presente determinação**."
>
> No dia **10 de agosto**, **sem qualquer questionamento**, José Cláudio (falecido), então **Diretor Presidente**, Lauro Wilson, então **Diretor de Administração e Finanças**, e Renato Caporali, então **Diretor de Desenvolvimento e Controle de Negócios**, acataram a ilegal determinação de Eduardo Guedes e **autorizaram a entrega do numerário** para a empresa de Cristiano Paz, Ramon Hollerbach, Clésio Andrade e Marcos Valério, que seria **encarregada de viabilizar a destinação criminosa do dinheiro público**.
>
> O **repasse** de **um milhão e quinhentos mil reais da Comig** para a empresa comandada por Marcos Valério, Cristiano Paz, Ramon Hollerbach e Clésio Andrade foi a **primeira etapa do crime de peculato**.
>
> (...)
>
> **José Cláudio** (falecido) chegou a **se licenciar do cargo de Presidente da Comig para coordenar a campanha de reeleição** na região metropolitana de **Belo Horizonte**/MG, enquanto **Lauro Wilson** é **filiado ao PSDB** desde a sua criação (fls. 5897/5899).
>
> Lauro Wilson, inclusive, assumiu o cargo de **secretário do Comitê Financeiro da campanha de Eduardo Azeredo** (...).
>
> Também **Renato Caporali** era **filiado ao PSDB**, tendo se candidatado ao cargo de Vereador pela referida agremiação política em 1994 e feito **campanha para Eduardo Azeredo em 1998** (fls. 213/215, Apenso 42).
>
> A **comprovação** de que toda a operação não passou de uma grande farsa já começa a ser demonstrada pela **data do Ofício** assinado por **Eduardo Guedes** para a Comig e da **nota fiscal** emitida pela empresa SMP&B Publicidade pelo **suposto patrocínio**: *ambos* estão datados de **07 de agosto de 1998**.
>
> (...) como tudo era uma **estratégia para desviar recursos públicos em prol de Eduardo Azeredo e Clésio Andrade**, todos os detalhes e passos do esquema es-

tavam **pré-definidos**, inclusive que José Cláudio (falecido), Lauro Wilson e Renato Caporali acatariam, como efetivamente acataram, a *ilegal determinação*.

Além do mencionado dado referente à data, que é **relevante para revelar o conluio** existente entre os envolvidos, **outros merecem destaque**.

O evento Enduro Internacional da Independência era titularizado pela Confederação Brasileira de Motociclismo que, por sua vez, firmou um contrato de exploração com a empresa SMP&B **Publicidade**, outorgando-lhe o **direito exclusivo de promover e comercializar o evento**.

A nota fiscal que amparou o repasse, mencionando expressamente o Enduro, foi emitida pela empresa SMP&B **Publicidade**.

Entretanto, e aqui reside mais uma relevante peça no mosaico montado para implementar o desvio, **a real beneficiária do valor de um milhão e quinhentos mil reais**, nos dias 25 de agosto de 1998 (um milhão de reais) e 04 de setembro de 1998 (quinhentos mil reais), **foi a SMP&B Comunicação**.

A transferência foi **ilegal**, pois era a SMP&B **Publicidade** que tinha o direito exclusivo sobre o evento, e não a SMP&B Comunicação. São **duas pessoas jurídicas distintas, com obrigações e direitos diferentes**.

O **motivo do transplante** da milionária verba, que seria da SMP&B Publicidade e foi para SMP&B Comunicação, foi **proporcionar as etapas seguintes do desvio**.

(...)

Por estar "limpa", **livre de dívidas, a SMP&B Comunicação**, como comprovaram os Laudos Periciais 1998 e 2076, ambos produzidos pelo Instituto Nacional de Criminalística, era o veículo perfeito para a **perpetração dos mais variados e graves tipos de crimes e fraudes**. Na verdade, com a constituição da empresa SMP&B Comunicação, **a SMP&B Publicidade foi desativada**.

É interessante observar que o **ofício** remetido por **Eduardo Guedes indicava, expressamente, que a SMP&B Comunicação deveria receber os recursos**, em que pese o contrato de **exclusividade** ter sido firmado com a **SMP&B Publicidade**.

Também merece registro que o investimento de **montante tão expressivo** em evento esportivo tinha, necessariamente, que ser **precedido de avaliações técnicas**, no mínimo, para definir se o retorno a ser alcançado justificaria o repasse.

Contudo, **não houve qualquer avaliação** desta natureza.

(...) Com efeito, **eventual estudo**, se fosse feito de modo minimamente sério, **não recomendaria o repasse de um milhão e meio de reais** para a empresa de Marcos Valério, Cristiano Paz e Ramon Hollerbach.

(...)

O numerário repassado pela **Comig** para a **SMP&B Comunicação** foi **desviado para a campanha eleitoral de Eduardo Azeredo** (...). Pelas provas produzidas na fase inquisitorial, **um valor ínfimo foi realmente destinado para o evento esportivo**.

(...) **a SMP&B Comunicação não prestou contas dos gastos realizados com o montante entregue pela Comig**. Ao atender requisição do Ministério Público do Estado de Minas Gerais (fls. 194/195 do Apenso 34), eis o que constou na **resposta** apresentada por Henrique Eduardo Ferreira Hargreaves, então **Presidente da Comig** (fl. 218 do Apenso 34):

> "**Não constam dos arquivos da Comig referidos documentos de prestação de contas**. A documentação que consta de nossos registros contábeis constitui-se de pedidos de pagamento, cópias de cheques e recibo e NF 002657 da SMP&B (documento 7).

> Cabe esclarecer que, consoante informações da Empresa SMP&B, a cota de patrocínio assegura ao patrocinador a figuração de sua marca em todas as peças e ações de *merchandising*, o que se processou na forma de patrocínio, **sem, entretanto, prestar contas da utilização dos recursos repassados**."
>
> **Não houve prestação, pois o dinheiro foi destinado para campanha eleitoral**. Repita-se: era obrigação legal da SMP&B Comunicação prestar contas do montante público recebido da Comig.

Como se pode perceber, o *modus operandi* foi **idêntico** ao anteriormente examinado, **relativamente ao aparente desvio de recursos da Copasa**.

A **Comig**, **por ordem direta do Governo do Estado de Minas Gerais**, mediante ofício da Secretaria de Comunicação, transferiu **R$ 1.500.000,00** para a **empresa SMP&B Comunicação**, que seria **encarregada de, por meio de empréstimos supostamente fraudulentos**, vistos no capítulo anterior de meu voto, **viabilizar a lavagem de dinheiro e a destinação criminosa dos recursos públicos para a campanha de reeleição do acusado Eduardo Azeredo.**

A testemunha *Jolcio Carvalho Pereira* destacou, em depoimento à Polícia Federal (fls. 4392/4394, vol. 20):

> *que*, no ano de 1998, era o chefe do jurídico [da **Comig**] e recebeu a **incumbência** do senhor Presidente **José Cláudio Pinto Rezente** de convocar uma assembleia geral ordinária e o conselho de administração **visando a atender determinação contida no ofício expedido pelo secretário adjunto de comunicação social**, senhor *Eduardo Pereira Guedes Neto*, no sentido de **adquirir cota de patrocínio especial do evento Enduro Internacional da Independência**, no valor de **R$ 1.500.000,00** (hum milhão, quinhentos mil reais); *que*, seguindo os trâmites burocráticos, houve deliberação da diretoria (...) no sentido de **aprovar o patrocínio da Comig ao evento Enduro da Independência**; (...) que o **presidente em exercício**, senhor José Cláudio Pinto de Rezende, atuou em **substituição ao presidente Carlos Alberto Cotta**, em virtude de este ter se licenciado à época, pelo período de três a seis meses; *que* o presidente da Comig, Sr. **José Cláudio Pinto de Rezente licenciou-se no ano de 1998 para assumir a coordenação político-eleitoral do PSDB na região metropolitana de Belo Horizonte/MG**; (...) *que*, como chefe do jurídico, **não se opôs ao fato da Comig patrocinar o evento Enduro da Independência**, (...) havendo, sim, **determinação superior**, do Presidente, **para atender o contido no ofício da Secom**, assinado pelo Sr. *Eduardo Guedes*, **o que foi cumprido pelo declarante**, tomando as providências burocráticas necessárias; (...) *que* **o valor do patrocínio seria destinado unicamente ao Enduro da Independência**, mas posteriormente, por **documentos encaminhados pela empresa SMP&B**, a empresa alegou que a **verba teria sido aplicada em outros dois eventos**, que seriam **Iron Biker e Mundial Supercross**; *que* não tem conhecimento a respeito de **prestação de contas** por parte da empresa de publicidade SMP&B, **acreditando**, inclusive, **que não tenha sido realizado**, pois ao procurar documentos nos arquivos da empresa que pudessem subsidiar seus esclarecimentos, **encontrou apenas, no setor de contabilidade, o recibo emitido pela SMP&B Publicidade** (...).

Lauro Wilson, Diretor Administrativo e Financeiro da *Comig* à época dos fatos, cuja conduta será objeto de julgamento pelos órgãos jurisdicionais

competentes, declarou o seguinte no depoimento prestado à Polícia Federal (fls. 5897/5899, vol. 27):

> (...) *que* não estranhou o fato de ter sido expedido o **comunicado da Secretaria de Comunicação Social do Governo do Estado de Minas Gerais no dia 07-08-1998**, tendo sido marcado no dia **10-08-1998 reunião da Diretoria para a discussão e deliberação da matéria referente ao patrocínio do Enduro Internacional da Independência**; *que* havia necessidade de dar cumprimento às formalidades para a liberação da verba pela **proximidade do evento**; (...) *que* **não foi apresentado estudo de viabilidade do investimento ou de retorno de patrocínio do evento Enduro Internacional da Independência**; *que*, perguntado se tem conhecimento de **outros eventos esportivos que tenham sido contemplados com o patrocínio da Comig, respondeu que não**; (...) *que* **não acompanhou a implementação da execução do evento**; *que* **não recebeu da empresa SMP&B justificativa de gastos ou estudo de retorno do recurso investido**; *que* **é filiado aos PSDB desde a sua criação** (...).

Como se nota do depoimento de *Lauro Wilson*, **a Comig até então** nunca havia patrocinado o *Enduro Internacional da Independência* tampouco **qualquer outro evento esportivo, de qualquer espécie**. **Surpreendentemente**, em **1998**, nos meses que antecederam o pleito em que o acusado **Eduardo Azeredo** era **candidato à reeleição**, **o Governo do Estado de Minas Gerais ordenou**, por intervenção expressa do Secretário-Adjunto da Casa Civil e Comunicação, Eduardo Guedes, **o patrocínio no valor de R$ 1.500.000,00**, mediante **transferência do valor para a SMP&B Comunicação**.

A *Comig*, mesmo sem realizar **qualquer estudo de retorno do recurso investido ou análise dos gastos do evento**, **autorizou o repasse para a SMP&B Comunicação**.

São **indícios de que o objetivo do repasse foi, desde o início, a prática do crime de peculato**, em prol da **campanha de reeleição do acusado Eduardo Azeredo**.

O fato de o repasse dos **valores milionários** ter sido **determinado** pelo **Estado de Minas Gerais às vésperas do evento esportivo** que, em tese, deveria ser patrocinado (**em torno de quinze dias antes do Enduro Internacional da Independência**), **também confere verossimilhança à denúncia**, como anteriormente já assinalei. Além disso, as pessoas envolvidas nos repasses eram **diretores nomeados por Eduardo Azeredo e que gozavam da sua inteira confiança e amizade**. Não se pode supor que sejam meras coincidências.

Renato Caporali, Diretor de Desenvolvimento e Controle de Negócios da **Comig** à época dos fatos, declarou o seguinte (fls. 213/215, apenso 42):

> (...) *que*, na eleição ao governo do Estado no ano de **1994**, foi um dos poucos **Vereadores** da região de **Campos Altos/MG** a **apoiar a campanha de Eduardo Azeredo**; *que*, em meados do ano de **1995**, foi **convidado pelo então governador eleito Eduardo Azeredo** a assumir a Diretoria de Desenvolvimento e Controle de Negócios da Companhia Mineradora de Minas Gerais – **Comig**; *que*,

> **na Presidência da empresa estava o senhor Carlos Cotta**, indicado na gestão do governador *Hélio Garcia* e **reconduzido ao cargo pelo governador Eduardo Azeredo**; *que*, inicialmente, **tinha**, junto com o senhor *Flávio Penido*, Diretor de Mineração, uma **boa articulação com o governo Eduardo Azeredo**, porém, no decurso da **gestão Azeredo**, **Carlos Cotta se aproximou do Governo**, ocorrendo a diminuição da proximidade política do interrogando com o grupo de governo; (...) *que* **foi comunicado pessoalmente por Carlos Cotta** que era **interesse do governo o apoio ao evento Enduro da Independência**; *que* **teria questionado** junto ao Presidente em exercício, *José Cláudio Pinto de Rezende*, **se a liberação dos recursos de patrocínio do evento era legal** (...) *que*, **no ano de 1998, fez trabalho de militância política na região de Campos Altos e Araxá** (...).

Como se nota, **Renato Caporali**, **um dos responsáveis** por **autorizar o repasse milionário** da *Comig* para a SMP&B Comunicação, a título de patrocínio do *Enduro Internacional da Independência*, **durante a campanha de reeleição de Eduardo Azeredo**, **admitiu** (v. depoimento acima) **ter realizado trabalhos de militância em favor da reeleição de Eduardo Azeredo em 1998**. Segundo afirmado por ele, que era Diretor de Desenvolvimento e Controle de Negócios da *Comig*, **sua participação na campanha de Eduardo Azeredo** se deu através de **visitas e articulações políticas na região de Campos Altos**, onde foi eleito vereador em 1992, e na região de **Araxá**.

Renato Caporalli admitiu, ainda, em seu depoimento lido há pouco, que **havia indícios de ilegalidade na liberação de um milhão e meio de reais pela Comig, em ano eleitoral e em momento crucial da campanha de reeleição** (meses de agosto e setembro – v. documento de fl. 1650, vol. 8 – recibo da SMP&B dos cheques de 25 de agosto de 1998, no valor de R$ 1.000.000,00, e de 4 de setembro de 1998, no valor de R$ 500.000,00, emitidos pela *Comig*).

O repasse efetuado pela **Comig** ocorreu já às vésperas do **Enduro Internacional da Independência**, tornando **duvidosa** a própria **viabilidade** da aplicação dos recursos na **destinação declarada pelo Estado de Minas Gerais**.

O depoimento de *Caporali* revelou, ainda, que o Presidente da Comig, **Carlos Cotta**, **também nomeado por Eduardo Azeredo**, veio a se **licenciar do cargo em 1998**, **a pedido do acusado**, para assumir a função de **coordenador da sua campanha de reeleição na região metropolitana de Belo Horizonte**. Além disso, o próprio *Carlos Cotta*, que tinha relação **muito próxima** com o acusado, teria **salientado que era interesse do Governo o repasse de recursos pela Comig**. Ou seja, aparentemente, *Eduardo Azeredo* **atuou diretamente na solicitação de R$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais) à estatal**, em momento importantíssimo da campanha de reeleição.

Leio trecho do depoimento de **Carlos Cotta**, *verbis* (fls. 4377/4379, vol. 20):

> *que* em junho de 1998, licenciou-se da presidência da *Comig* para ser **Coordenador Político da campanha de reeleição do Governador Eduardo Azeredo**, em Belo Horizonte/MG e Região Metropolitana; (...) *que* a **coordenação geral** da campanha de reeleição de **Eduardo Azeredo** ficou a cargo do **ex-presidente da Cemig, Carlos Eloy**; *que* não participou das deliberações que resultaram na

> **aquisição**, pela **Comig**, de cotas de **patrocínio** do evento esportivo denominado **"Enduro Internacional da Independência"** no ano de **1998**; *que* a **decisão** da **Comig** em adquirir referida cota de patrocínio foi **determinada** por uma autorização do **Governo do Estado de Minas Gerais**; *que* referida **determinação do Governo do Estado de Minas Gerais** foi **consubstanciada** por uma carta elaborada pelo Secretário Adjunto de Comunicação Social, *Eduardo Pereira Guedes Neto*; *que*, **nos anos anteriores, a Comig nunca patrocinou referido evento esportivo**; *que* tomou conhecimento de que o patrocínio da *Comig* para o *Enduro da Independência* foi no valor de R$ 1,5 milhão de reais; *que* tomou conhecimento deste valor quando foi **questionado por uma repórter da rádio CBN**, ainda durante a campanha eleitoral de 1998; *que* **houve uma denúncia por parte da coligação política adversária** junto à Justiça Eleitoral, referente ao *patrocínio da Comig* para o *Enduro da Independência*; *que*, pelo que sabe dizer, o *patrocínio da Comig* no valor de R$ 1,5 milhão de reais **era destinado exclusivamente ao Enduro da Independência**; *que* somente recentemente tomou conhecimento que o patrocínio da *Comig* para o *Enduro da Independência* **foi repassado para a empresa SMP&B Comunicação Ltda.**; (...) *que* a *Comig* **possuía como agência de publicidade a empresa JMM**; (...) *que* **não teve condições de avaliar qual o retorno** efetivo **para a Comig** acarretado pelo patrocínio do *Enduro da Independência*.

Pois bem.

O depoimento que acabo de ler, prestado pelo ex-presidente da *Comig*, *Carlos Cotta*, também revela **indícios** de que o acusado *Eduardo Azeredo* **praticou**, **em tese**, o **crime de peculato** em detrimento da estatal.

Carlos Cotta, de acordo com as informações constantes dos autos, tinha estreito relacionamento com *Eduardo Azeredo* em seu governo. Tanto é assim que ele foi **nomeado coordenador político da campanha de reeleição, em Belo Horizonte e Região Metropolitana**.

Carlos Cotta destacou que **não tinha conhecimento de que a verba da cota de patrocínio adquirida pela Comig havia sido transferida para a SMP&B Comunicação**, até porque a estatal **tinha uma agência de publicidade contratada para tal fim**, a JMM.

Ele declarou, também, que a **transferência de recursos da estatal para a SMP&B só ocorreu em virtude da determinação expressa oriunda do Governo do Estado**, por meio de ofício **do Secretário Estadual Adjunto** de Comunicação. Este é um indício de que a intenção de *Eduardo Azeredo* era, desde o início, garantir o desvio dos recursos para a sua campanha, utilizando-se dos mecanismos de **lavagem de dinheiro** operados, aparentemente, pela SMP&B. Do contrário, se os recursos fossem realmente destinados ao patrocínio do *Enduro Internacional da Independência* e à promoção da marca *Comig,* os recursos teriam sido destinados diretamente à organização do evento, através da *Confederação Brasileira de Motociclismo*, cabendo à JMM a aquisição do material de propaganda da empresa. Contudo, não foi o que ocorreu. Se os recursos fossem destinados à Confederação de Motociclismo, **não haveria como desviá-los para a campanha do acusado**. Daí por que a transferência foi feita para a SMP&B Comunicação.

Carlos Eloy de Carvalho Guimarães também foi chamado a prestar esclarecimentos sobre os fatos ocorridos na **campanha de Eduardo Azeredo à reeleição em 1998**, tendo afirmado o seguinte (fls. 443/445, vol. 3):

> *que* em 03 de abril de 1991, foi designado para **presidir a Cemig** – *Centrais Elétricas de Minas Gerais*, **até 16 de julho de 1998, quando licenciou-se para coordenar politicamente a campanha de Eduardo Azeredo à reeleição ao Governo de Minas Gerais**; (...) *que* conheceu *Cláudio Mourão* no governo de *Eduardo Azeredo*, onde ele ocupava o cargo de Secretário de Estado da Administração, tendo conhecimento que **Mourão havia ocupado, também, a Secretaria de Administração Municipal de Belo Horizonte/MG** na **gestão de Eduardo Azeredo**; (...) *que*, **ao afastar-se da Cemig**, o declarante assumiu a **coordenação da campanha para a reeleição de Eduardo Azeredo em 1998**; (...) *que* **conhecia Marcos Valério apenas de ouvir dizer**, em virtude de o mesmo ter sido "colocado" na DNA ou SMP&B pelo Sr. *Clésio Andrade*; (...) *que*, **durante a campanha eleitoral de 1998, o transporte aéreo de Eduardo Azeredo no Estado de Minas Gerais era feito de helicóptero ou avião**; *que* **quem coordenava essa parte era o atual chefe de gabinete do senador Eduardo Azeredo**, Sr. *Portugal*; (...).

Vejam, Senhores Ministros, o quão eloquentes são os dados extraídos desses depoimentos, e como eles convergem para o **robustecimento dos indícios existentes contra o acusado**. Vejamos:

1 – a **formação da equipe de coordenação de campanha**, que foi **composta por membros das estatais mineiras** de onde os **recursos públicos destinados à campanha de reeleição de Eduardo Azeredo foram desviados**;

2 – a afirmação do coordenador da campanha de reeleição em Belo Horizonte, *Carlos Cotta*, de que **as transferências milionárias** da **Comig para a SMP&B**, a título de **patrocínio**, se deram por **determinação do Governo do Estado de Minas Gerais**, chefiado por **Eduardo Azeredo**, e para **um único evento**, como também salientou o Procurador-Geral da República na denúncia. Somente num **segundo momento** foram incluídos os eventos Iron Biker – O Desafio das Montanhas e Campeonado Mundial de Supercross, **numa tentativa de justificar as expressivas somas de recursos públicos transferidos para a SMP&B**, tendo em vista as **denúncias da coligação política adversária na mídia e na justiça eleitoral**;

3 – a **mídia** mineira **questionou publicamente** os **valores milionários transferidos para a SMP&B, a título de patrocínio de evento que não demandava maiores gastos, ainda durante a campanha eleitoral**, como destacou o então presidente da *Comig*, *Carlos Cotta*, em seu depoimento, *verbis*:

> *que* **tomou conhecimento de que o patrocínio da Comig para o Enduro da Independência foi no valor de R$ 1,5 milhão de reais**; *que* tomou conhecimento deste valor quando foi **questionado por uma repórter da rádio CBN**, ainda durante a campanha eleitoral de 1998; *que* **houve uma denúncia por parte da coligação política adversária** junto à Justiça Eleitoral, referente ao patrocínio da *Comig* para o *Enduro da Independência*.

Tal fato, possivelmente, levou à adoção de **métodos mais sofisticados de lavagem de dinheiro**, com a **obtenção de empréstimos supostamente fraudulentos**, **quitados em espécie**, praticamente sem possibilidade de identificação dos reais beneficiários e pagadores;

4 – a **contestação, na Justiça Eleitoral, pela coligação política adversária** – Coligação *Minas Levanta Sua Voz* –, **das transferências milionárias efetuadas por empresas estatais para uma empresa privada** (fls. 990/998), em **21 de setembro de 1998**, também foi destacada por *Carlos Cotta*, ex-presidente da *Comig*. Aparentemente, **foi mais um dos fatores que acabaram prejudicando o sucesso do projeto de reeleição do acusado Eduardo Azeredo para o Governo de Minas Gerais**, reeleição esta que, de acordo com informações constantes dos autos, **era dada como certa pela cúpula da campanha** e do partido, conforme depoimentos prestados por *Vera Lúcia Mourão*, prima de *Cláudio Mourão* e colaboradora de *Eduardo Azeredo* em 1994 e 1998.

Como se pode ver, os depoimentos que li neste tópico de meu voto **conferem verossimilhança** ao que afirmou o Procurador-Geral da República na denúncia. Tanto em relação à *Copasa* como em relação à Comig, foi adotado o mesmo *modus operandi* da prática criminosa, como descrito no item **II.5** da denúncia, intitulado "**Aspectos comuns envolvendo os repasses feitos pela Copasa e Comig**" (fls. 5981/5987, vol. 27), *verbis*:

> A **ideia inicial** dos denunciados era **aproveitar o evento esportivo Enduro Internacional da Independência para viabilizar o desvio de recursos**.
>
> Contudo, **a fraude ficaria mais exposta**, tendo em vista que justificar o investimento de três milhões de reais em um único evento é muito mais difícil do que em três.
>
> Por conta disso, **depois de iniciada a execução do plano**, os denunciados resolveram também **justificar o repasse em razão de mais dois eventos**: Iron Biker – O Desafio das Montanhas e Campeonato Mundial de Supercross.
>
> No **Ofício enviado por Eduardo Guedes para a Comig**, só há menção ao evento **Enduro Internacional da Independência** (fl. 1471): "O Governo do Estado de Minas Gerais vem patrocinando há 12 (doze) anos o Enduro Internacional da Independência...".
>
> Todos os **atos que acataram internamente na Comig o comando** emanado por Eduardo Guedes também **só mencionam o evento Enduro Internacional da Independência**.
>
> A própria **nota fiscal emitida pela SMP&B Publicidade** no dia 07 de agosto de 1998 traz em seu corpo, no espaço "discriminação dos serviços": "cota principal de patrocínio do **Enduro Internacional da Independência – 1998**".
>
> Entretanto, quando teve início o projeto, com o claro **objetivo de encobrir**, ainda mais, o **real objetivo do patrocínio**, tudo mudou.
>
> **Outro Ofício** foi confeccionado por Eduardo Guedes, no qual, além de **abrandar o tom de determinação**, passou a mencionar que seriam três eventos. Segue um trecho:
>
> > "Neste sentido, **autorizo à Comig a participação nos três eventos do setor** (Projetos em anexo), através de patrocínio (cota principal)..."

Recibo assinado por Marcos Valério em **25 de agosto de 1998**, dia em que recebeu a primeira parcela, já passa a indicar, em contradição com a nota fiscal, que o montante repassado era para os três eventos.

Idêntico fenômeno ocorreu com a Copasa, ou seja, **o valor que era para um evento, inexplicavelmente, destinou-se para três**.

Neste caso, os **denunciados** foram mais eficientes e **conseguiram destruir o Ofício original subscrito por Eduardo Guedes**.

Com efeito, o Ofício que se encontra na investigação tem o mesmo teor do segundo feito para a Comig. **Entretanto**, a **nota fiscal emitida pela SMP&B Publicidade** em 07 de agosto de 1998 indica, no espaço discriminação dos serviços: "cota principal de **patrocínio** do **Enduro Internacional da Independência – 1998**".

Pior, **documentos produzidos pela própria Copasa**, em data posterior a 07 de agosto de 1998 (data do Ofício de Eduardo Guedes), **relatam que o único evento patrocinado seria o Enduro Internacional da Independência**:

a) fl. 1489, volume 07: documento **datado de 14 de agosto de 1998** informa que **o pagamento de um milhão e quinhentos mil reais** era para **patrocinar apenas** o **Enduro Internacional da Independência**; e

b) fl. 1488, volume 07: documento **datado de 24 de agosto de 1998** informa que o pagamento de **um milhão e quinhentos mil reais** era para patrocinar **apenas** o **Enduro Internacional da Independência**.

Enfim, está provado que **os denunciados resolveram enxertar mais dois eventos esportivos para diminuir a chance de descoberta dos ilícitos perpetrados**.

Todavia, a estratégia não obteve êxito.

Minuciosa análise bancária efetuada pelos **Peritos Criminais Federais do Instituto Nacional de Criminalística**, que abarcou, entre outros, o ano de 1998, revelou que (fl. 59 do apenso 33):

> "d) Identificar a **origem e a destinação dos recursos** depositados nas **contas correntes da empresa SMP&B Comunicação Ltda.,** dentre outras vinculadas ao Sr. **Marcos Valério Fernandes de Souza**, a título de **cota de patrocínio** dos eventos esportivos *Enduro Internacional da Independência*, *Iron Biker – O Desafio das Montanhas* e *Campeonato Mundial de Supercross*, ocorridos no ano de 1998;
>
> 198. Nos documentos analisados, identificou-se o total de **R$ 3.300.000,00** como recursos destinados ao **patrocínio dos referidos eventos** e **depositados em favor da SMP&B Comunicação**. Desse total, **R$ 1.500.000,00** foram originários da **Companhia Mineradora de Minas Gerais (Comig)**, **R$ 1.500.000,00** da **Companhia de Saneamento de Minas Gerais (Copasa)** e **R$ 300.000,00** depositados pelo **Grupo Financeiro Bemge**, conforme apontado no Quadro 47.
>
> Verifica-se que cópias dos cheques depositados pela **Bemge Distribuidora de Valores Mobiliários S/A** e **Bemge Seguradora S.A.**, **ambos** no valor de **R$ 100.000,00**, **não possuem quaisquer observações** referentes à **destinação** dos recursos.
>
> 199. (...) Nota-se que o **documento** constante às folhas 223/232 do Anexo I do Procedimento Investigatório ID. 103452 n. 004/00, do Ministério Público do Estado de Minas Gerais, **denominado "Planilha de levantamento de custos"**, relaciona as **despesas do Enduro Internacional da Independência, Mundial de Supercross e Iron Biker** – todos de 1998, de

forma global, sem identificação de fornecedores ou de prestadores de serviços. O documento traz apenas descrições genéricas, tais como: "helicóptero, limpeza, internet, produção de..., taxa de..., despesa com..., aluguel de..., confecção de..." etc.

200. Na documentação bancária referente à **quebra de sigilo**, especificamente na conta corrente 06.002293-7, de titularidade da SMP&B Comunicação, mantida no Banco Rural, foram **localizados poucos pagamentos, realizados em 1998**, relacionados a **entidades vinculadas ao setor esportivo**, que podem ter vínculo com os eventos **Enduro Internacional da Independência, Mundial de Supercross e Iron Biker**, conforme discriminado no quadro a seguir:

Data	Histórico	Documento	Valor	Favorecido
26/08/98	Ch. comp. maior V	190020	47.278,00	Confederação Brasileira de Motociclismo
11/11/98	Ch. comp. maior V	246671	10.000,00	Confederação Brasileira de Motociclismo
23/07/98	Cheque	189905	12.000,00	Trail Clube Minas Gerais
31/08/98	Ch. comp. maior V	190029	14.900,00	Trail Clube Minas Gerais
24/08/98	Ch. comp. maior V	19009	14.800,00	Trail Clube Minas Gerais
Total 98.978,00				

O valor de três milhões de reais, supostamente destinado aos eventos esportivos, **está evidentemente superfaturado**, para proporcionar o **desvio** em benefício da **campanha eleitoral de Eduardo Azeredo** e Clésio Andrade, bem como a **remuneração** de Cristiano Paz, Ramon Hollerbach, Clésio Andrade e Marcos Valério pelos **serviços criminosos**.

Uma **singela comparação** do **valor** investido em **patrocínio** pela **Copasa** e pela **Comig** em relação aos **demais patrocinadores** dos eventos esportivos **revela o estratagema delituoso articulado pelos denunciados**, conforme os dados consolidados nas fls. 5662/5669.

Os valores investidos pelos outros patrocinadores são infinitamente menores que os montantes **desembolsados pela Copasa e pela Comig**.

(...)

Na linha do **Relatório Final dos Trabalhos da CPMI "dos Correios"** (documentos n. 17 que instrui a denúncia, fl. 1038):

> "Técnicos do TCMG questionaram os **responsáveis pela Secom em 1998**, os Sr. **Álvaro Brandão Azeredo** e Sr. **Eduardo Pereira Guedes Neto**, uma vez que partiram da *Secom* as ordens para as duas entidades desembolsarem R$ 1,5 milhões cada; também foram **ouvidos** os Srs. José Cláudio Pinto de Rezende e Ruy José Vianna Lage, **dirigentes à época da Comig e da Copasa**, acerca de **despesa paga à SMP&B no valor de R$ 3.000.000,00**, a título de **prestação de serviços de propaganda**, quando **se referia a eventos esportivos** (Enduro Internacional da Independência, Iron Biker e Mundial de Supercross) **por não ter sido comprovada a efetiva prestação de tal serviço**.

> O **exame técnico constatou** que a **participação financeira do governo** no evento **Enduro** foi feito, **até 1998, diretamente pela Secom**, por meio dos seguintes valores: R$ **50.000,00 em 1995**; **R$ 50.000,00** em 1996; R$ **250.000,00 em 1997**; e saltou para **R$ 3.000.000,00 em 1998**. Ainda de acordo com a equipe técnica: "a cota de patrocínio para esse evento, no ano de 1998, sofreu aumento nominal da ordem de **1.100%, em relação ao exercício de 1997, e de 5.900% em relação aos exercícios de 1995 e 1996**."

Considero, ainda, que os depoimentos anteriormente citados, **de coordenadores e colaboradores da campanha de reeleição do acusado Eduardo Azeredo** em 1998, demonstram a **participação direta do denunciado em todos os aspectos de sua campanha**, preocupando-se, assim, em **nomear para a composição do Comitê Eleitoral pessoas da sua mais estrita confiança e amizade**, que **certamente não trairiam a sua confiança**.

Ademais, os dados fornecidos pelos declarantes demonstram, também, que **Eduardo Azeredo estava sempre muito próximo do que se passava na coordenação de sua campanha**, **conhecendo os detalhes** do que se passava nas mais diversas regiões do Estado de Minas Gerais e **solicitando a colaboração de pessoas influentes em cada localidade**, para melhorar seu resultado pelo menos no previsível segundo turno das eleições, em que o adversário *Itamar Franco* saiu vitorioso.

Como se vê, **o elemento subjetivo** – dolo da prática dos crimes – **está, aparentemente, presente**, havendo **suficientes indícios** para os fins do art. 41 do Código de Processo Penal.

Cabem, aqui, as mesmas indagações formuladas no capítulo anterior (3.1), relativamente aos desvios da *Copasa*:

– **Por que motivo**, em 1998, a *Comig* atendeu à determinação do Governo de Minas Gerais e efetuou uma transferência **inédita**, no montante de **um milhão e meio de reais**, para a empresa SMP&B Comunicação, a título de patrocínio de eventos que não demandavam maiores investimentos e que sequer eram conhecidos por seus diretores?

– Por que não foi feita qualquer análise do valor determinado pelo Estado de Minas Gerais para a Cota de Patrocínio da empresa – sua razoabilidade e pertinência em relação à magnitude do evento; a viabilidade do patrocínio naquele momento, em que os interesses nacionais se voltavam para o pleito eleitoral?

Assim, entendo que, a exemplo do que ficou consignado em relação à empresa *Copasa*, também no que diz respeito à segunda estatal mineira envolvida, *Comig*, a imputação feita ao acusado Eduardo Azeredo **preenche** todos os elementos do tipo objetivo e subjetivo descrito no art. 312 do Código Penal, **não havendo a incidência de qualquer excludente de antijuridicidade nem de culpabilidade**. De fato, a inicial narra conduta criminosa, apresentando base probatória mínima que autoriza o seu recebimento em relação ao crime de **peculato praticado, em tese, em detrimento da Comig**. Outros indícios, que conferem ainda maior verossimilhança aos elementos ora analisados, serão objeto de estudo no capítulo 4 deste voto, em que serão apreciadas as imputações de **lavagem de dinheiro**.

Passo, a seguir, a examinar os dados existentes no presente inquérito, em relação ao desvio que teria sido praticado em detrimento do Bemge.

3.3 Bemge

Relativamente à imputação de **peculato** praticado em detrimento do **Bemge**, a denúncia assim narrou os fatos (fls. 6007/6012, vol. 27):

> A **análise financeira** efetuada nas contas da empresa **SMP&B Comunicação** revelou o **repasse de quinhentos mil reais** no dia **01 de setembro de 1998**, da seguinte forma (Laudo Pericial 1998, fl. 53, apenso 33):
>
> **Quadro 46 – Valores depositados pelo grupo financeiro Bemge**
>
Data	Emitente	Favorecido	Valor
01/09/98	**Bemge S/A** Adm. Geral (1)	SMP&B Comunicação	**100.000,00**
01/09/98	**Financeira Bemge** S/A(1)	SMP&B Comunicação	**100.000,00**
01/09/98	Bemge Seguradora S/A	SMP&B Comunicação	100.000,00
01/09/98	Bemge Administradora de Cartões de Crédito Ltda. (1)	SMP&B Comunicação	100.000,00
01/09/98	Bemge Distribuidora de Valores Mobiliários S/A	SMP&B Comunicação	100.000,00
>
> Obs.: 1 – Empresas de cujas **cópias dos cheques consta descrição de patrocínio ao evento Iron Biker – o Desafio das Montanhas**.
>
> Inquiridos sobre o **motivo dos repasses**, os dirigentes do Bemge **sequer se lembravam deles**, sendo que, na verdade, **não existem documentos justificando as operações**.
>
> (...)
>
> A situação é tão absurda que **Marcos Valério, Cristiano Paz e Ramon Hollerbach**, em defesa apresentada na Justiça Eleitoral, **nem mencionaram que o Bemge teria patrocinado o evento Iron Biker.**
>
> De fato, o Bemge, **na véspera de ser privatizado**, **repassou o numerário para a SMP&B Comunicação**, tendo em vista o **plano arquitetado** pelos denunciados integrantes da **cúpula do Governo do Estado de Minas Gerais** e **do comitê de reeleição**.
>
> Eles decidiram que os **patrocínios** eram a **melhor forma de transferir, com a mínima aparência de legalidade**, os recursos para a campanha de *Eduardo Azeredo*, **por meio da empresa de Marcos Valério, Cristiano Paz, Ramon Hollerbach e Clésio Andrade**.
>
> Conforme já descrito ao longo da denúncia, a utilização dos **patrocínios** como **justificativa formal dos desvios** foi o mecanismo **arquitetado e implementado por Eduardo Azeredo**, *Walfrido dos Mares Guia*, *Cláudio Mourão*, *Clésio Andrade*, *Marcos Valério*, *Cristiano Paz* e *Ramon Hollerbach*.
>
> O *modus operandi* é o mesmo já descrito: **cheques nominais à SMP&B Publicidade**, detentora do direito de exclusividade sobre o evento, são **depositados na conta da SMP&B Comunicação**.

Conforme o Laudo Pericial 1998 (fl. 53, apenso 33), "consta da documentação enviada, no **verso** das cópias de **três cheques depositados**, que os **valores** destinaram-se à '**cota principal de patrocínio Iron Biker – O Desafio das Montanhas**, prestação de serviços **SMP&B Publicidade**".

Observa-se que **tal patrocínio não foi comprovado em qualquer prestação de contas** fornecida pelo grupo de empresas do senhor Marcos Valério Fernandes de Souza, tampouco na contabilidade da SMP&B Comunicação.

Sobre o possível investimento no evento Iron Biker, conforme consolidado nas fls. 5666/5667, destaque-se que **não houve divulgação da marca Bemge nos principais itens de divulgação do evento**.

Se **não houve nem ato formal liberando o repasse**, quanto mais prestação de contas do que foi gasto.

O **destino** do valor de **quinhentos mil reais** também foi a **campanha de Eduardo Azeredo** (Laudo Pericial 1998, fls. 53/54, apenso 33):

> "177. **Depositado no dia 01/09/98**, o valor **cobriu saldo negativo de R$ 343.736,34**, oriundos de **débitos realizados em 31/08/98**, bem como as **saídas ocorridas em 01/09/98**:

Quadro 47 – Débitos ocorridos na conta 06.002289-9 entre 31-08 a 01-09-98

Data	Histórico	Valor (R$)	Favorecido
31/08/98	Ch comp maior v	**15.000,00**	Lídio Maria Alonso Lima
31/08/98	Cheque	**133.000,00**	Inst. João A de Andrade Ltda
31/08/98	Cheque	**20.000,00**	**Saque em espécie** (1)
31/08/98	Ch comp maior v	**12.800,00**	**Sinval Tolentino Câmara**
31/08/98	Cheque	**16.940,00**	**Soc Rádio e Televisão Alterosa Ltda**
31/08/98	Cheque	**49.331,20**	**Abril S/A**
31/08/98	Ch comp maior v	**35.000,00**	**Não identificado**
01/09/98	Ch comp maior v	**30.000,00**	**Graffar Editora Gráfica Ltda** (2)
01/09/98	Ch com maior v	**25.000,00**	**Pantograff Propaganda Ltda**
01/09/98	Ch comp maior v	**35.000,00**	**Canopus Empreend Incorp Ltda**
01/09/98	Ch comp maior v	**20.000,00**	**Não identificado**

Obs.: 1 – **Cheque nominal à SMP&B Comunicação**, **endossado, não** sendo **identificado** o **beneficiário** devido à insuficiência de dados nos documentos analisados.

2 – **Cheque nominal à SMP&B Comunicação, endossado**, sendo o **beneficiário identificado** com base nos **dados de conta, banco e agência.**

Analisando os beneficiários, percebe-se **um repasse para Cristiano Paz, via Canopus Empreendimentos Incorporação Ltda.** Com efeito, os documentos coletados na fase inquisitorial provam que **os repasses feitos para essa empresa tinham a finalidade de quitar imóvel adquirido por Cristiano Paz** (fls. 4645/4668).

Também há **um repasse para Clésio Andrade**, **por meio do Instituto João Alfredo de Andrade Ltda**.

> Também se percebe da lista **um repasse para a empresa Graffar Editora Gráfica Ltda**. Na linha do que foi demonstrado na investigação, **essa empresa**, que foi peça chave no esquema de desvio da *Cemig*, **produziu material de campanha para Eduardo Azeredo** e *Clésio Andrade*, tendo sido parcialmente **remunerada** com **recursos** do **Grupo Financeiro Bemge**.
>
> **Outros beneficiários** tinham **vínculo** com a **campanha de Eduardo Azeredo e Clésio Andrade**: Lídia Maria Alonso Lima (fls. 2055/2056) e Pantograff (fls. 02/06, Apenso 39).
>
> O **destino dos recursos revela cabalmente** que **foram desviados dos cofres públicos em benefício de Eduardo Azeredo e Clésio Andrade**.

Quanto à conduta do então Governador do Estado de Minas Gerais e atual Senador **Eduardo Azeredo**, os depoimentos dos **beneficiários dos recursos do Bemge** depositados na conta 06.002289-9, da SMP&B Comunicação junto ao Banco Rural, para saldar o empréstimo, **conferem justa causa à denúncia**.

Em primeiro lugar, cito trecho do depoimento prestado pelo presidente da *Bemge Seguradora*, *Maurício Dias Horta*, à Polícia Federal em Minas Gerais (fls. 4909/4910, vol. 23):

> (...) *que* foi **indicado** pelo então **Governador Eduardo Azeredo** em **junho de 1995** a assumir a **Bemge Seguradora**; (...) *que* permaneceu como **presidente da Bemge Seguradora de junho de 1995 a setembro de 1998**, **quando** finalmente **o conglomerado Bemge** foi **adquirido** por meio de leilão **pelo Banco Itaú**; (...) *que* **as empresas SMP&B e DNA não atendiam a conta de publicidade da Bemge Seguradora**, pois os **pequenos investimentos nesta área** ficavam a cargo da **Asa Comunicação** por meio do banco Bemge; (...) *que*, **perguntado se a Bemge Seguradora patrocinou o evento Enduro da Independência em 1998**, respondeu que **não se recorda de ter patrocinado tal evento**; *que* **não sabe dizer o que é Iron Biker**, **não se recordando também de nada acerca do Mundial de Supercross**; *que* **não sabe informar qualquer participação da empresa** *Bemge Seguradora* nos eventos, *Enduro Independência*, *Iron Biker* ou *Mundial de Supercross*; *que*, apresentado à cópia do **cheque 006359, emitente Bemge Seguradora S/A**, no valor de **R$ 100.000,00 (cem mil reais)**, datado de **01 de setembro de 1998**, sendo **beneficiária a SMP&B Publicidade**, reconhece como sua a assinatura aposta no documento, acreditando que a outra assinatura no documento seja de *Elias Haddad* (falecido), diretor financeiro da empresa; *que* tem **certeza** de que a **emissão do cheque acima referido** não foi de sua iniciativa, mas que teria ocorrido **orientação superior para que o cheque fosse emitido**; (...) *que*, perguntado se era comum a *Bemge Seguradora* patrocinar eventos, **respondeu que não**, (...)

Como se vê, Senhores Ministros, o depoente *Maurício Horta*, que presidiu a *Bemge Seguradora* entre 1995 e 1999 e assinou o cheque de **R$ 100.000,00** (cem mil reais) em favor da SMP&B Publicidade, disse que "**tem certeza** de que a **emissão do cheque** acima referido **não foi de sua iniciativa**, mas que teria ocorrido **orientação superior para que o cheque fosse emitido**". A orientação, **possivelmente**, partiu da **Administração Superior do Estado de Minas Gerais**, chefiada pelo acusado, a exemplo do que ocorreu com a **Copasa e a Comig**.

Mais significativo ainda: ele declarou **expressamente** que a **SMP&B e a DNA Propaganda não atendiam a conta de publicidade da empresa por ele presidida**, mas sim a ASA Comunicação, por intermédio do Banco Bemge.

Estamos diante, mais uma vez, de indícios bastante fortes, que reforçam a necessidade de receber a denúncia. Vejamos:

i) **os repasses da Bemge Seguradora para a SMP&B ocorreram** a **um mês das eleições** de 1998, em que **Eduardo Azeredo** se candidatava à reeleição, e **poucos dias antes da privatização do Grupo Bemge**, que, portanto, não teria mais interesse em gastar **quinhentos mil reais** num evento esportivo, simplesmente para veicular sua marca;

ii) os recursos foram repassados, como salientou a denúncia, para a SMP&B Comunicação, que **remunerou inúmeras pessoas vinculadas à campanha** de reeleição do acusado **Eduardo Azeredo**.

Cabem, aqui, mais uma vez, as mesmas indagações: **por que a transferência da Cota de Patrocínio tinha de ser feita para a SMP&B**, **se o Grupo Bemge possuía sua própria agência de publicidade**? Por que se determinou **o repasse para a SMP&B Comunicação**, e não diretamente para os titulares dos eventos esportivos que deveriam ser patrocinados? **Por que as estatais não poderiam utilizar suas próprias agências de publicidade para produção do material de propaganda que deveria ser utilizado nos eventos**?

Essas perguntas não foram resolvidas pela resposta do acusado *Eduardo Azeredo* e as dúvidas precisam ser esclarecidas no curso da instrução processual.

Aliás, outro depoimento que revela indícios de autoria contra o acusado **Eduardo Azeredo** foi o prestado pelo **então Presidente do Banco Bemge**, **José Afonso Bicalho Beltrão**, que prestou os seguintes esclarecimentos à Polícia Federal em Minas Gerais (fls. 4387/4389, vol. 20):

> (...) *que*, no período **de 1990 a março de 1994 ocupou o cargo de Secretário Adjunto de Fazenda do Estado de Minas Gerais** (...); *que* **no início de 1995 assumiu a presidência** do *Banco de Crédito Real* e do **Bemge**, **nomeado pelo Governador Eduardo Azeredo**; *que* **esteve à frente nos trabalhos de privatização do Banco de Crédito Real**, finalizado em julho de 1997, e **do Bemge, concluído em setembro de 1998**; (...) *que* **não tem conhecimento** de que teriam sido emitidos **5 (cinco) cheques** pelo grupo financeiro **Bemge,** no valor de **R$ 100.000,00 (cem mil reais) cada**, totalizando **R$ 500.000,00 (quinhentos mil reais)**, depositados **em favor da SMP&B Comunicação**; *que* gostaria de esclarecer que **todos os pagamentos por prestação de serviços eram repassados** às empresas por meio de **depósito direto nas contas, via ordem de pagamento**; *que*, diante das **cópias dos cheques apresentados neste momento, pode verificar que o cheque emitido pela Financeira Bemge S/A, de n. 315209**, foi assinado pelo **diretor executivo** *Gilberto Botelho Machado* e outro funcionário o qual não consegue identificar (...), em relação ao **cheque emitido pela Bemge Seguradora S/A**, de número 006359, teria sido assinado por *Maurício Horta*, **presidente**, e *Elias Haddad*, **diretor financeiro**, o **cheque da Bemge Administradora de Cartões de Crédito**, de número 803126, teria sido assinado pelo **diretor** *Sylvio Romero Peres*, e por *Eduardo Pimenta Mundim*,

> **gerente comercial**, e o **cheque emitido pelo Bemge Distribuidora de Valores Mobiliários**, foi assinado por *Jair Alonso de Oliveira*, **diretor**, e outro funcionário ao qual não consegue reconhecer a assinatura; *que* **não teve conhecimento** ou **tão pouco autorizou** ou teve participação em **patrocínio** do evento **Iron Biker, promovido** pela empresa de publicidade **SMP&B**; *que*, **dos diretores acima citados**, *que* foram **responsáveis pelas assinaturas** dos cheques favorecendo a SMP&B, somente *Silvio Romero* foi indicação do declarante, como presidente do *Bemge*, sendo os demais **indicados do Governo**; (...) *que* **acha estranho** a **transferência de recursos** vinculados ao grupo financeiro *Bemge* **para a empresa SMP&B,** sendo que naquele momento **o grupo estava prestes a ser privatizado** (...); *que* **revela** mais uma vez a sua **surpresa pelo repasse** de recursos do conglomerado a empresa SMP&B a título de aquisição de cota de patrocínio do evento Iron Biker (...).

Novamente, como se observa, os repasses foram feitos por **pessoas nomeadas diretamente pelo acusado Eduardo Azeredo**, **no período crucial da campanha de reeleição** e com um fator agravante: **às vésperas da privatização do grupo financeiro estatal**! Volto a perguntar: **qual seria o interesse do Estado de Minas Gerais** em **gastar recursos públicos** para veicular a **marca do Bemge em evento esportivo**, se o grupo financeiro encontrava-se em vias **de ser privatizado, transferindo, assim, seu patrimônio para a iniciativa privada?**

Os indícios de que houve **desvio de recursos em benefício da campanha eleitoral do acusado** são consistentes.

Confira-se, nesse sentido, o depoimento prestado por *Gilberto Machado*, que à época dos fatos ocupava o cargo de **Diretor Executivo da Financeira Bemge** (fls. 1827/1830, vol. 9):

> (...) *que*, durante cinco anos esteve aposentado, para, **em 1995**, ser **convidado** pelo então **Governador** do Estado de Minas Gerais **Eduardo Azeredo**, para auxiliá-lo na **reestruturação** do *Banco do Estado de Minas Gerais* – **Bemge**, mais precisamente da **Financeira Bemge**; *que*, para tanto, assumiu o cargo de **Diretor Executivo da Financeira Bemge**, no ano de 1995, onde ficou exercendo aquele ofício **até** o mês de **setembro de 1998, quando a financeira foi privatizada** e, portanto, **vendida ao Banco Itaú**; *que*, o declarante **reconhece** como sendo sua a **assinatura constante no cheque** de número 315209 do *Bemge*, datado de **01-09-98**, tendo como **beneficiária a empresa SMP&B Publicidade**, que ora lhe é apresentado pela Autoridade Policial na forma de microfilmagem; (...) *que*, com relação a **eventos esportivos** que tenham sido **patrocinados pela Financeira Bemge**, tais como o **Iron Biker – O Desafio das Montanhas**, o declarante disse que **não se recorda de ter participado de qualquer autorização de patrocínio para eventos desse tipo**; (...) *que* **não sabe explicar em que consistia o evento Iron Biker – O Desafio das Montanhas**, **nem qual era a modalidade esportiva** e o tipo de prova disputada; (...) *que* não sabe informar de onde ou de quem partiu a **decisão** que autorizou a **Financeira Bemge patrocinar o Iron Biker** no ano de **1998**; (...) *que*, para se ter uma ideia, **a Financeira Bemge possuía apenas dois funcionários** a ela vinculados; (...) *que* não sabe dizer qual foi o **destino** dado pela **SMP&B ao valor** disponibilizado pela *Financeira Bemge* e demais empresas do **Grupo Bemge** no **patrocínio do evento**; *que* não sabe informar se houve **prestação de contas** por parte dos organizadores do evento ou da SMP&B Ltda.; que **não tem conhecimento** de

> ter ocorrido, **durante o** período em que esteve à frente da **Diretoria Executiva da Financeira Bemge**, **qualquer patrocínio de eventos esportivos**; *que* o declarante deseja consignar que a *Financeira Bemge* foi **privatizada**, tendo como **comprador o Banco Itaú**, no mês de **setembro de 1998**, sendo **certo** que, no **dia 18.09.1998**, o declarante afirma ter firmado, juntamente com *José Afonso Bicalho*, o **Edital para publicação da comunicação de venda** da *Financeira Bemge*; (...) que **sempre constavam dos cheques e/ou documentos da Financeira Bemge** os carimbos contendo os **nomes das pessoas que os assinavam**, o que **não aconteceu no referido cheque**; (...) acha **estranho** ter sido emitido um cheque no valor de **cem mil reais**, quando a *Financeira* **já estava em processo de privatização**; (...)

De conteúdo semelhante é o depoimento prestado por *Jair Alonso de Oliveira,* diretor executivo da *Bemge Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários* S.A., que afirmou o seguinte (fls. 4915/4916, vol. 23):

> *que* iniciou sua vida laboral no Banco *Nacional*, no ano de 1961, depois trabalhou no Banco Mercantil do Brasil e no Banco *Econômico* por apenas seis meses entre os anos de 1994 e 1995, e no *Banco Credireal* entre 1995 a 1997, quando o banco foi **privatizado**, **no banco Bemge DTVM** (Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários) **de 04 de maio até a privatização, na primeira quinzena de setembro**; *que* foi **convidado pelo Governador Eduardo Azeredo** a assumir a carteira do **Credireal Leasing** com a finalidade de **receber créditos e bens pendentes de pagamentos**, mais especificamente a recuperação de veículos para que fossem leiloados; *que* foi **convidado pelo Governador Eduardo Azeredo** a ser **Diretor Executivo da Bemge Distribuidora SA, Títulos e Valores Mobiliários**, empresa **controlada pelo Banco Bemge**; *que* sua atribuição como diretor executivo foi, inicialmente, **coordenar a venda de títulos** e, posteriormente, **preparar** a apresentação da empresa **para os bancos interessados no leilão da Bemge DTVM**; (...) (...) *que* **não se recorda** do evento **Mundial de Supercross**, e não pode esclarecer **nada a respeito** do evento chamado de **Iron Biker**; *que*, apresentado a cópia do **cheque** n. 751199, do Banco *Bemge*, emitente **Bemge Distribuidora de Valores Mobiliários SA**, no valor de **R$ 100.000,00 (cem mil reais)**, tem a dizer que o **carimbado é igual ao seu** e a **assinatura é idêntica à sua**, porém **não se recorda de ter assinado** tal cheque; *que*, pelo que se recorda, **toda movimentação financeira teria que ter duas assinaturas**, a do presidente do conglomerado, o Sr. José Afonso Bicalho Beltrão da Silva, e a do declarante, como Diretor Executivo da *Bemge* DTVM; *que*, no caso do cheque n. 751199, **a assinatura não seria do Senhor José Afonso Bicalho** (...); *que*, se diz **surpreso com o favorecido do cheque**, que seria a **SMP&B Publicidade**, pois **não conhecia tal empresa, não a contratou**; *que* a empresa **SMP&B não prestou nenhum tipo de serviço à Bemge DTVM no período que foi diretor executivo da empresa**; (...) *que* **o Banco Itaú adquiriu, em leilão público realizado no dia 14-09-1998**, o controle acionário do conglomerado *Bemge*, sendo os diretores destituídos a partir de 19-09-1998; (...) *que* perguntado se considera normal uma **empresa na iminência de ser privatizada investir R$ 100.000,00** (cem mil reais) em um **evento esportivo** de competição de bikers, respondeu o declarante que **desconhece as razões**; (...)

Como se vê, **o repasse de R$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) pelo Grupo Bemge à SMP&B, para suposto patrocínio de evento esportivo, apresenta indícios de crime de peculato**, por vários motivos:

a) em **primeiro lugar**, porque **o Bemge não patrocinava eventos esportivos**;

b) em segundo lugar, **porque o evento Iron Biker não tinha qualquer repercussão, tanto é que nenhum dos depoentes o conhecia**;

c) em terceiro lugar, **porque o grupo financeiro foi privatizado apenas 13 (treze) dias depois do significativo repasse (que totalizou R$ 500.000,00, em cinco cheques de R$ 100.000,00)**;

d) em quarto lugar, porque **os cheques repassados à SMP&B** tanto pela **Financeira Bemge** como pela **Bemge Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários** não seguiram o procedimento padrão, de acordo com os depoimentos citados: **no primeiro caso**, faltou a identificação dos signatários do cheque, através dos carimbos contendo seus nomes, como era a rotina da Financeira Bemge; **no segundo caso**, **faltou uma assinatura essencial**: a do **Presidente do Conglomerado Bemge**, que era o controlador da Distribuidora de Valores;

e) os diretores do conglomerado afirmaram **desconhecer a SMP&B** e, segundo consta dos autos, **com ela não firmaram qualquer contrato**;

f) por fim, porque **os repasses se deram às vésperas das eleições** (cerca de um mês antes), e os **indícios constantes dos autos**, especialmente do Laudo Pericial 1.998, **revelam que os valores foram desviados**, **pela SMP&B Comunicação**, **para a campanha de reeleição de Eduardo Azeredo**, seguindo os **planejamentos do acusado** (v. apenso 33, fls. 3/66, a conferir **elementos probatórios mínimos** que amparam a denúncia).

Além das pessoas diretamente ligadas ao Comitê de Campanha, que receberam recursos aparentemente **desviados do Bemge**, através da SMP&B Comunicação, como assinalado na denúncia – *Clésio Andrade*, através do **Instituto João Alfredo de Andrade Ltda.**, e *Cristiano Paz*, **via Canopus Empreendimentos Incorporação Ltda.** –, também foram **aparentemente** remunerados com recursos públicos em tese **desviados do Bemge** alguns **prestadores autônomos de serviços** para a **campanha de reeleição de Eduardo Azeredo**, **pagos diretamente pela SMP&B** por meio de **saques em espécie**, **cheques nominais à própria SMP&B e sacados por pessoas não identificadas pelo Banco Rural**, dentre outros mecanismos típicos do crime de lavagem de dinheiro, como parte da estratégia de **ocultar tanto a movimentação destes valores quanto a origem ilícita dos recursos utilizados em sua campanha**.

A **lavagem de dinheiro**, como será visto no capítulo 4 deste voto, teria sido viabilizada pelos **empréstimos, em tese, fraudulentos, tomados pela SMP&B Comunicação junto ao Banco Rural**, que permitiria dar **aparência lícita** aos recursos obtidos, segundo a denúncia, mediante crimes de peculato.

A revelação dos indícios destes crimes **só foi possível graças aos depoimentos de Marcos Valério à CPMI dos Correios**, que trouxeram à luz a existência de pagamentos feitos pela SMP&B Comunicação a prestadores de serviços da campanha de **Eduardo Azeredo**, bem como em razão do **trabalho pericial realizado no curso do presente inquérito.**

Com efeito, de acordo com o Laudo Pericial 1.998, elaborado pelo Instituto Nacional de Criminalística (apenso 33, fl. 53), **os cheques emitidos pelo Bemge S.A., pela Financeira Bemge e pela Bemge Administradora de Cartões de Crédito Ltda.**, cada um no valor de R$ 100.000,00 (cem mil reais), **foram emitidos em favor da SMP&B Publicidade**, constando dos mesmos a descrição de **patrocínio ao evento Iron Biker – O Desafio das Montanhas**.

Como se viu nos depoimentos anteriormente citados, essa destinação é, **aparentemente, falsa**, pois **os dirigentes dessas empresas sequer conheciam o evento esportivo em questão**, além de **negarem a existência de qualquer tipo de publicidade das empresas na área esportiva**. Também sustentam **não terem realizado a contratação da SMP&B para qualquer serviço**.

Outro depoimento **digno de relevo** foi o prestado pela testemunha *Lídia Maria Alonso Lima*, amiga do primo do acusado. Ela teria recebido, a pedido deste, **R$ 15.000,00 (quinze mil reais) em sua conta**. O dado mais importante é o seguinte: de acordo com o Laudo Pericial 1998 (apenso 33, fls. 53/54), esses quinze mil reais seriam **provenientes da mesma conta da SMP&B em que foram depositados os valores repassados pelo Bemge (1º-9-1998), pela Copasa (25-8-1998) e pela Comig (24-8-1998 e 4-9-1998)**.

Ouvida pela Polícia Federal no curso deste inquérito, *Lídia Maria* declarou o seguinte (fls. 2055/2056):

> (...) a declarante afirma ter sido **amiga de Eduardo Brandão**, ex-Deputado Estadual em Minas Gerais, **primo de Eduardo Azeredo**; *que* conheceu *Eduardo Brandão* quando era jovem, tendo *Eduardo* falecido no ano próximo passado [2005]; *que* se recorda que, **no ano de 1998**, **durante a campanha eleitoral** para o cargo de **Deputado Estadual**, **Eduardo Brandão** pediu à declarante que **emprestasse sua conta bancária para que nela fosse feito um depósito no valor de R$ 15.000,00**, **que serviria para que Eduardo Brandão auxiliasse Eduardo Azeredo na campanha deste para a reeleição ao Governo do Estado de Minas Gerais**; *que*, em virtude do vínculo de amizade com *Eduardo Brandão*, a declarante disse ter aceito receber o depósito de R$ 15.000,00 em sua conta bancária, tendo, **em seguida à compensação do cheque do Banco Rural emitido pela SMP&B em 31-08-1998**, **sacado todo o valor e entregue em espécie a Eduardo Brandão**; (...).

Como se percebe desse depoimento, **o primo de Eduardo Azeredo recebeu recursos provenientes da SMP&B para auxiliar na sua campanha de reeleição**, utilizando-se, contudo, de terceira pessoa – a testemunha acima citada – aparentemente **para não levantar suspeitas**.

Não vejo, senhores Ministros, como ignorar, nesta fase de recebimento da denúncia, indício tão forte como esse.

Outros colaboradores e prestadores de serviço da campanha de *Eduardo Azeredo* foram remunerados pela SMP&B, **justamente na época dos repasses efetuados pelo Grupo Bemge e pelas outras duas estatais – Copasa e Comig**.

Com efeito, consta do Laudo Pericial 1998, produzido durante as investigações, que a empresa *Graffar Editora Gráfica Ltda.* recebeu, **através da SMP&B**

Comunicação, R$ 30.000,00 desviados do **Bemge**, tendo por objetivo a **produção de material de campanha para o acusado Eduardo Azeredo**.

Ouvido pela Polícia Federal em 2006, o funcionário da *Graffar*, **Edmilson da Fonseca**, declarou o seguinte (fl. 4546, vol. 21):

> (...); *que* começou a trabalhar na empresa no mês de **abril** e, somente **no mês de agosto, a empresa passou a ser identificada com o nome Graffar Editora Gráfica**; (...) *que* **a empresa não tinha muito serviço**, ficando os funcionários muito tempo à toa (...); *que*, **nos três meses que antecederam a eleição de 1998, houve expressivo aumento de serviços**; (...) *que* **a empresa produziu material para a campanha eleitoral dos candidatos Eduardo Azeredo/Clésio Andrade**, *Júnia Marise*, *Hélio Costa* (...); *que* Humberto tinha comentado com o depoente que o **Cleiton tinha fechado com a SMP&B para produzir material de campanha política**; (...).

Paulo Roberto Matos Victor, outro funcionário da *Graffar*, confirmou os termos deste depoimento, *verbis* (fls. 4375/4376, vol. 20):

> *Que* **se recorda que a Graffar produziu material para a campanha eleitoral de Eduardo Azeredo** (...); *que*, **durante a campanha eleitoral de 1998** houve um **aumento do fluxo financeiro**, porém não tem condições de determinar a origem desses recursos; (...) *que*, na época da campanha, **a empresa chegou a trabalhar durante vinte e quatro horas por dia** (...).

Como se nota, a alteração na rotina da empresa *Graffar* ocorreu porque a contratação dos serviços foi realizada às vésperas do pleito eleitoral, **justamente no período em que o Bemge, a Copasa e a Comig efetuaram os repasses para a SMP&B, no montante total de R$ 3.500.000,00**, seguindo os planos de desvio irregular de recursos públicos já mencionados.

Um dado relevante sobre a *Graffar* – e outras gráficas **contratadas pelo Governo do Estado de Minas Gerais**: segundo *Nilton Antônio Monteiro* (fl. 393, vol. 2), inúmeras gráficas **fabricavam notas "frias"** para dar sustentação a **contratos fajutos** com órgãos estatais mineiros, dentre as quais a **Graffar**.

Também foi remunerado pela SMP&B, **logo depois dos repasses efetuados pelo Grupo Financeiro Bemge, pela Copasa e pela Comig**, o depoente *José Vicente Fonseca*, dono da empresa **Sertec Serviços Gerais Ltda.**, que prestou serviços para a campanha de reeleição do então Governador *Eduardo Azeredo*. Suas declarações constam de fls. 2397/2401 (vol. 11), *verbis*:

> (...) *que* **vem prestando serviços ao Governo mineiro desde 1986, inclusive na gestão 1994/1998, do governo de Eduardo Azeredo**; *que* foi contactado pelo Senhor *Cláudio Mourão* para prestar **serviços à campanha eleitoral de Eduardo Azeredo ao Governo de Minas Gerais**, por meio da empresa *Sertec*; *que* ficou acertado com *Cláudio Mourão* que a *Sertec* seria **responsável pela contratação de mais de 300 pessoas** para trabalhar em **serviços diversos**, tais como: motorista, porteiro, recepcionista, secretária, panfletista, etc, no interior e na capital mineira, pelo período de três a quatro meses; *que* **as pessoas contratadas eram indicadas pelo Comitê Central de Campanha do candidato Eduardo Azeredo**; (...) *que* **recebeu o valor**

> **de R$ 699.342,29, em 03-09-1998**, bem como o valor de **R$ 560.480,00**, oriundos de **Docs do Banco Rural para a conta da Sertec no Bank Boston**; (...) *que Cláudio Mourão* solicitou **doação para a campanha do candidato Eduardo Azeredo**, pois estava contratando os serviços da *Sertec*; *que*, desta forma, **fez a doação, mediante recibo, de R$ 400.000,00** (...); *que* **esteve em duas oportunidades com o senhor Eduardo Azeredo**, sendo em uma das oportunidades num **jantar** no jardim do Palácio da Liberdade, em que apenas **cumprimentou o Governador**, e em outra em que foi levado ao Palácio por *Cláudio Mourão*, para o **Governador lhe agradecer a referida doação de campanha**; *que* **não tinha conhecimento da origem dos recursos** recebidos **pela prestação de serviços** à **campanha** do **candidato Eduardo Azeredo em 1998**; *que* **recebeu valores em espécie** por intermédio de **emissários do Comitê Central de Campanha**, que levavam o dinheiro na sede da *Sertec*, tendo também recebido por meio de **mensageiros da própria Sertec na sede do Comitê de Campanha**; *que* (...) **tinha conhecimento que Cláudio Mourão era assessorado na campanha pelo senhor *Marcos Valério***; *que* era de **conhecimento público em Belo Horizonte/MG** que ***Marcos Valério*** era **sócio** do senhor **Clésio Andrade**; (...); *que* **Cláudio Mourão apresentou** o senhor **Marcos Valério** como sendo a **pessoa que estava fazendo a campanha de reeleição de Eduardo Azeredo em 1998**; (...) *que* **tem relação de amizade com Walfrido dos Mares Guia** desde o tempo em que o mesmo foi Secretário do Governador *Hélio Garcia*, de 1990 a 1994; (...).

Note-se que este depoimento revela uma triangulação de recursos inusitada: a *Sertec* foi contratada para prestar serviços à campanha de *Eduardo Azeredo*. Recebeu, para tanto, **mais de R$ 1.200.000,00 (um milhão e duzentos mil reais)**, através da SMP&B Comunicação. O dinheiro, como se observa, foi transferido pela SMP&B **depois que o Bemge, a Copasa e a Comig haviam transferido R$ 3.000.000,00 (três milhões de reais) para a empresa de Marcos Valério, a título de patrocínio de eventos esportivos**, e **na véspera de sacar o outro cheque, no valor de R$ 500.000,00 (quinhentos mil reais)**, emitido pela mesma estatal para o dia 4 de setembro de 1998.

Depois de receber o pagamento da SMP&B Comunicação, pelos serviços que seriam prestados à campanha de *Eduardo Azeredo*, a *Sertec* foi **solicitada a fazer uma doação para a campanha do acusado(!), no montante de R$ 400.000,00** (quatrocentos mil reais).

Eis aqui mais um claro indício de que essa doação, na verdade, foi um mecanismo de lavagem de dinheiro, utilizado para **injetar os recursos públicos na campanha de Eduardo Azeredo**. Do contrário, bastaria que a empresa *Sertec* cobrasse valores menores pelos serviços que prestou ao acusado.

Há, ainda, outros depoimentos que conferem à denúncia os elementos minimamente necessários à configuração da **justa causa para a instauração da ação penal**.

Confira-se, por exemplo, o que **Rosemburgo Romano** declarou (fls. 1977/1978, vol. 10):

> *que*, **em 1998**, o seu partido, o PPB, atual PP, **apoiou o então Governador Eduardo Azeredo** na reeleição ao Governo do Estado de Minas Gerais; *que* **foi**

> **depositado o valor de R$ 10.000,00 no fim do mês de setembro na conta corrente do seu filho, *Rosemburgo Romano Junior***; *que* o seu filho era candidato a Deputado Estadual pelo PPB, no entanto tais valores não foram utilizados na campanha dele, e sim **na campanha do Governador *Eduardo Azeredo*** à reeleição; (...) *que* o declarante **trabalhou em prol da campanha da Coligação do PSDB/PFL, viajando pelas cidades do Sul de Minas, tanto no primeiro como no segundo turno**; *que* **sua amizade com o senhor *Eduardo Azeredo* vem desde o tempo em que o declarante foi Deputado Federal juntamente com o pai do referido governador, o senhor *Renato Azeredo***; *que* nunca solicitou do então governador *Eduardo Azeredo* ou do Comitê de Campanha nenhum valor para o ressarcimento dos valores gastos do próprio bolso do declarante; (...) *que* os gastos efetuados pelo declarante na região sul de Minas Gerais foram decorrentes de **pinturas de muros, faixas, gasolina, aluguel de carros, etc.**; *que* não conhecia a origem do depósito efetuado na conta do seu filho, mas acreditou que tivesse sido feito pelo PSDB, partido do governador *Eduardo Azeredo*, por ocorrer no período de campanha eleitoral; (...) *que* **não sabia que o depósito efetuado na conta do seu filho tinha origem na empresa SMP&B**; *que* **nunca ouviu falar ou conheceu os sócios da SMP&B e DNA Propaganda, os senhores Marcos Valério, Ramon Cardoso e Cristiano Paz**; (...) *que* **nunca teve contato com o senhor Cláudio Mourão**; *que* **o senhor Carlos Eloy foi Deputado Federal com o declarante, desfrutando de sua amizade, mas não teve contato com ele nas eleições de 1998**; *que* tem amizade com o senhor **Clésio Andrade**, visitando-o cordialmente, quando vem a Belo Horizonte/MG, **não o encontrando na eleição de 1998**; (...).

Rosemburgo Romano Junior, o filho do depoente acima, por sua vez, **confirmou** o teor das declarações supratranscritas (fls. 1979/1989, vol. 10):

> (...) *que* **não sabe dizer qual foi a origem do depósito no valor de R$ 10.000,00 em sua conta corrente, na segunda quinzena de setembro de 1998,** salvo engano; *que* não sabe dizer quem foi responsável pelo depósito, **acreditando que tenha sido em razão da campanha do PSDB ao governo do Estado de Minas Gerais**; (...) *que* **somente neste momento tem conhecimento de que o referido valor foi depositado pela empresa SMP&B**; (...) *que* **repassou o recurso recebido para o seu pai, o senhor Rosemburgo Romano**; *que* o recurso foi solicitado ao declarante por seu pai para a **utilização na campanha do candidato a governador Eduardo Azeredo**; (...) *que* **não conhece a pessoa de Cláudio Mourão**; (...)

Note-se que **vários colaboradores da campanha de Eduardo Azeredo foram pagos com recursos que teriam sido desviados do Bemge, da Comig e da Copasa**, **através da SMP&B**, apesar de **sequer conhecerem os sócios da empresa** ou mesmo o coordenador financeiro da campanha **Cláudio Mourão, o que traz indícios** da **participação direta do acusado** na **indicação de nomes de alguns beneficiários** dos recursos públicos ilicitamente desviados das estatais. Mais uma vez, trata-se de **pessoas que desfrutavam da amizade e da confiança pessoal do atual Senador Eduardo Azeredo**.

Outros inúmeros depoimentos demonstram que a **SMP&B repassou, para a campanha de reeleição do acusado Eduardo Azeredo em 1998, os recursos públicos recebidos a título de patrocínio do Enduro Internacional**

da Independência, principalmente se levarmos em consideração o fato de que vários pagamentos de serviços prestados na campanha ocorreram **logo após os repasses da Copasa, da Comig e do Bemge para a empresa**.

Transcrevo aqui alguns desses depoimentos, iniciando pelo de *Alencar Guimarães da Silveira Junior* (fls. 1987/1988, vol. 10):

> (...) *que* o declarante já exerceu dois mandatos de vereador pelo município de Belo Horizonte/MG pelo PTB, de 1989 a 1994, e atualmente encontra-se no terceiro mandato de Deputado Estadual pelo PDT, de 1995 até a presente data; *que*, indagado a respeito da **origem da importância de R$ 10.000,00 (dez mil reais) depositado em sua conta pessoal na data de 22-10-1998**, o declarante respondeu que, inicialmente, não se recordava do referido depósito, mas que, ao realizar levantamentos, constatou que se tratava de **recursos recebidos para pagamentos de despesas relativas à campanha do segundo turno do então candidato Eduardo Azeredo**; (...) *que* **o declarante não tinha qualquer conhecimento de que o depositante era a empresa SMP&B de Marcos Valério**; *que* sequer conhece a pessoa de *Marcos Valério*; (...) *que* **conhece as pessoas de Eduardo Azeredo**, *Cláudio Mourão* e *Clésio Andrade*, **tendo vínculo de amizade com o primeiro** e com o último (...).

Ajalmar José da Silva também recebeu valores repassados pela SMP&B em **22-10-1998** e, em declarações prestadas à Polícia Federal, assim se manifestou (fls. 1989/1991, vol. 10):

> (...) *que* foi Prefeito de Monte Carmelo/Minas Gerais de 1983 a 1988 pelo PMDB, depois Deputado Estadual de 1997 a 1998, eleito pelo PRN, sendo reeleito pelo PTB, **transferindo-se para o PSDB em 1998**; (...) *que* **reconhece ter recebido o valor de R$ 15.000,00 na sua conta corrente na data de 22-10-1998**; *que* **tais recursos foram destinados aos cabos eleitorais que trabalhavam na campanha do segundo turno do candidato Eduardo Azeredo ao governo do Estado de Minas Gerais**; *que* **foi solicitado do declarante o número da sua conta corrente com a finalidade de que o Comitê efetuasse o depósito de recursos que seriam repassados às bases eleitorais no interior do Estado de Minas Gerais**; *que* o Comitê teria explicado que haveria uma facilidade maior de capilarização dos recursos por meio de lideranças políticas do interior; (...) *que* não tomou conhecimento de quem efetivamente realizou o depósito em sua conta corrente; (...) *que*, no dia seguinte, ou seja, 23-10-1998, realizou diversas transferências, para diversas cidades do Triângulo Mineiro e Alto Paranaíba, regiões de sua influência política, conforme cópias que apresenta em duas laudas; *que* acredita que as pessoas que **receberam os valores para cobrir os gastos a serem efetuados com a campanha de reeleição do Governador Eduardo Azeredo** não solicitaram os comprovantes dos referidos gastos; (...) *que* conheceu o senhor *Cláudio Mourão* quando este era Secretário de Administração no Governo *Eduardo Azeredo* e o declarante Deputado Estadual; *que* **na campanha de 1998 não teve contato com o coordenador Cláudio Mourão**, pois permaneceu junto à sua base eleitoral no Triângulo Mineiro e Alto Parnaíba; *que* **somente veio a conhecer Clésio Andrade no ano de 2001**, durante o Congresso Mineiro de Municípios; (...) *que* **esteve com o candidato Eduardo Azeredo em 1998 em duas ou três oportunidades, em cidades de sua região política**.

A Deputada Estadual *Maria Olívia de Castro e Oliveira* também afirmou ter recebido valores provenientes da conta da SMP&B, que havia sido aberta para aquisição de empréstimo junto ao Banco Rural, quitado, principalmente, com recursos públicos desviados dos cofres estatais administrados pelo acusado. A declarante afirmou o seguinte à Polícia Federal na fase investigatória (fls. 2006/2008, vol. 10):

> *que* foi eleita Deputada Estadual em 1990, sendo reeleita nos pleitos de 1994 pelo PTB e de 1998 e 2002 pelo PSDB; *que* **confirma ter recebido em sua conta corrente depósito no valor de R$ 15.000,00 (quinze mil reais)**, na data de **22 de outubro de 1998**; *que* recebeu o citado valor do comitê de campanha **do então Governador Eduardo Azeredo à reeleição**, para dar **prosseguimento, em sua base eleitoral, no município de Lagoa da Prata/Minas Gerais e região, no segundo turno da eleição para Governador do Estado**; (...) *que* **os recursos recebidos foram empregados no custeio de publicidade, como pintura de muros, panfletagem, cabos eleitorais, shows**; (...) *que* não sabe quem efetivamente realizou o crédito em sua conta corrente; *que* **não tinha conhecimento de que o responsável pelo crédito fora a empresa SMP&B**, esclarecendo que **nunca ouvira falar de tal empresa, só tomando conhecimento de sua existência com a publicidade das irregularidades que a envolveram**; (...) *que* **conhece Eduardo Azeredo, que considera seu amigo, tendo trabalhado juntos como deputados e também integrou sua base de sustentação na Assembleia Legislativa durante seu governo**.[1]

---

[1] Eis as disposições da Lei 9.504/1997 sobre as contas da campanha, na parte que estava em vigor em 1998:

"Art. 17. As despesas da campanha eleitoral serão realizadas sob a responsabilidade dos partidos, ou de seus candidatos, e financiadas na forma desta Lei.

(...)"

"Art. 19. Até dez dias úteis após a escolha de seus candidatos em convenção, o partido constituirá comitês financeiros, com a finalidade de arrecadar recursos e aplicá-los nas campanhas eleitorais.

(...)"

"Art. 20. O candidato a cargo eletivo fará, diretamente ou por intermédio de pessoa por ele designada, a administração financeira de sua campanha, usando recursos repassados pelo comitê, inclusive os relativos à cota do Fundo Partidário, recursos próprios ou doações de pessoas físicas ou jurídicas, na forma estabelecida nesta Lei."

"Art. 21. O candidato é o único responsável pela veracidade das informações financeiras e contábeis de sua campanha, devendo assinar a respectiva prestação de contas sozinho ou, se for o caso, em conjunto com a pessoa que tenha designado para essa tarefa."

"Art. 22. É obrigatório para o partido e para os candidatos abrir conta bancária específica para registrar todo o movimento financeiro da campanha.

(...)"

"Art. 23. A partir do registro dos comitês financeiros, pessoas físicas poderão fazer doações em dinheiro ou estimáveis em dinheiro para campanhas eleitorais, obedecido o disposto nesta Lei.

§ lº As doações e contribuições de que trata este artigo ficam limitadas:

I – no caso de pessoa física, a dez por cento dos rendimentos brutos auferidos no ano anterior à eleição;

(...)

§ 2º Toda doação a candidato específico ou a partido deverá fazer-se mediante recibo, em formulário impresso, segundo modelo constante do Anexo.

§ 3º A doação de quantia acima dos limites fixados neste artigo sujeita o infrator ao pagamento de multa no valor de cinco a dez vezes a quantia em excesso.

O Deputado Estadual *Gilberto Wagner Martins Pereira Antunes* também recebeu, **via SMP&B**, recursos para aplicar na campanha do acusado **Eduardo Azeredo**, conforme declarações de fls. 2009/2011 (vol. 10):

> *que* **recebeu o valor de R$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais) logo após o primeiro turno das eleições de 1998**; *que* os recursos foram **repassados pela coordenação da campanha à reeleição do então Governador Eduardo Azeredo**; *que* pessoas vinculadas ao coordenador financeiro da campanha, *Cláudio Mourão*, fizeram contato, por telefone, com o *declarante*, não se recordando de nomes, esclarecendo que, **em virtude da sua votação expressiva, iriam ser repassados recursos com a finalidade de que fosse implementada, em sua base eleitoral, a campanha do Governador Eduardo Azeredo**; *que* **utilizou os recursos para apoio da campanha eleitoral, confeccionando panfletos, pintando muros, custeando despesas com combustível e pessoal**; (...) *que* **o valor teria sido depositado em sua conta corrente, em dinheiro**; (...) *que* não tinha conhecimento de que **o valor depositado tinha origem na empresa SMP&B**; *que* não conhece nem nunca esteve com o Sr. *Marcos Valério*; (...) *que* não manteve contatos com o Sr. *Cláudio Mourão* enquanto este foi coordenador financeiro da campanha à reeleição de *Eduardo Azeredo*; (...) *que* **conheceu o Sr. Eduardo Azeredo em 1985**, porém nunca teve maior proximidade com o mesmo, inclusive **mantendo apenas relações institucionais durante sua gestão como Governador do Estado**; (...).

---

§ 4º Doações feitas diretamente nas contas de partidos e candidatos deverão ser efetuadas por meio de cheques cruzados e nominais.

(...)"

"Art. 26. São considerados gastos eleitorais, sujeitos a registro e aos limites fixados nesta Lei, dentre outros:

I – confecção de material impresso de qualquer natureza e tamanho;

II – propaganda e publicidade direta ou indireta, por qualquer meio de divulgação, destinada a conquistar votos;

III – aluguel de locais para a promoção de atos de campanha eleitoral;

IV – despesas com transporte ou deslocamento de pessoal a serviço das candidaturas;

V – correspondência e despesas postais;

VI – despesas de instalação, organização e funcionamento de Comitês e serviços necessários às eleições;

VII – remuneração ou gratificação de qualquer espécie a pessoal que preste serviços às candidaturas ou aos comitês eleitorais;

VIII – montagem e operação de carros de som, de propaganda e assemelhados;

IX – produção ou patrocínio de espetáculos ou eventos promocionais de candidatura;

X – produção de programas de rádio, televisão ou vídeo, inclusive os destinados à propaganda gratuita;

XI – pagamento de cachê de artistas ou animadores de eventos relacionados a campanha eleitoral; (Revogado pela Lei 11.300, de 2006)

XII – realização de pesquisas ou testes pré-eleitorais;

XIII – confecção, aquisição e distribuição de camisetas, chaveiros e outros brindes de campanha; (Revogado pela Lei 11.300, de 2006)

XIV – aluguel de bens particulares para veiculação, por qualquer meio, de propaganda eleitoral;

XV – custos com a criação e inclusão de sítios na Internet;

XVI – multas aplicadas aos partidos ou candidatos por infração do disposto na legislação eleitoral.

(...)"

Wanderley Geraldo de Ávila, atualmente Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais indicado pela Assembleia Legislativa, afirmou ter recebido o valor de **R$ 21.000,00** que, aparentemente, **também tiveram a mesma origem ilícita dos recursos desviados das estatais mineiras para a campanha do acusado Eduardo Azeredo, via SMP&B** (fls. 2025/2027, vol. 10):

> *que* foi Prefeito da cidade de Pirapora/MG no período de 1983 a 1988; *que*, em 1990, foi **eleito Deputado Estadual, tendo sido reeleito por quatro mandatos consecutivos, em 1994 e 1998 pelo PSDB e em 2002 pelo PPS**; *que* **foi indicado Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado de Minas Gerais no segundo semestre de 2004**; (...) *que* **realmente recebeu o valor de R$ 21.000,00** questionado, em sua conta corrente; *que* ouviu de algum parlamentar na Assembleia, logo após o primeiro turno da eleição, para **dar continuidade à campanha para Governador do Estado, em suas bases eleitorais**; (...) *que* **não sabe informar como ocorreu a transferência do recurso**; *que* não teve a curiosidade de verificar se efetivamente foi depositado o valor de R$ 21.000,00 em sua conta corrente; *que* **não soube quem fez o referido depósito**; (...) *que* não tinha conhecimento de que **o depositante do referido valor era a empresa SMP&B, de Marcos Valério**; *que* **se empenhou na reeleição ao Governo do Estado em sua base eleitoral no norte de Minas e Vale do Jequitinhonha, divulgando o seu candidato por meio de pinturas de muros**, entre outras atividades; (...) *que* **não conhece Marcos Valério, Ramon Cardoso e Cristiano Paz**; *que* **nunca utilizou serviços de agências de publicidade** em suas campanhas eleitorais; que **nunca esteve nas agências SMP&B e DNA**; *que* conheceu *Cláudio Mourão* no período em que o mesmo foi Secretário de Administração no Governo *Eduardo Azeredo*, em 1994; (...) *que* não mantém com o mesmo relação de amizade; *que* **não conhece o senhor Eduardo Pereira Guedes**; (...) *que* conheceu o senhor *Clésio Andrade* na campanha à reeleição do governador *Eduardo Azeredo*, sendo *Clésio* o Vice-Governador na chapa; *que* **é amigo do atual senador Eduardo Azeredo, desde o período em que o mesmo foi Prefeito de Belo Horizonte**; (...).

Os depoimentos têm alguns pontos em comum: **nenhum dos declarantes conhece ou manteve relações comerciais com a SMP&B ou com os sócios Marcos Valério, Cristiano Paz e Ramon Hollerbach**. Também **não conhecem nem são amigos pessoais de outros acusados**. Contudo, todos eles receberam recursos da empresa de *Marcos Valério* nos meses que antecederam a fracassada campanha de reeleição do acusado a Governador de Minas Gerais, recursos esses obtidos, em tese, por meio de crime contra a administração pública. Mais: **todos eles mantiveram relações pessoais, sejam de amizade, sejam institucionais, com o acusado Eduardo Azeredo, anteriormente à sua campanha para a reeleição**. Sem dúvida, este **vínculo** entre o **acusado Eduardo Azeredo** e os **beneficiários imediatos dos recursos serve como indício de autoria que autoriza o recebimento da denúncia** contra ele dirigida.

Outros depoimentos merecem ser citados, como por exemplo:

– Declarações de *Ricardo Desotti Costa*, que admitiu ter recebido o valor de R$ 20.000,00 (vinte mil reais) do comitê de *Eduardo Azeredo,* depositados em sua conta pela SMP&B, para que fossem utilizados na campanha de segundo turno para a reeleição do acusado (fls. 2028/2030, vol. 10);

– *Antonio de Pádua Lima Sampaio* (fls. 2037/2039, vol. 10), que declarou não se recordar do depósito no valor de R$ 8.000,00 feito pela SMP&B na sua conta, mas que **não duvida** "que tenha sido feito", para custear alguma despesa de campanha para a reeleição de *Eduardo Azeredo*, que o declarante conhece pessoalmente por conta de suas atividades frente à chefia de gabinete de parlamentar estadual;

– *Humberto Candeias Cavalcanti* (fls. 2119/2120, vol. 10) declarou que "do ano de 1996 a 2000 **ocupou a Presidência do PSDB no município de Viçosa***"* e, neste período, "**foi o coordenador regional de todas as campanhas do PSDB em nível estadual**". Em relação aos R$ 3.000,00 depositados na conta corrente do declarante pela SMP&B, **no dia 22-10-1998**, o declarante disse ter "solicitado tal valor aos Coordenadores do Comitê Eleitoral do PSDB em Belo Horizonte/MG, a fim de **custear os gastos que teve no segundo turno da campanha ao Governo do Estado de Minas Gerais**". Destacou, por fim, que não conhece *Marcos Valério* ou qualquer outro representante da SMP&B.

– *Geraldo Magela Costa* (fls. 2121/2122, vol. 10) declarou que **recebeu** o cheque no valor de **R$ 40.000,00** (quarenta mil reais), do Banco Rural, **emitido pela empresa SMP&B no dia 22-10-1998**, **em mãos**, tendo-o depositado em sua conta bancária no Banco *Bemge*. Embora tenha dito não se recordar do nome da pessoa que entregou referido cheque, destacou que o recebeu "**das mãos de uma das pessoas encarregadas da coordenação da campanha de Eduardo Azeredo ao cargo de Governador do Estado de Minas Gerais**", tendo "recebido um **telefonema prévio de um dos encarregados da mencionada campanha**, (...) **solicitando que ajudasse a campanha no segundo turno de Eduardo Azeredo**". Destacou, por fim, que "**não conhece nem nunca manteve contato com Marcos Valério e nem outro representante da empresa SMP&B**", e que descarta a hipótese de o recebimento de tão elevado valor (R$ 40.000,00) ter-se efetivado em função de alguma negociação direta entre o declarante e a referida empresa.

– *Ivone de Oliveira Loureiro* (fls. 2125/2126, vol. 10) também **confirmou o recebimento da quantia de R$ 20.000,00**, depositada em sua conta corrente do Banco do Brasil em **28-9-1998** pela **SMP&B**. Salientou que não sabia, à época, que o valor havia sido depositado pela SMP&B, já que **uma pessoa do Comitê de Campanha do então governador e candidato à reeleição no pleito de 1998, Eduardo Azeredo, fez contato avisando da quantia depositada em sua conta corrente**. Informou, ainda, que **o montante depositado destinava-se a cobrir gastos de campanha do segundo turno, despesas essas realizadas principalmente em Belo Horizonte com pintura de muros, faixas e pessoal**. A declarante afirmou, ainda, que **nunca esteve com Marcos Valério, Ramon Hollerbach ou Cristiano Paz**.

Como salientei nos capítulos anteriores (3.1 e 3.2), todos esses elementos, que formam o conjunto probatório deste inquérito, levam aos seguintes questionamentos:

– **Por que motivo**, em 1998, o *Bemge* atendeu à determinação do Governo de Minas Gerais e efetuou uma transferência **inédita**, no montante de **meio milhão de reais**, para a empresa SMP&B Comunicação, a título de patrocínio de eventos que não demandavam maiores investimentos e que **sequer eram conhecidos por seus diretores**?

– Por que não foi feita qualquer análise acerca do valor determinado pelo Estado de Minas Gerais para a Cota de Patrocínio da empresa – sua razoabilidade e pertinência à luz da importância intrínseca do evento a ser patrocinado? Por que não se indagou sobre a real utilidade do patrocínio, já que o Bemge em poucos dias seria incorporado a um grupo econômico privado? – Seriam todos esses elementos indiciários apenas um conjunto de coincidências desfavoráveis ao acusado *Eduardo Azeredo,* **ou, ao contrário, seriam indícios de sua participação efetiva no esquema criminoso?**

Entendo que a conclusão que se impõe neste momento processual há de ser extraída a partir de todo o contexto em que emergiram esses elementos indiciários, isto é: a condição funcional do acusado, **Governador do Estado e candidato à reeleição, detentor do controle de fato do Grupo Bemge, para cuja direção nomeou pessoa da sua mais estrita confiança, a qual, aliás, cumprindo ordens do governador, liderou processo que conduziria à incorporação do grupo financeiro estatal a um grupo financeiro privado.**

Por outro lado, o *modus operandi* empregado na operação de desvio de recursos do banco estatal para a campanha do acusado é praticamente idêntico ao utilizado em relação às empresas Copasa e Comig.

Assim, entendo que a inicial narra conduta criminosa, apresentando base probatória mínima que autoriza o seu recebimento em relação ao crime de **peculato praticado, em tese, em detrimento do Grupo Bemge**. Outros elementos indiciários estão presentes no bojo deste inquérito, como veremos no capítulo 4 deste voto, em que será analisada a imputação do crime de **lavagem de dinheiro** ao acusado.

Tudo somado, entendo que diante da abundância de dados incriminadores extraídos dos laudos periciais; dos depoimentos prestados pelos diretores das estatais (todos eles pessoas da mais estrita confiança do acusado) de onde saíram de forma suspeitíssima recursos públicos vultosos que posteriormente foram canalizados para campanha eleitoral do acusado; das declarações prestadas pelas pessoas beneficiárias das transferências de recursos feitas pelas empresas de Marco Valério, todas elas prestadores de serviços à campanha do acusado; do fato, extremamente relevante, de que a ordem superior para que as estatais patrocinassem os eventos partiu de pessoa integrante da *entourage* funcional íntima do então Governador e ora acusado, entendo que a conduta narrada na denúncia e imputada ao Senador *Eduardo Azeredo* **preenche** todos os elementos objetivos e subjetivos do tipo descrito no art. 312 do Código Penal, **não havendo a incidência de qualquer excludente de antijuridicidade nem de culpabilidade**.

3.4 Dos requisitos legais para o recebimento da denúncia

Senhor Presidente, já me encaminhando para a conclusão deste capítulo de meu voto, entendo ser necessário, neste momento, fazer uma breve síntese do que foi relatado no presente capítulo.

Foram encontrados indícios fortes de que:

1) Por determinação do Secretário Adjunto de Comunicação Social, o também acusado *Eduardo Guedes*, **pessoa integrante da cúpula do Governo de Minas Gerais então comandado pelo acusado**, foram **desviados R$ 3.500.000,00 para a campanha à reeleição do acusado Eduardo Azeredo, oriundos dos cofres das estatais mineiras Copasa, Comig e Bemge**;

2) As companhias estatais de cujos cofres o dinheiro foi desviado eram **dirigidas por pessoas nomeadas pessoalmente pelo acusado, que com elas tinha longo passado de relações pessoais e políticas. Mais**: esses dirigentes das estatais mineiras **participaram ativamente da campanha do acusado em 1998. Eles respondem**, atualmente, perante os órgãos jurisdicionais de primeira instância pela prática, em concurso com o acusado, dos crimes narrados na inicial;

3) Era tão patente a **verticalidade da ordem de comando para o repasse das verbas públicas** que alguns dos dirigentes das estatais envolvidas chegaram a declarar que **eram contrários ao tal patrocínio**, mas que **cumpriam ordem vinda de escalão superior**; outros declararam que **sequer sabiam da existência dos eventos esportivos que as empresas foram "forçadas" a patrocinar**;

4) Formalmente, **o dinheiro desviado das estatais mineiras destinava-se a patrocinar o chamado Enduro Internacional da Independência**; no entanto, como esses recursos foram **canalizados para as contas da empresa SMP&B Comunicação Ltda., de Marcos Valério, viabilizou-se a transferência da sua quase integralidade para a campanha eleitoral do acusado**;

5) Em nenhuma das empresas estatais envolvidas nos aparentes desvios houve **qualquer tipo de estudo das despesas e do eventual retorno que o patrocínio lhes proporcionaria**;

6) Igualmente, em nenhum dos casos houve **qualquer prestação de contas por parte da SMP&B Comunicação acerca do modo como aplicou os R$ 3.500.000,00 na promoção e produção do Enduro Internacional da Independência e dos outros dois eventos esportivos que teriam sido patrocinados**;

7) As estatais em tese prejudicadas **jamais haviam patrocinado qualquer evento esportivo**; além disso, **nunca houve antes investimento de tal monta em eventos dessa natureza por parte do Governo de Minas Gerais**; tudo ocorreu, apenas e isoladamente, **no ano da campanha de reeleição do acusado**;

8) O **alegado patrocínio ocorreu apenas dois dias antes da realização do Enduro Internacional da Independência** (que seria o **principal** evento patrocinado e cuja realização se deu em **5 de setembro**, sendo que o repasse da *Copasa* ocorreu no dia **3 de setembro**, o da *Comig* ocorreu nos dias 28 de agosto

e **4 de setembro** – duas parcelas – e o do grupo financeiro **Bemge** se deu em **1º de setembro**), ou seja, **evidentemente** não teriam mais como patrocinar o evento. Aliás, além de todos os patrocínios terem sido prestados **pouquíssimos dias** antes dos **três eventos** mencionados, **as estruturas dos mesmos, como ficou demonstrado nos autos, não demandavam investimentos de tamanha magnitude e, dadas as circunstâncias temporais já mencionadas, prescindiam desse incentivo estatal**, que se afirmou **urgente** nos ofícios enviados às estatais, para que o repasse à SMP&B ocorresse sem qualquer discussão nas respectivas Assembleias;

9) No caso do *Bemge*, o patrocínio foi prestado **menos de quinze dias antes de a estatal ser privatizada, adquirida que foi pelo Banco Itaú**, de modo que **não se justificava, aparentemente, o interesse estatal na propaganda da marca Bemge**;

10) Os **repasses efetuados pelas estatais** para a SMP&B Comunicação apresentam **coincidências de datas** com os **vencimentos dos empréstimos obtidos pelas empresas de Marcos Valério junto ao Banco Rural, e que assumidamente foram repassados à campanha de Eduardo Azeredo**, o que revela **indícios** da **fraude** e do **conluio** entre os envolvidos;

11) Na condição de Governador do Estado de Minas Gerais, *Eduardo Azeredo* era o **controlador de fato das estatais envolvidas nos supostos desvios, para as quais nomeou pessoas com quem mantinha relações políticas e de amizade**;

12) segundo indícios extraídos dos autos e contrariando o que sustentou a defesa do acusado, Eduardo Azeredo **participava de perto da movimentação financeira de seu comitê eleitoral**, como manda, aliás, a legislação em vigor;

13) Os ofícios enviados pela *Secom* destacam que **era do interesse do Governo de Minas Gerais o patrocínio das estatais mineiras aos eventos esportivos já anteriormente mencionados**, sendo que a data em que tais ofícios foram emitidos coincide com a **data de emissão das notas fiscais por Marcos Valério relativas ao patrocínio** – patrocínio esse que, até aquele momento, ainda não fora aprovado; coincide igualmente com a data da **obtenção, pelas empresas de Marcos Valério, de empréstimo junto ao Banco Rural, destinado posteriormente à campanha de Eduardo Azeredo**.

Os requisitos de admissibilidade da acusação estão descritos no art. 41, combinado com o art. 395 do Código de Processo Penal, *verbis*:

> **Art. 41.** A denúncia ou queixa conterá a **exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias**, a **qualificação do acusado** ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a **classificação do crime** e, quando necessário, **o rol das testemunhas**.
>
> **Art. 395**. A **denúncia** ou queixa **será rejeitada quando**:
> I – for **manifestamente inepta**;
> II – **faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal**; ou
> III – **faltar justa causa** para o exercício da ação penal.

Nesta fase do procedimento, não são exigidas **provas cabais** da **procedência** da acusação; exigem-se, apenas, **indícios** da **prática dolosa** dos crimes narrados na inicial, formando assim a denominada **justa causa**.

Relativamente ao **dolo**, *Cezar Roberto Bittencourt* explica que ele "é constituído por **dois elementos**: um cognitivo, que é o **conhecimento do fato constitutivo da ação típica**; e um volitivo, que é a **vontade de realizá-la**" (*Tratado de Direito Penal*: parte geral, v. 1. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 267).

Portanto, o que cumpre examinar nesta fase processual do presente inquérito são os seguintes dados: 1) se a denúncia descreve um **fato criminoso** praticado **dolosamente** pelo acusado; 2) se a descrição feita na denúncia está baseada em **elementos probatórios mínimos**, que permitam o exercício da **ampla defesa** pelo réu.

Julgado recente da Primeira Turma desta Corte, embora examinando a higidez de denúncia por crimes diversos dos ora imputados ao acusado (tipificados na Lei de Licitações), traz a público ementa lapidar da lavra do Ministro Carlos Britto, da qual podemos extrair lições úteis ao deslinde do presente inquérito. Leio:

> *Habeas corpus. Trancamento de ação penal. Alegada inépcia da denúncia. Ordem indeferida.*
>
> (...)
>
> 2. Quando se trata de apreciar **alegação de inépcia de denúncia ou de sua esqualidez por qualquer outra razão**, dois são os parâmetros objetivos, seguros, que orientam tal exame: os **artigos 41 e 395 do Código de Processo Penal.**
>
> 3. Em se tratando de **crime societário ou de gabinete**, o **Supremo Tribunal Federal não aceita uma denúncia de todo genérica**, mas **admite uma denúncia mais ou menos genérica**. É que, nos delitos dessa natureza, fica **muito difícil individualizar condutas que são organizadas e quase sempre executadas a portas fechadas**.
>
> 4. A peça de acusação **está embasada em elementos de convicção que sinalizam a prática delitiva.** Além do que permite ao acusado o exercício do direito de defesa.
>
> 5. Ordem indeferida.
>
> (HC 92.246, Rel. Min. Carlos Britto, unânime, Primeira Turma.)

No presente inquérito, **não estamos diante de denúncia genérica**, como visto fartamente nos capítulos anteriores deste voto. Contudo, foram também aqui narrados típicos "**crimes de gabinete**", consubstanciados nos delitos de **peculato** e de **lavagem de dinheiro** que teriam sido praticados, em tese, por **Eduardo Azeredo, na condição de Governador do Estado de Minas Gerais e candidato à reeleição no ano de 1998**. Outros acusados teriam concorrido para a prática criminosa; a maioria deles ocupava cargos importantes na administração pública direta e indireta de Minas Gerais: o então Vice-Governador, *Walfrido dos Mares Guia*; os Secretários *Cláudio Mourão* e *Eduardo Guedes*; os dirigentes das estatais que teriam sido diretamente prejudicadas – *Copasa*, *Comig* e *Bemge*; além do então candidato a Vice-Governador na chapa do acusado, *Clésio Andrade*, e seus ex-sócios, *Marcos Valério*, *Cristiano Paz* e *Ramon Hollerbach*.

No denominado "esquema criminoso", **Eduardo Azeredo** teria sido responsável **pelo planejamento e execução do delito de peculato – praticados através dos diretores da Copasa, da Comig e do Bemge – e de lavagem de dinheiro**, **viabilizado pelas empresas geridas por Marcos Valério**. Assim, através de **ordens e reuniões mantidas com os demais investigados**, *Eduardo Azeredo* teria **delineado o *modus operandi* do esquema, em tese, criminoso**.

Para tanto, agente do primeiro escalão do seu governo expediu ofícios a entidades da administração indireta estadual, determinando a transferência de recursos públicos, de forma dissimulada, conferindo-lhes a feição de um patrocínio a evento esportivo. Com isso, **logrou-se desviar para as empresas de Marcos Valério o montante de R$ 3.500.000,00**, muitíssimo superior ao que se destinou ao *Enduro Internacional da Independência* nos anos antecedentes ao da campanha de reeleição, e o que é o pior, a apenas **doze dias da efetiva ocorrência do evento esportivo a ser patrocinado.**

Inúmeros **documentos (notas fiscais, cópias de ofícios, dados telefônicos**), **depoimentos de testemunhas** e **laudos periciais** conferem **verossimilhança à acusação** de que *Eduardo Azeredo* **teria participado, em coautoria com outros acusados, da prática dos crimes de peculato** narrados na denúncia.

Todos esses fatos e episódios merecem ser investigados sob o crivo do contraditório, na fase de instrução criminal, de modo a elucidar a **real natureza da atuação de Eduardo Azeredo nos fatos criminosos narrados pelo Ministério Público Federal**.

O crime de peculato está tipificado no art. 312 do Código Penal, que dispõe:

> Art. 312. **Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio**:
> Pena – reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.

Guilherme de Souza Nucci destaca que "O termo peculato, desde o início, teve o significado de **furto de coisa do Estado**". Citando *Basileu Garcia*, observa que "**o peculato foi outrora considerado gravíssimo delito, sujeito à pena capital**" (*Código Penal Comentado.* 9. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 1055/1056).

De acordo com *Cezar Roberto Bitencourt*, no crime de peculato, o "Bem jurídico protegido é a **administração pública**, particularmente em relação ao seu próprio **interesse patrimonial e moral**" (*Código Penal Comentado.* 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 1085). Podem ser **sujeitos passivos** "o Estado e as entidades de direito público". Quanto à adequação da conduta ao tipo **objetivo**, ou seja, à descrição constante do art. 312, o penalista faz o seguinte comentário (BITENCOURT, Cezar Roberto. *idem*, p. 1086):

> O *caput* do art. 312 abriga duas modalidades de peculato: a) peculato-apropriação (1ª parte): o verbo apropriar-se significa assenhorear-se; o objeto material é o **dinheiro**, objeto ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, **de que tem**

o agente a posse (abrangendo a detenção e a posse indireta, desde que lícita), **em razão do cargo** (*ratione officii*); b) peculato-desvio (2ª parte): o funcionário público dá ao objeto material **aplicação diversa da que lhe foi determinada**, em benefício próprio ou de outrem.

Completa *Julio Fabbrini Mirabete* (*Código Penal Interpretado.* 4. ed. São Paulo: Atlas, 2003. p. 2021): "**No conceito de posse inclui-se não só a detenção material**, como o **poder de disposição dos bens**", que é **justamente a situação dos autos**.

O **elemento subjetivo é o dolo**, constituído, de acordo com *Bitencourt*, pela "**vontade de transformar a posse em domínio**", sendo indispensável "a presença do **elemento subjetivo especial do tipo**, representado pelo **especial fim de agir** (**em proveito próprio ou alheio**)". Conforme destacado por *Guilherme Nucci*, o elemento subjetivo especial do tipo consiste "**na vontade de se apossar, definitivamente, do bem, em benefício próprio ou de terceiro**".

Mirabete sublinha que **não são necessários** "**à caracterização do crime de peculato a tomada ou a prestação de contas, ou prévio reconhecimento do ilícito pelo Tribunal de Contas. De outro lado, nem a aprovação de contas pelo tribunal administrativo** nem o fato de ser inocentado o agente no processo administrativo **excluem a possibilidade de reconhecimento de crime**" (MIRABETE, Julio Fabbrini. *idem*, p. 2027). Nesse sentido também a jurisprudência deste Tribunal, no sentido de que **a aprovação de contas não exclui o crime de peculato**.

Note-se, por outro lado, que, nos termos do art. 21 da Lei 9.504/1997, "O **candidato** é **o único responsável pela veracidade das informações financeiras e contábeis de sua campanha**", razão pela qual sua atuação no aspecto financeiro da campanha não deve ser subestimada nesta fase do procedimento criminal.

Como já visto, **há** indícios **robustos** da participação do acusado nas ações configuradoras dos crimes de **peculato**, tal como **minuciosamente descrito** pelo Procurador-Geral da República.

Assim, senhor Presidente, considero que a denúncia **obedece aos requisitos legais** impostos pelo Código de Processo Penal para **dar início à ação penal**.

Por tal razão, **recebo a denúncia** relativamente às imputações de **peculato** em detrimento da *Copasa*, da *Comig* e do *Bemge*, contra o acusado **Eduardo Azeredo** (itens a.1 e a.2 da denúncia, fl. 6013, vol. 27).

4. Da lavagem de dinheiro

No que tange ao crime de **lavagem de dinheiro**, o Procurador-Geral da República destacou que os mecanismos supostamente utilizados pelo acusado **Eduardo Azeredo** foram viabilizados por **empréstimos tomados por Marcos Valério, Cristiano Paz e Ramon Hollerbach junto ao Banco Rural**. Com tais recursos, *Marcos Valério* e seus sócios teriam efetuado o pagamento dos colaboradores e prestadores de serviços à campanha de *Eduardo Azeredo* à reeleição

em 1998, através de valores em espécie, transferências bancárias ou depósitos na conta corrente dos beneficiários. Também teriam utilizado os recursos públicos desviados das estatais para liquidar parcialmente os contratos de mútuo celebrados por suas empresas.

Nos **depoimentos que prestaram à Polícia Federal**, M*arcos Valério* (fls. 1766/1770, vol. 9), *Ramon Hollerbach* (fls. 256/257, vol. 2), *Cristiano Paz* (fls. 258/259, vol. 2) e *Cláudio Mourão* (fls. 405/412, vol. 2) **admitiram** a obtenção de **dois empréstimos** para **financiamento da campanha de Eduardo Azeredo em 1998**, não explicando, contudo, os motivos pelos quais estes empréstimos foram tomados em nome da SMP&B Comunicação e da DNA Propaganda, nem a razão pela qual foram investidos na campanha do acusado.

Com efeito, tais aportes financeiros à campanha de *Eduardo Azeredo* **não encontram, aparentemente, qualquer justificativa plausível**. O Procurador-Geral da República esclareceu o seguinte (fls. 5948/5951, vol. 27):

> Os denunciados **admitem** a existência de **dois empréstimos**, **obtidos** pelo grupo **Marcos Valério**, **para financiar a campanha**.
>
> O **primeiro** foi obtido em **28 de julho de 1998** [**momento crucial da campanha para as eleições de outubro**] e tem as seguintes características (**Laudo Pericial 1998, fl. 30, apenso 33**):
>
> **Quadro 25 – Contrato de mútuo n. 96.001136-3** (item 20 do Quadro 02)

Credor:	**Banco Rural S.A.**, CNPJ 33.124.959/0001-98
Devedor:	**SMP&B Comunicação Ltda.**, CNPJ 01.322.078/0001-95
Intervenientes, garantidores e devedores solidários:	– **Clésio Soares Andrade**, CPF 144.444.906-25; – **Marcos Valério** Fernandes de Souza, CPF 403.760.956-87; – **Ramon Hollerbach** Cardoso, CPF 143.322.216-72; – **Cristiano de Mello Paz**, CPF 129.449.476-72
Valor principal da operação:	**R$ 2.300.000,00**
Valor líquido creditado:	R$ 2.278.796,36
Data da operação:	28/07/98
Garantias:	– **Nota promissória** emitida pelo devedor e aval dos intervenientes garantidos e **devedores solidários** em favor do credor, com vencimento à vista, no valor de R$ 2.990.000,00 – Caução de duplicatas sacadas contra a Telesp no valor de R$ 2.830.000,00
Data do vencimento:	**06/08/98.**

> Um detalhe já emerge do contrato de mútuo: **Clésio Andrade**, como pessoa física, figurou como **devedor solidário**. Isso demonstra que (...) a sua suposta **saída da empresa SMP&B Comunicação em 07 de julho de 1998 foi uma simulação**.

Como será descrito no tópico próprio, **recursos da Copasa foram empregados para quitar esse empréstimo**.

O **segundo empréstimo admitido pelos denunciados**, **como** direcionado a **injetar recursos na campanha da eleição de 1998**, foi contraído em **19 de agosto de 1998** e possui o seguinte perfil (Laudo Pericial 1998, fl. 12, apenso 33):

Quadro 07 – Contrato de mútuo n. 06.002241-4 (item 5 do Quadro 02)

Credor:	Banco Rural S.A., CNPJ 33.124.959/0001-98
Devedor:	DNA Propaganda Ltda., CNPJ 17.397.076/0001-03
Intervenientes, garantidores e devedores solidários:	– **Marcos Valério** Fernandes de Souza, CPF 403.760.956-87; – **Ramon Hollerbach** Cardoso, CPF 143.322.216-72; – **Cristiano de Mello Paz**, CPF 129.449.476-72
Valor principal da operação:	**R$ 9.000.000,00**
Valor líquido creditado:	R$ 8.977.491,00
Data da operação:	19/08/98
Garantias:	– **Nota promissória** emitida pelo devedor e aval dos intervenientes garantidos e **devedores solidários** em favor do credor, com vencimento à vista, no valor de R$ 11.700.000,00 – Caução/penhor de **direitos creditórios decorrentes do Contrato de Produção e Veiculação de Matéria Publicitária**, conforme Edital de Licitação 001/95 e seus Aditamentos de 07/05/97 e 04/10/97, firmado **entre a DNA Propaganda Ltda.** e o **Estado de Minas Gerais**, por meio da **Secretaria de Estado da Casa Civil e Comunicação Social – Secom**
Data do vencimento:	**19/10/98.**

O detalhe aqui é que **recursos do Estado de Minas Gerais** foram **uma das garantias** para a obtenção do contrato de **mútuo** (...).

(...) **Eduardo Guedes**, o mesmo que já tinha assinado os ofícios para a Copasa e a Comig, **autorizou, pelo Estado de Minas Gerais** e **por orientação do seu chefe Eduardo Azeredo**, que o **contrato público** fosse dado em **garantia**.

Isso revela, mais uma vez, que **a cúpula do Estado de Minas Gerais estava absolutamente ciente do modelo criminoso de desvio implementado**.

Eduardo Guedes, que ocupou, na **campanha eleitoral de 1994,** da chapa de **Eduardo Azeredo e Walfrido Dos Mares Guia,** a função de coordenador de imprensa, também teve participação na **campanha eleitoral de 1998**.

Como destacou o Procurador-Geral da República, *Cláudio Mourão*, *Marcos Valério* e seus sócios **admitiram**, em depoimentos constantes destes autos, que **os empréstimos em questão foram obtidos para financiar a campanha do acusado Eduardo Azeredo**. Veja-se o teor dos referidos depoimentos, a começar por *Marcos Valério* (fls. 1766/1770, vol. 9):

> *que* obteve, **junto ao Banco Rural, dois empréstimos cujos recursos foram destinados à campanha de reeleição do então Governador do Estado de Minas Gerais, Eduardo Brandão de Azeredo**; *que* o primeiro empréstimo foi tomado no **início do segundo semestre de 1998**, no valor de **R$ 2 milhões de reais**;

Por sua vez, *Cláudio Mourão* declarou o seguinte (fls. 405/412):

> *que* após manter contato com diversos empresários visando **angariar fundos para a campanha**, contactou o Sr. *Cristiano Paz*, que foi vizinho do declarante na época da sua juventude; *que* em reunião com *Cristiano Paz* na SMP&B Comunicação, encontrou com o Sr. **Marcos Valério, sócio da empresa SMP&B**; *que*, após algumas reuniões, **Marcos Valério conseguiu o empréstimo no valor de 2 milhões de reais com o Banco Rural, repassando para a campanha de Eduardo Azeredo**, com o **compromisso de pagamento do empréstimo no prazo de 15 dias**;

Ramon Hollerbach também confirmou ter obtido empréstimos junto ao Banco Rural **para o fim de destinar os valores à campanha de Eduardo Azeredo** (fls. 256/257, vol. 2):

> *que*, perguntado ao declarante se celebrou algum **contrato de mútuo em 1998 com o Banco Rural**, o declarante **respondeu que sim**, através da **DNA Propaganda celebrou apenas um contrato de mútuo em 1998, que originou este inquérito**; *que* tal contrato tinha por **objetivo emprestar dinheiro para a campanha de Eduardo Azeredo e Clésio Andrade para o Governo de Minas, em 1998**, sendo que **tal "negociação" ocorreu entre Marcos Valério**, que era o Diretor Financeiro da DNA Propaganda, e o Sr. **Clésio Andrade**;

Por fim, *Cristiano Paz* também admitiu a tomada de empréstimos para a campanha de *Eduardo Azeredo*, sem demonstrar as garantias de pagamento deste empréstimo e sem justificar as razões do interesse das suas empresas na reeleição do acusado. Leio trecho de seu depoimento (fls. 258/259, vol. 2):

> *que* **tal contrato tinha por objetivo emprestar dinheiro para a campanha de Eduardo Azeredo e Clésio Andrade para o Governo de Minas, em 1998**, sendo que **tal "negociação" ocorreu entre Marcos Valério e Clésio Andrade**; (...) *que* o declarante sabia qual a finalidade de tal empréstimo, mas quem negociou o pagamento do mesmo e a forma foi *Marcos Valério*;

Ramon Hollerbach complementou a informação no depoimento prestado às fls. 612/614 (vol. 3):

> *que*, **apesar de não ter sido pago o primeiro empréstimo**, a DNA Propaganda obteve um empréstimo de R$ 9.000.000,00 (nove milhões de reais) **junto ao Banco Rural, repassou tal quantia à empresa SMP&B**, que, por sua vez, realizou um empréstimo neste valor ao Sr. *Cláudio Mourão*, **coordenador financeiro da campanha de Eduardo Azeredo em 1998**; *que* o empréstimo entre a SMP&B e o coordenador financeiro da **campanha de Eduardo Azeredo**, o Sr. *Cláudio Mourão*, **não está formalizado em contrato de mútuo**;

Ou seja, **os repasses de Marcos Valério e seus sócios à campanha do acusado Eduardo Azeredo não teriam qualquer garantia de pagamento**,

mesmo porque não foram sequer formalizados. **É um indício forte de que os empréstimos eram fictícios e a sua contrapartida seriam os recursos públicos desviados, em tese, das estatais.**

Tais contratos de mútuo, celebrados pelas empresas de *Marcos Valério* exatamente com a **mesma instituição financeira envolvida no escândalo do "Mensalão"** – o **Banco Rural** –, seriam **fictícios**, servindo apenas como um dos mecanismos de **lavagem de dinheiro** que **dissimulariam a origem criminosa dos recursos utilizados na campanha do acusado Eduardo Azeredo**, dando-lhes aparência lícita. Tanto é que, tempos depois, de acordo com documentos juntados na fase inquisitória, o Banco Rural teria formalizado um acordo com os devedores, aceitando o pagamento de valor muito inferior ao emprestado para liquidação do mútuo, como veremos com mais detalhes adiante. Saliento que, em comunicação recentemente enviada pelo *Bacen* nos autos da AP 470 (caso Mensalão), informou-se que, em decorrência das **irregularidades administrativas verificadas pelo órgão**, foi instaurado **processo administrativo punitivo contra o Banco Rural**, do qual resultou imposição de penalidade aos dirigentes **Kátia Rabelo e José Roberto Salgado**, dentre outros, consistente na **inabilitação temporária, pelo período de 8 (oito) anos, para o exercício de cargos de direção na administração ou gerência em instituições na área de fiscalização do Bacen**.

De qualquer maneira, como será elucidado neste capítulo do voto, os dados constantes dos autos permitem concluir que **pelo menos parte dos empréstimos tomados junto ao Banco Rural foi liquidada com recursos públicos, advindos do alegado patrocínio das estatais mineiras ao Enduro Internacional da Independência**.

Assim, o Procurador-Geral da República buscou demonstrar a **materialidade** do **crime de lavagem de dinheiro**, tendo o **peculato** como crime antecedente, bem como os **indícios de autoria** existentes contra o acusado **Eduardo Azeredo**.

Em primeiro lugar, a denúncia destacou um **ato do Secretário** *Eduardo Guedes*, supostamente sob o comando do acusado **Eduardo Azeredo**, que **acabou viabilizando as manobras típicas do crime de lavagem de dinheiro**, por meio da obtenção de empréstimos fraudulentos por *Marcos Valério* e seus sócios, que viriam a ser quitados com os recursos públicos desviados na forma vista no capítulo anterior deste voto. O ato do governo foi a **autorização de utilização de contrato público como garantia de empréstimo cujos recursos viriam a ser aplicados na campanha de Eduardo Azeredo**. Diversamente do que alega a defesa do acusado, este não foi um **ato comercial comum**: na verdade, esta autorização tinha por fim **permitir a lavagem do dinheiro público desviado das estatais**. Com efeito, foi somente com essa autorização que o Banco Rural pôde conceder o crédito a *Marcos Valério* e seus sócios **sem que se pudesse levantar suspeitas** sobre a **falsidade do empréstimo e a origem dos recursos que viriam a liquidá-lo**, pois assim havia **uma garantia de pagamento do mútuo** – ou seja, o crédito da DNA Propaganda junto ao Estado de Minas Gerais.

O **dolo** da prática do crime de lavagem **está presente no ato de autorização** do governo de *Eduardo Azeredo*. Como constatou o Laudo Pericial 1998, do Instituto Nacional de Criminalística, *verbis* (fls. 5951/5954, vol. 27):

> Eis o que constou do Laudo de Exame Econômico-Financeiro n. 1998/2006-INC (Laudo Pericial 1998):
>
> "25. Na documentação analisada consta cópia de documento elaborado pelo **Banco Rural**, **encaminhado à Secretaria de Estado da Casa Civil e Comunicação Social – Secom**, em atenção ao senhor **Eduardo Guedes**, atestando que os **créditos** decorrentes do **Contrato** de Produção e Veiculação de Matéria Publicitária (...) firmado **entre DNA Propaganda e o Estado de Minas Gerais**, foram **dados em caução/penhor ao contrato de mútuo n. 06.002241-4**, formalizado **entre DNA Propaganda e o Banco Rural**.
>
> 26. Nesse documento, **sem data**, consta "**Ciente/De acordo**" da empresa **DNA Propaganda com assinatura e nome de Marcos Valério Fernandes de Souza** e da **Secom, com assinatura em nome de Eduardo P. Guedes Neto**, com a identificação – Secretário Adjunto de Comunicação Social."
>
> (...)
>
> **Desse empréstimo**, o valor de **R$ 325.000,00** foi **repassado**, em **20-08-1998**, para a empresa **Carbo Cia. de Artefatos de Borracha**, que tinha entre seus sócios **Clésio Andrade**.
>
> (...) a origem é **justamente o empréstimo adquirido para financiar a campanha eleitoral de 1998**, como **admitem os próprios denunciados**.
>
> (...)
>
> Contudo, *Clésio Andrade*, **por meio da Carbo**, além de receber recursos do esquema, repassou, no dia **21 de outubro** de 1998, **R$ 200.000,00 (duzentos mil reais)** para a **conta bancária da campanha eleitoral**, em nome de **Eduardo Azeredo**.
>
> Segue análise empreendida no Relatório de Análise n. 783/2006 (...) (documento n. 07 que instrui a denúncia):
>
> "No curso das análises referentes às **quebras de sigilo bancário**, localizamos, nos dados magnéticos encaminhados pelo Banco Brasileiro de Descontos S/A – Bradesco, **transação bancária**, ocorrida em **21/10/1998**, que teve por **beneficiário** o atual Senador da República **Eduardo Brandão Azeredo**, no valor de **R$ 200.000,00 (duzentos mil reais)**, depositados na Caixa Econômica Federal (...).
>
> **Esses recursos tiveram por origem a conta 639, agência 0107, do Banco 291 – Banco de Crédito Nacional – BCN, referente ao cheque n. 000165, de titularidade da empresa Carbo Companhia de Artefatos de Borracha Ltda., investigada tanto pela intitulada "CPMI dos Correios" quanto no âmbito do IPL 2245/STF**.
>
> **Sintomaticamente, Clésio Andrade negou, em depoimento, ter contribuído com recursos financeiros para a campanha eleitoral de 1998**, **apesar, segundo ele, dos pleitos de Eduardo Azeredo** (...) (fl. 629).

O acusado *Eduardo Azeredo* alegou o seguinte em sua resposta preliminar (fls. 6925/6938, vol. 34):

> (...) a denúncia a que se oferece resposta pretende atribuir **ilicitude a um ato absolutamente corriqueiro da vida comercial**. Com efeito, se determinada empresa é credora de outra empresa ou de um órgão público, de certa quantia de

dinheiro, comprovado o crédito por documento, é de completa licitude que esta empresa credora ofereça a um banco de quem está obtendo empréstimo esse crédito em garantia.

A denúncia, contudo, ao se referir ao contrato de mútuo n. 06002241-4, celebrado entre o Banco Rural, como credor, e a empresa DNA Propaganda Ltda., dá ênfase à garantia oferecida pelo devedor: "Caução-Penhor de direitos creditórios decorrentes do contrato de Produção e Veiculação de Matéria Publicitária, conforme Edital de Licitação 001/95 e seus aditamentos de 07/05/97 e 04/10/97, **firmado entre a DNA Propaganda Ltda. e o Estado de Minas Gerais**, **por meio da Secretaria de Estado da Casa Civil e Comunicação Social**". E faz o seguinte comentário: "O detalhe aqui é que recursos do Estado de Minas Gerais foram uma das garantias para obtenção do Contrato de Mútuo, como se observa no item registrado acima". D. v., as garantias não são "os recursos do Estado de Minas Gerais". A garantia é o crédito da empresa junto ao Estado de Minas Gerais, que decorre de contrato firmado a partir de uma licitação ganha pela empresa, no ano de 1995. A denúncia, nesta parte, com as vênias devidas, é desonesta.

É, por outro lado, a denúncia da impropriedade. Reclama uma "prestação de contas" do patrocínio de um evento. Nada mais impróprio. Para se ter uma ideia do que seja um **patrocínio**, tome-se o mais visível, atualmente. A Petrobras – a maior empresa do País – patrocina o Flamengo – o time de futebol de maior torcida do País. Dá-lhe, anualmente, ao que informaram os jornais, R$ 24.000.000,00. O Flamengo ostenta, nas camisas com que atuam seus jogadores, o nome, a marca, o logotipo da Petrobras. E emprega o dinheiro que recebe pelo modo e pela forma que julgar conveniente. Obviamente, não presta contas à Petrobras.

(...)

No ano de 1997 estava em vigor a Lei 9.504/97, cujo art. 20 dispõe o seguinte:

> "O candidato a cargo eletivo fará, diretamente **ou por intermédio de pessoa por ele designada**, **a administração financeira de sua campanha**; usando recursos repassados pelo Comitê, inclusive os relativos à cota do Fundo Partidário, recursos próprios ou doações de pessoas físicas ou jurídicas, na forma estabelecida nesta Lei".

Como esclareceu o denunciado *Eduardo Azeredo*, nas declarações que prestou em 08.02.06, "... **Cláudio Mourão atuou na eleição de 1998 como coordenador administrativo/financeiro**..." e que "na campanha de reeleição de 1998, *Cláudio Mourão* desempenhou a função de coordenador financeiro..." e "tinha total autonomia para conduzir os assuntos relacionados à arrecadação de recursos e pagamentos para diversos fornecedores ou prestadores de serviço" (fl. 673 do inquérito).

Cláudio Mourão confirma que foi o coordenador financeiro da campanha do denunciado Eduardo Azeredo para a eleição de 1998. Com efeito, diz ele "Que era o coordenador administrativo da campanha ao Governo do Estado pela chapa PSDB/PFL, **porém, na ausência de recursos financeiros, acabou desempenhando a tarefa de captar recursos**" (fl. 406 do inquérito).

(...)

Assim se vê que, na campanha eleitoral de 1998, o denunciado *Eduardo Azeredo* designou *Cláudio Mourão* para fazer a administração financeira de sua campanha. Este fato, mencionado pelo denunciado e confirmado por *Cláudio Mourão*, de si, já afasta o denunciado *Eduardo Azeredo* da administração financeira de sua campanha eleitoral.

(...)

É preciso deixar claro, desde logo, que *Eduardo Azeredo* não foi beneficiário de coisa alguma. **Beneficiária teria sido a campanha eleitoral da qual, como se disse, enquanto se tratava de finanças, de arrecadação de dinheiro, de doações, Eduardo Azeredo não participava**. Não há qualquer prova – ou mesmo indício – de que tenha participado de tais atividades na campanha. A leitura dos trechos dos depoimentos de *Ramon Hollerbach*, *Cristiano Paz*, *Cláudio Mourão*, transcritos ao pé da página 15 da denúncia, confirma que *Eduardo Azeredo* não participou da reunião em que se decidiu acerca de empréstimo da empresa DNA à campanha eleitoral.

(...)

Na verdade, os documentos constantes dos autos e citados anteriormente **comprovam que a empresa DNA Propaganda precisou de autorização do Governo de Minas Gerais** para a obtenção de **empréstimo junto ao Banco Rural**, pelo qual deu em **garantia créditos da empresa junto ao Estado de Minas Gerais**.

Com efeito, eis o que consta do Laudo Pericial 1.998 (apenso 33, fls. 4523/4524):

Quadro 07 – Contrato de mútuo n. 06.002241.4

Credor:	Banco Rural S.A.
Devedor:	DNA Propaganda Ltda.
Intervenientes garantidores e devedores solidários:	*Marcos Valério Fernandes de Souza* *Ramon Hollerbach Cardoso* *Cristiano de Mello Paz*
Valor principal:	R$ 9.000.000,00
Valor líquido:	R$ 8.977.491,00
Data da operação:	19/08/98
Garantias:	**Nota Promissória** emitida pelo devedor e aval dos intervenientes garantidores e devedores solidários em favor do credor, com vencimento à vista, no valor de R$ 11.700.000,00 **Caução/penhor de direitos creditórios decorrentes do Contrato de Produção e Veiculação de Matéria Publicitária**, conforme Edital de Licitação 001/95 e seus Aditamentos de 07/05/97 e 04/10/98, **firmado entre a DNA Propaganda Ltda. e o Estado de Minas Gerais**, por meio da Secretaria de Estado da Casa Civil e Comunicação Social – *Secom*
Vencimento	19/10/98

(...)

25. Na **documentação analisada** consta cópia do **documento elaborado pelo Banco Rural, encaminhado à Secretaria de Estado da Casa Civil e Comunicação Social – Secom**, em atenção ao senhor **Eduardo Guedes**, **atestando** que os créditos decorrentes do Contrato de Produção e Veiculação de Matéria Publicitária, conforme Edital de Licitação 001/95 e seus aditamentos, de 07/05/97 e

> 04/10/97, firmado entre a DNA Propaganda e o Estado de Minas Gerais, foram dados em **caução/penhor ao contrato de mútuo n. 06.002241-4**, formalizado entre DNA Propaganda e o Banco Rural.
>
> 26. Nesse documento, sem data, consta "**Ciente/De acordo**" da empresa DNA Propaganda, com assinatura em nome de *Marcos Valério Fernandes de Souza*, e **da Secom, com assinatura em nome de Eduardo P. Guedes Neto**, com a identificação – Secretário Adjunto de Comunicação Social.

Além disso, **os créditos obtidos pela SMP&B**, em razão do suposto "patrocínio" das estatais ao Enduro Internacional da Independência, também foram usados como **garantia** para obtenção de empréstimo, **antes mesmo de as estatais mineiras repassarem os valores das Cotas de Patrocínio**, e antes mesmo de referido patrocínio **ter sido autorizado** pelas respectivas diretorias das estatais.

A meu sentir, constitui um **indício bastante forte** contra o ex-Governador *Eduardo Azeredo* o fato de recursos financeiros **oriundos dos empréstimos obtidos por Marcos Valério** e seus sócios terem sido **depositados**, conforme laudos periciais produzidos nestes autos, **na conta de campanha do acusado Eduardo Azeredo**, mediante **manobras** que indicam a prática do crime de **lavagem de dinheiro**. Mais do que isso, **os empréstimos em questão** seriam quitados **com os recursos oriundos dos cofres estatais**, ainda de acordo com laudo pericial produzido neste inquérito, que será transcrito na sequência (Laudo Pericial 1.998, apenso 33, fls. 3/66).

A defesa de *Eduardo Azeredo* sustentou ainda (fl. 6933, vol. 34):

> De abusiva, a denúncia passa a leviana, d. v. Transcreve trecho do Relatório de Análise n. 783/2006, no qual se diz que "No curso das análises referentes à quebra de sigilo bancário..." fora localizado um depósito da empresa *Carbo*, Companhia de Artefatos de Borracha Ltda., "que teve como beneficiário o atual Senador da República *Eduardo Brandão Azeredo*, no valor de R$ 200.000,000...". A empresa *Carbo* é de propriedade de *Clésio Andrade*. Tal empresa doou R$ 200.000,00 para a campanha de *Eduardo Azeredo*. A doação está lançada na prestação de contas de campanha de *Eduardo Azeredo* feita ao TRE (doc. 2, p. 8, grifado). Para completar a leviandade, diz a denúncia que "É fato comprovado que *Eduardo Azeredo* foi um dos principais mentores de toda a gama de ilicitudes praticadas. Neste contexto, **tinha ciência de que estava recebendo em sua conta de campanha (aberta em seu nome) duzentos mil reais do esquema**". Mas que esquema? Onde a empresa *Carbo* entra no "esquema"? Trata-se de um delírio acusatório.

O problema dessa alegação, feita pela defesa do denunciado *Eduardo Azeredo*, é que o Procurador-Geral da República, **em momento algum, acusou-o de ter deixado de declarar o recebimento destes R$ 200.000,00 (duzentos mil reais) provenientes da Carbo**. Aliás, **a inicial não cuida de crime eleitoral algum**, pois como ficou bem esclarecido, na cota à denúncia, **eventual crime eleitoral já estaria prescrito**.

Com efeito, o que ocorreu, segundo o Procurador-Geral da República, foi uma **manobra de lavagem de dinheiro**, por meio da qual a **Carbo** recebeu

recursos públicos desviados das estatais mineiras e **transferiu parte destes recursos para a conta de campanha de Eduardo Azeredo, que veio a declará-los à Justiça Eleitoral como "doação"**, embora, **na verdade**, tivessem origem em **crime de peculato**. Vale dizer: de acordo com os **indícios juntados aos autos, não saiu um único centavo** do caixa da *Carbo* ou de seu dono, *Clésio Andrade*, para a campanha; na verdade, **além de ter ficado com outros R$ 125.000,00** (cento e vinte e cinco mil reais) provenientes dos supostos **desvios das estatais,** a Carbo serviu de **intermediária** desses **duzentos mil reais transferidos para a conta de campanha de Azeredo**, **simplesmente para conferir aparência lícita aos recursos nela empregados**, dando-lhes natureza de "doação".

De fato: ao declarar os valores como sendo doação de uma empresa pertencente ao candidato a vice-governador, o que seria plenamente verossímil, **não haveria como se levantar maiores suspeitas** sobre o acusado, especialmente porque foram utilizadas **manobras** que, naquele momento, **ocultaram a origem aparentemente criminosa destes recursos**.

Contudo, **indícios constantes dos autos revelam que não houve a referida doação da Carbo, mas sim crime de lavagem de dinheiro**, utilizando-se a empresa como **intermediária** de **recursos públicos** desviados do Estado de Minas Gerais por meio da **SMP&B Comunicação Ltda. e da DNA Propaganda Ltda.**

Em primeiro lugar, **o próprio Clésio Andrade admitiu taxativamente não ter contribuído financeiramente para a campanha do acusado**. Veja-se que **não haveria qualquer razão** para que o então candidato a vice-governador **mentisse sobre esse fato**, e a defesa de **Eduardo Azeredo** não alegou a inverdade dessa afirmação. Eis o teor **literal** das declarações de Clésio Andrade sobre o tema (fls. 623/631, vol. 3):

> *que* **não contribuiu com nenhum recurso financeiro para a campanha eleitoral de 1998/MG, apesar de ter sido solicitada sua contribuição pelo então Governador Eduardo Azeredo** e, posteriormente, por *Cláudio Mourão*; (...).

Ademais, os laudos periciais constantes dos autos, e citados largamente na denúncia, **confirmam fartamente os indícios de que o dinheiro depositado pela Carbo na conta de campanha de Eduardo Azeredo deriva dos recursos públicos em tese desviados das estatais mineiras**. Com efeito, tais recursos saíram da conta da DNA Propaganda no Banco Rural que os acusados **admitiram** que foi aberta em razão de **empréstimo obtido para o fim de financiar a campanha de Eduardo Azeredo**, como já destaquei anteriormente, em transcrição literal dos depoimentos de *Marcos Valério* e seus sócios.

Eis o que consta do Laudo Pericial 1998 (apenso 33, fls. 4524/4525), acerca do contrato de mútuo no valor de nove milhões de reais, firmado entre DNA Propaganda Ltda. e Banco Rural (contrato 06.002241-4), tendo por garantia contrato público da empresa com o Estado de Minas Gerais, mediante autorização da *Secom*:

O valor líquido de R$ 8.977.491,00 do contrato de mútuo em análise foi creditado em 19/08/98 na conta corrente n. 06.002241-4, agência 009, do Banco Rural, de titularidade da DNA Propaganda.

(...)

A conta corrente n. 06.002241-4 iniciou a movimentação financeira do dia 19/08/98 com o saldo de R$ 28.949,13 e a liberação desse empréstimo **permitiu à DNA Propaganda destinar recursos a terceiros**. A seguir, foi elaborado o Quadro 08 para evidenciar as transações com valores superiores a R$ 10.000,00:

Item	Data	Valor	Favorec	Ag	CC
A	19/8/98	1.163.590,00	SMP&B	9 Rural	60022899
B	19/8/98	192.000,00	N. I.	105 Pontual	-
C	19/8/98	192.000,00	N.I.	105 Pontual	-
D	19/8/98	194.000,00	N.I.	105 Pontual	6681702
...					
G	19/8/98	1.000.000,00	**Saque** em **espécie**	-	-
H	20/8/98	406.600,00	**Saque** em **espécie**	-	-
...					
L	20/8/98	538.000,00	**Saque** em **espécie**	-	-
M	20/8/98	**325.000,00**	**Carbo**	31 Rural	60010874
N	21/8/98	1.000.000,00	Saque em **espécie**	-	-
...					
U	24/8/98	1.000.000,00	SMP&B	9 Rural	60022899

(...)

Portanto, **duas transferências de recursos**, no valor total de R$ 2.163.590,00, foram feitas da conta de empréstimo da DNA (06.002241-4) para a conta da SMP&B em que depositada a verba do patrocínio (06.002289-9).

Assim, foi somente após a referida transferência da DNA Propaganda para a *Carbo* que esta empresa fez a suposta "doação" à campanha de *Eduardo Azeredo*.

Ora, os recursos em questão, como se vê, saíram da conta de empréstimo com a qual *Marcos Valério*, *Cristiano Paz*, *Ramon Hollerbach* e *Cláudio Mourão* admitiram ter **financiado a campanha do acusado Eduardo Azeredo** (conta 06.002241-4, da agência 009 do Banco Rural). Referido empréstimo foi parcialmente amortizado **com recursos de origem pública**, finalizando a triangulação que teria viabilizado a **lavagem de dinheiro** para irrigação da campanha de reeleição do acusado em 1998. É o que descreve o Laudo Pericial 1998 (apenso 33, fl. 4527):

Com previsão de vencimento em **19/10/98**, o empréstimo sofreu **reformas e amortizações parciais**, e após processo judicial, veio a ser **encerrado em 11/04/03**, por **acordo** realizado no âmbito da ação de execução n. 024.00.127.324-2, na 1ª Vara Cível da Comarca de Belo Horizonte – MG. No interstício **da concessão do empréstimo até o encerramento**, as **amortizações somaram R$ 7.717.898,80**, conforme Demonstrativo Analítico de Empréstimo encaminhado pelo Banco Rural, por meio do documento n. C0034/2005 de 05/10/2005, a saber:

I – em **01/09/98**, de **R$ 1.000.000,00**;

II – em **09/09/98**, de **R$ 1.000.000,00**;

III – em 01/07/99, de R$ 850.000,00;

IV – em 11/02/03, de R$ 2.000.000,00.

39. Em **01/09/98**, o pagamento de R$ **1.000.000,00** foi efetuado quando a conta apresentava saldo de R$ 1.320.643,94. Desse saldo, **R$ 1.020.000,00** referem-se a **Doc recebido em 31/08/98, oriundo da DNA Propaganda**, conta 023.999-6, agência 44-8, do Banco do Estado de Minas Gerais. Cabe mencionar que **na conta 023.999-6, eram depositados recursos provenientes do Estado de Minas Gerais**. Assim, **pode-se afirmar que tais recursos foram utilizados para a amortização de R$ 1.000.000,00**.

40. Em **09/09/98**, ocorreu **amortização** de **R$ 1.000.000,00**. A **conta 06.002241-4** iniciou a movimentação financeira com **saldo negativo** de R$ 2.037,71 (dois mil e trinta e sete reais e setenta e um centavos) e, após **ingressos no valor total de R$ 1.691.580,80** e saídas no valor total de R$ 1.160.493,57, encerrou com saldo de R$ 529.049,52. Dentre os ingressos ocorridos, **destaca-se o resgate de aplicação, em 09/09/98, utilizado para tal amortização, no valor de R$ 1.002.259,60, proveniente da aplicação de R$ 1.000.000,00** no "Fundo Rural Curto Prazo" do Banco Rural, **realizada em 24/08/98, com recursos desse mesmo empréstimo**.

41. Quanto à amortização de R$ 850.000,00, em 01/07/99, **informada pelo Banco Rural**, foi encontrada **divergência entre o Demonstrativo Analítico de Empréstimo e o extrato de conta corrente. Não há lançamentos relacionados a empréstimos nessa data**. A análise da conta corrente evidencia que os lançamentos ocorreram, sim, em 30/06/99.

(...)

43. (...) constatou-se uma diferença, também, na **forma como teria sido amortizado ou renovado o empréstimo. Do total de créditos, R$ 634.000,00 são referentes a depósito em espécie, efetuado em 31/12/98, tendo sido utilizado para amortização do empréstimo em 06/01/99. Em 30/06, foi lançado a crédito valor semelhante, como lançamento retroativo**, de acordo com documento de suporte da operação.

(...)

45. Em relação à **origem dos recursos** utilizados para tal **amortização**, constatou-se o seguinte:

I – **lançamento avisado retroativo, de R$ 634.000,00, efetuado em 30/06/99.**

II – depósitos de **dois cheques**, em 01/07/99 e em 02/07/99, no valor de **R$ 350.000,00** e **R$ 500.000,00**, respectivamente, provenientes da conta 1299030, agência 48, Banco Santander, Titularidade da DNA Propaganda, recursos esses **oriundos de depósitos não identificados**, devido à **não apresentação de documentos de suporte das operações ocorridas na referida conta.**

(...)

> 50. Em 11/02/2003, foi realizada **amortização de R$ 2.000.000,00** por meio do cheque n. 439812, compensado em 12/02/03, sacado contra a conta corrente 601.999-4, de titularidade da DNA Propaganda, no Banco do Brasil. (...) **Destaca-se que, nessa data, a SMP&B Comunicação obteve junto ao Banco Rural novo empréstimo**, por meio da conta garantida n. 98.001133-3, **com limite de R$ 10.000.000,00 (dez milhões de reais).**
>
> 51. No dia **20/02/03**, a SMP&B Comunicação **transfere R$ 2.000.000,00 originários da conta garantida n. 98.001133-3**, por meio da conta 06.002595-2, **para a conta 601.999-4, que originou a amortização de R$ 2.000.000,00**. Em **11/04/03**, quando a **dívida encontrava-se com valor de R$ 13.901.708,12**, as partes **DNA Propaganda e Banco Rural** financiaram **acordo judicial**, extinguindo a ação de cobrança e pactuando que **o credor aceitaria o valor recebido de R$ 2.000.000,00**, em **11/02/03**, como **quitação integral do saldo devedor**.
>
> (...).

Ou seja: os empréstimos obtidos junto ao Banco Rural, dentre eles um no montante de **R$ 9.000.000,00**, foram, **aparentemente**, um **negócio simulado**, destinado a **dificultar a vinculação entre os recursos investidos na campanha de Eduardo Azeredo**, por intermédio de terceiras pessoas, **e os recursos públicos desviados, em tese, dos cofres mineiros**.

Aliás, em seu depoimento à Polícia Federal (fl. 261, vol. 2; v. também fls. 1766/1770, vol. 9), *Marcos Valério* **diz textualmente que o fato de o Banco Rural ter aceitado a quitação de um empréstimo de 13 milhões de reais mediante o pagamento de apenas 2 milhões de reais** se explica pela renegociação dos empréstimos (que, como se viu no laudo acima, deram-se ilegalmente, já que os empréstimos anteriores não foram saldados e nunca viriam a sê-lo, comprovando a existência da fraude narrada na denúncia) e **pelo fato de que o dinheiro seria destinado à campanha de Eduardo Azeredo**, completando que, provavelmente, o Rural devia favores ao candidato a vice-governador, *Clésio Andrade*.

O Laudo Pericial 1.998 indica os **incontáveis e sucessivos empréstimos** utilizados pela DNA Propaganda e pela SMP&B Comunicação como **artifícios para fazer circular o dinheiro** entre **inúmeras contas**, até que se perdesse o rastro indicativo da maneira como foram quitados os empréstimos. Confirmando os depoimentos de *Marcos Valério*, o laudo demonstra que, **dos valores que pretensamente teriam sido pagos, a título de amortização, somente dois milhões foram realmente quitados**. O restante foi, na verdade, dinheiro oriundo de outros empréstimos **não quitados**, tomados **junto ao próprio Banco Rural**, que, supostamente tomando parte no conluio com *Marcos Valério*, liberava recursos para suas empresas, apesar da insolvência dos contratos de mútuo anteriormente firmados. Esses contratos foram sendo renovados durante anos, até 2003, quando o Banco Rural e *Marcos Valério* firmaram acordo pelo qual **a instituição financeira reconhecia os 2 milhões de reais como quitação da dívida, que já superava os 13 milhões de reais**.

Extrai-se do Laudo 1998, ainda, que *Marcos Valério* e seus sócios **abriram dezenas de contas de empréstimo**, mediante novos contratos de mútuo ou renovações dos antigos, de modo a ir pulverizando o valor desses empréstimos

e impedir que se descobrisse que eles, na verdade, não viriam a ser quitados, já que, como indicam as provas constantes dos autos, foram meros negócios simulados. De toda maneira, **percebe-se claramente que a conta em que foram depositados os recursos públicos aparentemente desviados das estatais** – conta empréstimo 6.002289-9, titularizada pela SMP&B Comunicação – **foi a mesma de que saíram inúmeros pagamentos para colaboradores da campanha**, além da conta de titularidade da DNA Propaganda – 06.002241-4 –, utilizada para o fim de **mesclar** os recursos públicos das estatais com dinheiro obtido mediante empréstimo fraudulento junto ao Banco Rural, para dar aos recursos aparência lícita e utilizá-los da campanha de *Eduardo Azeredo*.

Repito: os empréstimos constituíram, na verdade, **mera etapa do crime de lavagem de dinheiro, de modo a conferir aparência lícita aos recursos públicos utilizados na campanha de reeleição de Eduardo Azeredo em 1998, que alcançaram o montante de três milhões e meio de reais**, superiores à alegada **quitação** dos contratos de mútuo junto ao Banco Rural.

Como se vê, os mecanismos de lavagem adotados são extremamente sofisticados e complexos, gerando **inúmeras operações casadas, em dezenas de contas que foram sendo abertas de modo a pulverizar os valores dos empréstimos** e **permitir**, sem levantar suspeitas, **a aplicação de recursos públicos na campanha do acusado Eduardo Azeredo**.

Note-se, por outro lado, como é **reveladora informação** de *Clésio Andrade* no sentido **de que Eduardo Azeredo teria feito pedidos para que ele contribuísse com recursos financeiros** para a campanha eleitoral de 1998 (fl. 629). Isso demonstra, ao menos provisoriamente, que **Eduardo Azeredo tinha, sim, ingerência na área financeira da campanha**, ao contrário do que ele peremptoriamente sustentou em sua resposta escrita. *Clésio Andrade* assinalou, ainda, o seguinte, depois de afirmar que **Eduardo Azeredo lhe pediu recursos financeiros** (fls. 623/631, vol. 3):

> *que* chegou a indicar a *Cláudio Mourão* alguns **nomes de possíveis colaboradores**, **recordando-se** tão somente do nome de **Marcos Valério**; *que*, posteriormente, foi informado por *Cláudio Mourão* que **Marcos Valério estava, efetivamente, colaborando com a campanha**; (...) em **novembro de 1998**, (...) tomou **conhecimento dos empréstimos feitos pelo publicitário para a campanha a reeleição a Governador de Eduardo Azeredo**; (...) *que* **participou de uma reunião presidida** pelo então **Governador Eduardo Azeredo**, em local que não se recorda, além de outra reunião, com o Vice-Governador *Walfrido dos Mares Guia*, em que foi **apresentado ao publicitário Duda Mendonça**; (...) *que*, **nesta reunião**, **Cláudio Mourão** teria dito ao declarante que **Duda Mendonça** cobraria entre **quatro e quatro milhões e meio de reais** pelos serviços de **publicidade da campanha eleitoral**; *que* **Walfrido dos Mares Guia confirmou tal valor ao declarante** (...).

O Procurador-Geral da República prosseguiu na denúncia (fl. 5955):

> É fato comprovado que **Eduardo Azeredo foi um dos principais mentores de toda a gama de ilicitudes praticada**.

Nesse contexto, tinha **ciência de que estava recebendo, em sua conta de campanha** (aberta em seu nome), **duzentos mil reais do esquema**.

Na verdade, **além dos dois empréstimos assumidos pelos denunciados**, **outros também foram adquiridos pelo grupo empresarial de Marcos Valério para injetar recursos na campanha de Eduardo Azeredo** e *Clésio Andrade*:

Contratos de mútuo celebrados à época da campanha de 1998

Credor	Valor	Devedor	Data
Banco Cidade S/A	3.000.000,00	Empréstimo à DNA Propaganda	03/09/98
Banco Cidade S/A	3.000.000,00	Empréstimo à DNA Propaganda	03/09/98
Banco Rural S/A	2.760.000,00	Empréstimo à SMP&B Comunicação	16/09/98
Banco Rural S/A	7.000.000,00	Empréstimo à SMP&B Comunicação	29/09/98
Banco de Crédito Nacional S/A	1.455.000,00	Empréstimo à SMP&B Comunicação	14/08/98

(...)

Note-se, apenas a título de **curiosidade**, que **somente essa nova leva de empréstimos** feitos pelas empresas de *Marcos Valério* em prol da campanha do acusado perfaz **soma pelo menos duas vezes superior** à que o então candidato **declarou à Justiça Eleitoral**.

Os fatos narrados pelo Procurador-Geral da República seguiram uma cronologia **que demonstra todo o *modus operandi* dos aparentes crimes narrados na inicial**. É o que se constata a partir da fl. 5948, vol. 27, e é o que passo a **resumir**.

No dia **7 de julho de 1998**, *Clésio Andrade* se desligou da SMP&B Comunicação e demais empresas de *Cristiano Paz*, *Ramon Hollerbach* e *Marcos Valério*. Segundo o Procurador-Geral da República, o afastamento se deu apenas "no papel", já que, de fato, *Clésio Andrade* continuaria atuando como sócio das empresas envolvidas no financiamento ilícito da campanha de **Eduardo Azeredo** (SMP&B Comunicação e DNA Propaganda).

Três semanas depois da saída de Clésio Andrade, no dia **28 de julho de 1998**, a **SMP&B Comunicação Ltda. obteve empréstimo** junto ao Banco **Rural**, no valor de **R$ 2.300.000,00 (dois milhões e trezentos mil reais)**, apresentando como garantia uma **nota promissória assinada** por **Clésio Andrade**, *Marcos Valério, Ramon Hollerbach* e *Cristiano Paz*; duplicatas sacadas contra a Telesp. Segundo informação constante do Laudo 1.998/2006 (apenso 33, fl. 4541), "o valor total dos três títulos diverge da documentação suporte do empréstimo". O **vencimento** desse empréstimo se daria em **06-08-1998**;

Ainda em **28 de julho**, **e nos dois dias subsequentes** (29 e 30 de julho), **o valor do empréstimo em questão** (que, em valores líquidos, totalizou 2.278.796,36) foi **totalmente movimentado**, da seguinte maneira:

– 28 de julho:

(i) **saque em espécie** do valor de **R$ 350.000,00** (trezentos e cinquenta mil reais!);

(ii) pagamento a *Alcides Guerreiro*, no valor de **R$ 375.750,00** (trezentos e setenta e cinco mil, setecentos e cinquenta reais);

– 29 de julho:

(i) **saque em espécie**, no valor de **R$ 1.196.002,53** (um milhão, cento e noventa e seis mil e dois reais, e cinquenta e três centavos!), feito por pessoa não identificada;

(ii) **pagamento** a **Renilda Maria Santiago Fernandes de Souza**, esposa de **Marcos Valério Fernandes de Souza**, no valor de **R$ 26.761,00** (vinte e seis mil setecentos e sessenta e um reais);

(iii) **pagamento a Ramon Hollerbach**, no valor de **R$ 26.761,00** (vinte e seis mil, setecentos e sessenta e um reais);

(iv) **pagamento a Cristiano Paz**, no valor de **R$ 26.761,00** (vinte e seis mil, setecentos e sessenta e um reais);

– 30 de julho:

(i) **saque em espécie**, no valor de **R$ 26.761,00** (vinte e seis mil, setecentos e sessenta e um reais);

(ii) **saque em espécie**, no valor de **R$ 250.000,00** (duzentos e cinquenta mil reais).

Relativamente ao saque **em espécie** do montante de **R$ 26.761,00** – cujo sacador/beneficiário **não foi identificado** pelo Banco Rural –, o Procurador-Geral da República afirma que **pode ter sido destinado ao pagamento ou de Clésio Andrade** (fl. 5990) – tendo em vista que o valor é idêntico ao que foi distribuído a *Marcos Valério*, *Cristiano Paz* e *Ramon Hollerbach* – **ou de Rogério Lanza Tolentino**, que, à época, ocupava o cargo de juiz eleitoral no Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais.

O Procurador-Geral da República destacou o seguinte na denúncia (fl. 5991):

> Importante consignar que **nenhuma empresa toma empréstimo bancário para distribuir lucros**. As transferências para **Cristiano Paz, Ramon Hollerbach e Marcos Valério (Renilda Souza) eram as contraprestações pelos serviços prestados**.

Como se pode observar, **o valor integral do empréstimo** obtido junto ao Banco Rural foi objeto, no mesmo dia e nos dois dias seguintes, de **pagamentos a Marcos Valério, Cristiano Paz, Ramon Hollerbach** (num total aproximado de oitenta e um mil reais) e de **saques em espécie**, no montante expressivo de **R$ 1.800.000,00** (um milhão e oitocentos mil reais)!

Embora essa quantia sacada **em espécie** seja evidentemente expressiva, **o Banco Rural não identificou sacadores nem beneficiários**. Em apenas **um**

desses saques, **o valor foi superior a um milhão de reais, em dinheiro vivo**, sem que tenha sido feita **qualquer identificação formal** pelo banco, o que contraria todas as normas legais e bancárias de **controle de saques em espécie**, criadas justamente para **coibir a prática de crimes de lavagem de dinheiro e contra o sistema financeiro nacional**.

Destaca a denúncia (fls. 5991/5992):

> (...) [o] **valor líquido do empréstimo** menos remuneração pela lavagem de dinheiro, **foi repassado para a campanha eleitoral de 1998 de Eduardo Azeredo** e Clésio Andrade.
>
> Para **obstruir o rastreamento**, a forma de **entrega** foi **em espécie**, conforme operações descritas nos itens A, C e H do Quadro 26 acima transcrito.
>
> (...) a **não identificação dos reais beneficiários** é uma **manobra fraudulenta** destinada a **ocultar** a natureza, origem, localização, disposição, movimentação e propriedade dos valores, caracterizando o crime de **lavagem de ativos**.
>
> O **Banco Rural** (...) permitiu que *Marcos Valério*, *Clésio Andrade*, *Cristiano Paz* e Ramon Hollerbach **consignassem**, nos documentos de controle, que os **saques "destinar-se-iam a pagamentos de diversos compromissos** de responsabilidade da SMP&B Comunicação" (Laudo Pericial 1998, fl. 31, apenso 33).
>
> Ora, essa justificativa não explicita qual foi o **real destinatário do montante aproximado de R$ 1.800.000,00** (um milhão e oitocentos mil reais) **sacado em espécie**. (...)
>
> Graças ao **trabalho desenvolvido na fase inquisitorial**, **identificou-se que o destinatário foi a campanha eleitoral de Eduardo Azeredo** e *Clésio Andrade*, revelando que **a estratégia de efetuar os saques em espécie tinha por objetivo impedir a identificação dos beneficiários** (lavagem de dinheiro).
>
> O próprio **Cláudio Mourão admitiu que recebeu valores em espécie da SMP&B**, inclusive em sua sede comercial.
>
> O empréstimo tinha como **data de vencimento 06 de agosto de 1998**. Sua liquidação verificou-se em **07 de agosto de 1998**, com **recursos oriundos de novo empréstimo bancário obtido pela SMP&B Comunicação junto ao Banco Rural**.

Como se viu, o dia 6 de agosto era o dia do **vencimento** do **primeiro empréstimo**, cujos **recursos foram destinados à campanha do acusado Eduardo Azeredo.**

Dando sequência à ordem cronológica dos fatos narrados na denúncia, no dia **7 de agosto de 1998** ocorreram os seguintes episódios:

(i) o acusado *Eduardo Guedes*, **Secretário Adjunto da Casa Civil e de Comunicação Social do governo de Eduardo Azeredo**, **seu superior direto e imediato**, **emitiu ofício destinado à Copasa e à Comig**, **autorizando o repasse de verbas à SMP&B Publicidade**, a título de **patrocínio** do evento esportivo Enduro Internacional da Independência;

(ii) **na mesma data**, a SMP&B Publicidade **emitiu notas fiscais**, no valor de **R$ 1.500.000,00 (um milhão e quinhentos mil reais)** cada, **em nome da Copasa e da Comig**, referentes ao alegado patrocínio do Enduro Internacional

da Independência, **muito embora os ofícios de Eduardo Guedes sequer tivessem sido encaminhados aos seus destinatários finais – Copasa e Comig**;

(iii) **ainda nesse mesmo dia**, a SMP&B tomou empréstimo no montante idêntico ao do anterior – **R$ 2.300.000,00** – utilizando **como garantia a nota fiscal emitida na mesma data** contra a *Copasa* (Laudo Pericial 1998, apenso 33, fl. 4542), sem **qualquer lastro**, já que a estatal ainda não havia sequer **se manifestado** sobre o patrocínio;

(iv) **no dia avençado para o vencimento desse empréstimo** (24-8-1998), a **Copasa depositou R$ 1.500.000,00 na conta 06.002289-9 da SMP&B Comunicação**, onde teriam sido depositados os recursos do suposto "empréstimo" obtido no Banco Rural (v. apenso 33, fl. 4543, Laudo 1.998).

A defesa de *Eduardo Azeredo* alega o seguinte (fls. 6933/6935, vol. 34):

> A denúncia oferecida contra *Eduardo Azeredo* se limita a atribuir-lhe condutas criminosas que, ao ver do denunciado, teriam ocorrido:
>
> a) no patrocínio que as empresas estatais *Copasa*, *Comig* e *Bemge* fizeram de três eventos levados a efeito pela SMP&B (crimes de peculato, praticados por 7 (sete) vezes);
>
> b) em "três saques em espécie", descritos no tópico II.6; em "operação com empréstimo", descrito no item II.6; e em "saque em espécie com empréstimos", ambos descritos no item II.7 (crimes de lavagem de dinheiro, praticado por 6 (seis) vezes).
>
> Deve-se dizer, inicialmente, que as empresas **Copasa, Comig e Bemge têm personalidade jurídica própria, são administradas por diretorias legalmente constituídas e têm natural autonomia para gerir seus patrimônios e realizar seus negócios**.
>
> Deve-se dizer, mais, que **os eventos que patrocinaram são realizados há muitos anos**. Sua importância, suas características, seus custos, estão amplamente descritos no documento que se junta a esta resposta com o n. 3.
>
> A pergunta que se faz é a seguinte: **o que tem a ver Eduardo Azeredo com o que está dito na denúncia**? Ele **não é dirigente de qualquer das empresas**. **Não negociou o patrocínio dos eventos**. **Não sacou dinheiro em espécie**. **Não contraiu empréstimos**. Havia designado **Cláudio Mourão para fazer a administração financeira** de sua campanha.
>
> A denúncia não aponta um só ato de *Eduardo Azeredo* que desminta as afirmações acima feitas.
>
> Mas suponha-se, para armar o raciocínio, que a contratação do patrocínio dos eventos, os saques em espécie e as tomadas de empréstimos contivessem irregularidades e fossem, mesmo, até criminosas. **Deveria Eduardo Azeredo responder por tais irregularidades** e, eventualmente, por tais crimes? Acaso o Sr. Presidente da República responderia por erros ou crimes praticados por dirigentes da Petrobras ou do Banco do Brasil, pelo fato de serem estas empresas estatais, e ser ele o Presidente da República?
>
> Sabe-se que, em matéria penal, a culpa é subjetiva, e o que se está tentando impor a *Eduardo Azeredo* a torna objetiva: deve responder ele por prática de crimes porque era Governador do Estado e candidato à reeleição?

Pois bem, Senhores Ministros. A leitura da denúncia não autoriza a crítica de que foi imputada responsabilidade objetiva ao Senador *Eduardo Azeredo* pela prática dos crimes de peculato e lavagem de dinheiro. **Longe disso**. Em verdade, a acusação está pautada em **inúmeros indícios e situações fáticas que permitem ao Supremo Tribunal Federal o seu recebimento** e a instauração do processo criminal contra o atual Senador da República.

Com efeito, o depoimento do então presidente da *Copasa*, **Ruy Lage**, é um dos que revelam **indícios de que o acusado Eduardo Azeredo, na qualidade de Governador do Estado de Minas Gerais, determinou à Secom a expedição de ofícios às estatais mineiras**, ordenando a transferência de recursos para a SMP&B Comunicação, a título de patrocínio do Enduro Internacional da Independência. Eis o teor das declarações prestadas por *Ruy Lage* (fls. 526/528, vol. 3):

> (...) *que*, na **campanha eleitoral de 1998, atendendo a solicitação do candidato à reeleição Eduardo Azeredo**, solicitou **licença da presidência da Copasa** com a finalidade de melhorar o desempenho de votos da *Coligação PSDB/PFL*, na região de Montes Claros; *que* a *Copasa* copatrocinou, juntamente com outras empresas – *Cemig*, *Comig*, entre outras – os eventos *Enduro Internacional da Independência*, *Mundial de Motocross* e *Iron Biker*; *que*, inicialmente, não era favorável que o patrocínio fosse levado a efeito pela *Copasa*, **solicitando**, inclusive, **determinação, por escrito, da Secretaria de Comunicação do Estado de Minas Gerais, para que a empresa efetuasse a liberação do patrocínio**; *que* entendia que, **pelo decreto existente**, **a Secom é que tinha a capacidade de efetuar toda a comunicação do governo**; *que*, inclusive, a *Secom* tinha licitado algumas empresas para atuar na área de comunicação e publicidade; (...)

Daí por que o Procurador-Geral da República assim analisou os fatos em questão (**fl. 5971**, relativamente à *Copasa*, e, *mutatis mutandis*, **fl. 5978**, relativamente à *Comig*):

> A comprovação de que toda a operação não passou de uma grande farsa já começa a ser demonstrada pela **data do Ofício assinado** por *Eduardo Guedes* para a *Copasa* e a da **nota fiscal emitida pela empresa SMP&B Publicidade pelo suposto patrocínio**: **ambos estão datados de 07 de agosto de 1998**.
>
> Ora, **como poderiam** *Cristiano Paz*, *Ramon Hollerbach* e *Marcos Valério*, responsáveis pela SMP&B Publicidade, **ter tanta certeza de que a Copasa acataria** a ordem proferida por *Eduardo Guedes*, a ponto de **emitir a nota fiscal no mesmo dia do ofício**?
>
> A resposta é simples: como tudo era uma **estratégia para desviar recursos públicos em prol de Eduardo Azeredo** e *Clésio Andrade*, **todos os detalhes e passos do esquema estavam pré-definidos**, inclusive que *Fernando Moreira* e *Ruy Lage* atenderiam, como efetivamente atenderam, a ilegal determinação.

Assim, o Procurador-Geral da República conclui que, nos termos definidos por **Eduardo Azeredo**, **a campanha de reeleição seria abastecida por recursos oriundos das estatais mineiras Copasa, Comig e Bemge**.

Por essa razão, a SMP&B emitiu a nota fiscal referente ao patrocínio **no mesmo dia da emissão do ofício pela Secretaria de Comunicação – Secom**, ou

seja, **justamente porque já tinha a certeza** de que esse patrocínio seria acolhido pela *Copasa*, pela *Comig* e pelo *Bemge*, dada a **subordinação dessas empresas ao Governo do Estado de Minas Gerais**, representado por seu Governador.

A essa conclusão também se pode chegar a partir de um **outro indício**, mencionado há pouco: **ainda no dia da emissão das notas fiscais** e do vencimento do primeiro empréstimo, **7 de agosto**, e antes mesmo de receber os recursos públicos que justificariam a sua emissão, **a SMP&B utilizou a própria nota fiscal que tinha acabado de emitir contra a Copasa** (e que só viria a ser paga no dia 24 de agosto, por meio de cheque), **como garantia de um empréstimo** obtido **no Banco Rural**, no montante de **R$ 2.300.000,00** (dois milhões e trezentos mil reais).

Trata-se do contrato de mútuo **96.001137-1** (v. denúncia, fl. 5993, vol. 27), **utilizado para saldar o empréstimo vencido na véspera**.

Como destacou anteriormente o Procurador-Geral da República, a maior **parte dos valores obtidos com o primeiro empréstimo** foi **direcionada para a campanha de reeleição de Eduardo Azeredo**, através de **saques em espécie no montante de R$ 1.800.000,00 (um milhão e oitocentos mil reais)**.

Os mecanismos de lavagem de dinheiro foram colocados em prática a partir deste **segundo empréstimo**, cujo valor foi utilizado **para quitar o empréstimo anterior**.

Este novo contrato de mútuo, por sua vez, com **vencimento** previsto para **24 de agosto de 1998**, viria a ser **quitado com os recursos públicos da Copasa**, destinados à SMPB&B Comunicação a título de **patrocínio do Enduro Internacional da Independência** e, aparentemente, **desviados para a campanha**.

Quando da "amortização" desse suposto empréstimo, assumidamente **aplicado na campanha de Eduardo Azeredo**, foram utilizados **justamente os recursos da Copasa, que deveriam ter ido para o Enduro da Independência** e os outros dois eventos esportivos que o Estado alega ter patrocinado. É o que revela, mais uma vez, o alentado Laudo Pericial 1998 (apenso 33, fls. 4542/4543):

> O valor líquido de R$ 2.259.948,68 do contrato de mútuo em análise foi **creditado em 07/08/98, na conta corrente n. 06.002289-9, agência 009, Banco Rural, de titularidade da SMPB&B Comunicação** (...).
>
> (...)
>
> Esse mútuo foi **liquidado na data do vencimento, 24/08/98, pelo valor de R$ 2.300.000,00**. Em 24/08/98, evidencia-se que **o saldo inicial da conta era de R$ 336.462,06** e **final** de **R$ 440.361,29**, tendo ocorrido **dois créditos que suportaram o pagamento**, a saber:

Quadro 28 – Origem dos recursos utilizados na liquidação

Item	Data	Histórico	**Valor (R$)**	**Origem**
A	24/08/98	Depósito	1.000.000,00	DNA Propaganda
B	24/08/98	**Depósito em 48h**	1.500.000,00	**Copasa**

> 104. O item A refere-se a depósito de cheque no valor de R$ 1.000.000,00 proveniente da DNA Propaganda, conta corrente n. 06.002241-4, agência 009, Banco Rural. Na conta corrente n. 06.002241-4, esse saque foi suportado por recursos oriundos do contrato de mútuo no valor de R$ 9.000.000,00, conforme analisado a partir do quadro 7.
>
> 105. O item B refere-se a **depósito de cheque no valor de R$ 1.500.000,00**, emitido pela **Companhia de Saneamento de Minas Gerais**, *Copasa* (...). Esse valor foi **proveniente de pagamento da nota fiscal n. 2658, no valor de R$ 1.500.000,00**, emitida em **07/08/98**, pela SMP&B Publicidade, contra a Companhia de Saneamento de Minas Gerais, contendo como discriminação dos serviços **cota principal de patrocínio do Enduro Internacional da Independência – 98**.

Um dado fica claro diante da leitura dessas conclusões da perícia: **a liberação de um milhão e meio de reais pela Copasa**, feita em **regime de urgência** pela alegada **iminência da realização do evento esportivo**, teria, em verdade, finalidade completamente diversa da declarada, servindo para **saldar empréstimo cujos recursos foram destinados à campanha de Eduardo Azeredo**, conforme demonstrado pelas análises da **movimentação da conta da SMP&B e dos beneficiários dos recursos dela sacados** (v. Laudo Pericial 1998, apenso 33, em trecho que será analisado ainda no presente capítulo do meu voto).

Aliás, **como prova desse aparente desvio de recursos**, há uma informação **relevantíssima**: o *Enduro da Independência* aconteceu do dia **5 ao dia 7 de setembro de 1998**; isto é, exatamente **no dia seguinte** ao repasse da última cota de patrocínio, realizada pela *Comig* em 4 de setembro de 1998, e **apenas dez dias depois** do pagamento da **primeira cota**. Ora, **não há como aceitar a alegação de que essa transferência de recursos públicos à SMP&B seria patrocínio ao Enduro da Independência**, como indicam as notas fiscais, pois o evento ocorreu **apenas um dia depois do repasse das verbas**, tornando **completamente inviável** qualquer **aplicação dos recursos na promoção e produção do evento**! Mesmo se considerarmos a cota de patrocínio da *Copasa*, que foi destinada à SMP&B Comunicação no dia **24 de agosto de 1998**, **não é possível vislumbrar o retorno**, em termos de publicidade, **que um patrocínio de três milhões e meio de reais**, **em recursos estatais**, poderia ter em **tão poucos dias** (no máximo **dez dias**, relativamente à *Copasa*). Não é tempo suficiente para veicular o nome da estatal **de modo relevante**, que possibilitasse a efetividade do patrocínio em valor tão elevado e **tão superior ao realizado pelo Estado de Minas nos anos anteriores**. E veja-se: **os valores em questão não estão corrigidos monetariamente**! São os valores **líquidos e nominais transferidos pelas estatais para a SMP&B em 1998**.

O Procurador-Geral da República salientou, ainda, na denúncia (fl. 5994):

> **Eduardo Azeredo**, *Cláudio Mourão*, *Walfrido dos Mares Guia* e *Clésio Andrade* (este último novamente figurou como devedor solidário) **já tinham arquitetado o esquema pelo menos desde 28 de julho de 1998, data do primeiro empréstimo**. Assim, em **07 de agosto** colocaram em prática a etapa do plano que compreendia o **desvio de verbas públicas**.

> **Eduardo Azeredo**, *Cláudio Mourão* e *Walfrido dos Mares Guia*, com o envolvimento doloso de *Eduardo Guedes*, *Ruy Lage* e *Fernando Moreira* (no caso *Copasa*), **entregaram um milhão e quinhentos mil reais para Cristiano Paz, Ramon Hollerbach, Marcos Valério e Clésio Andrade, como forma de completar o ciclo dos crimes de peculato e lavagem de ativos.**
>
> **O valor de um milhão e quinhentos mil reais**, repassados **da Copasa** para a **SMP&B Comunicação**, no dia **24 de agosto de 1998**, foi **utilizado**, **na mesma data(!)**, **para quitar o empréstimo n. 96.001137-1**.
>
> Além das operações de lavagem viabilizadas pelos **saques em espécie não identificados**, essa **específica operação de lavagem, mais sofisticada**, foi composta das seguintes etapas:
>
> a) **empréstimo n. 96.001136-3 é revertido para a campanha eleitoral de Eduardo Azeredo** e *Clésio Andrade*, além de remunerar os profissionais da lavagem;
>
> b) empréstimo n. 96.001137-1 quita o empréstimo n. 96.001136-3;
>
> c) o valor de **um milhão e quinhentos mil reais, da Copasa, quita o empréstimo n. 96.001137-1.**

Com efeito, seguindo a cronologia dos fatos narrados na inicial, eis o que se deu no dia **24 de agosto de 1998**, quando **venceria o segundo empréstimo obtido pela SMP&B Comunicação**:

(i) **a Copasa efetuou o repasse do montante de R$ 1.500.000,00 à SMP&B Comunicação, a título de patrocínio do Enduro Internacional da Independência**, que, segundo dados constantes dos autos, **já havia ocorrido** (fl. 7877, apenso 34; ver ainda: denúncia, fl. 5792).

(ii) O valor em questão foi utilizado **no mesmo dia do repasse**, **para quitar o empréstimo que vencia naquela data** (contrato de mútuo 96.001137-1). Ou seja, como **demonstram os laudos produzidos ao longo deste inquérito**, **os recursos transferidos pela Copasa para a SMP&B não foram destinados ao evento esportivo** que justificava o repasse, mas para **quitar empréstimo obtido pela SMP&B Comunicação cujos valores foram aplicados na campanha de Eduardo Azeredo.**

Conclui a denúncia (fl. 5995):

> A conclusão é que **um milhão e quinhentos mil reais da Copasa foram investidos na campanha eleitoral de Eduardo Azeredo** e *Clésio Andrade* (**peculato**), percorrendo, todavia, **caminho transverso** (**lavagem**).
>
> A outra parte do empréstimo foi quitada com **recursos provenientes da empresa DNA Propaganda**, originados, por sua vez, do **contrato de mútuo n. 06.002241-4**, firmado entre a **DNA Propaganda e o Banco Rural, cujo objetivo também era financiar a campanha eleitoral de Eduardo Azeredo** e *Clésio Andrade.*
>
> (...).

Assim, a **manobra caracterizadora, em tese, do crime de lavagem de dinheiro** está narrada de modo claro e direto na denúncia, **bem como o delito antecedente contra a administração pública peculato**.

Mais do que isso: em **25 de agosto de 1998**, dia seguinte ao do vencimento do segundo empréstimo (96.001137-1), outra estatal mineira, a **Comig**, **transferiu para a SMP&B Comunicação a primeira parcela do suposto patrocínio**, no valor de **R$ 1.000.000,00** (um milhão de reais).

O restante – R$ 500.000,00 (quinhentos mil reais) – foi entregue em **cheque pré-datado para o dia 4 de setembro de 1998** (v. documento de fl. 1650, vol. 8).

De acordo com o Laudo Pericial 1.998 (fl. 52, item 169 – v. apenso 33), **ainda no dia 25 de agosto** houve um **saque em espécie de R$ 800.000,00** (oitocentos mil reais). Segundo o Procurador-Geral da República, "**pode-se afirmar, à luz das provas colhidas, que os oitocentos mil reais sacados em espécie no dia 25 de agosto de 1998 foram entregues para a campanha eleitoral dos candidatos Eduardo Azeredo e Clésio Andrade**" (fl. 5998).

Ou seja, o **dinheiro público**, transferido para a SMP&B sob a justificativa formal de **patrocínio** ao Enduro, **foi quase completamente desviado** para financiar a **campanha** do acusado **Eduardo Azeredo** à reeleição, nos termos da denúncia. Está clara a observância ao art. 41 do Código de Processo Penal e, ainda, a existência de **justa causa**.

Note-se que, por razões não esclarecidas na resposta preliminar do acusado, foi *Marcos Valério*, através da SMP&B Comunicação, quem se encarregou de efetuar os pagamentos dos colaboradores da campanha do acusado *Eduardo Azeredo*, utilizando-se, para tanto, de **mecanismos típicos do crime de lavagem de dinheiro**, tais como:

a) **obtenção de empréstimos fictícios junto ao Banco Rural**, para simular que os recursos empregados na campanha tinham origem nesses empréstimos, e não nos crimes contra a administração pública;

b) **pagamentos vultosos em espécie**, para **ocultar** a **origem e destinação dos recursos públicos utilizados na campanha**;

c) **transferências entre empresas ligadas aos próprios acusados** (*Marcos Valério*, *Cristiano Paz*, *Ramon Hollerbach*, *Clésio Andrade*, *Walfrido dos Mares Guia*), como meio de **embaralhar recursos de origem lícita com recursos de origem ilícita** (os crimes de peculato contra as estatais mineiras);

d) **cheques emitidos pela SMP&B e nominais à própria empresa**, tendo por beneficiários os **prestadores de serviços para a campanha de Eduardo Azeredo**, visando a impedir sua **identificação** e a persecução dos crimes antecedentes de **peculato**.

Note-se, por outro lado, que, segundo alguns trechos já citados da denúncia, baseados no **Relatório Final da CPMI "dos Correios"**, *Eduardo Azeredo* **mantinha relacionamento constante e habitual** com **Marcos Valério, Cristiano Paz e mesmo com a empresa SMP&B**, o que não foi negado **nem mesmo pelo acusado**, que em depoimento afirmou que já conhecia *Marcos Valério* antes dos fatos narrados na denúncia. As **ligações telefônicas rastreadas no bojo do chamado "Caso Mensalão" trazem mais um indício contra o acusado**:

constatou-se a existência de **72 (setenta e duas) ligações** feitas a partir do telefone celular registrado em nome de **Marcos Valério Fernandes de Souza para o telefone do acusado Eduardo Azeredo**, **12 chamadas** a partir de linhas telefônicas cadastradas em nome da **SMP&B Comunicação Ltda. também para o acusado Eduardo Azeredo** e outras **três ligações a partir de telefones da DNA Propaganda Ltda.**, **tendo como destino** o terminal de **telefone celular cujo titular era o acusado Eduardo Brandão de Azeredo** (v. Relatório de Análise 006/2007 – fl. 6154, vol. 28).

Além disso, por **diversas vezes**, **Marcos Valério** foi visto em **reuniões no Comitê de Campanha de Eduardo Azeredo**.

Acontece que não havia qualquer razão objetiva que justificasse a **presença constante de Marcos Valério nas reuniões do comitê eleitoral**, já que as suas empresas não eram responsáveis pela publicidade da campanha de reeleição de **Eduardo Azeredo**. Tampouco havia uma justificativa legal minimamente plausível para **os vultosos aportes de recursos repassados** pela SMP&B e pela DNA Propaganda **para a campanha**, dinheiro este de origem **aparentemente ilícita – crimes de peculato**.

A "colaboração" da **SMP&B e da DNA Propaganda**, nos moldes e no contexto em que ocorreu, **reforça a acusação dirigida contra Eduardo Azeredo**, de que se beneficiou durante a campanha, das atividades de lavagem de dinheiro de que seriam *experts Marcos Valério* e suas empresas e associados.

Este dado, portanto, referente à **constante participação de Marcos Valério nas reuniões do Comitê Eleitoral**, algumas das quais eram **presididas pelo próprio Eduardo Azeredo**, e da participação da SMP&B Comunicação e da DNA Propaganda nas **transferências de recursos para a campanha de reeleição do acusado**, constitui início da prática do crime de **lavagem de dinheiro**, de que o acusado foi o principal beneficiário.

Com efeito, o Procurador-Geral da República assim narrou o suposto **"esquema" de lavagem de dinheiro** colocado em prática para viabilizar a utilização de dinheiro público na campanha de reeleição do acusado *Eduardo Azeredo*, obtido, em tese, por meio de **crimes de peculato** (fl. 5988, vol. 27):

> (...)
> Esse esquema consistia nas seguintes etapas:
> a) uma das **empresas** de **Marcos Valério, Clésio Andrade, Cristiano Paz e Ramon Hollerbach** obtinha um **empréstimo fictício** em uma instituição financeira;
> b) o empréstimo obtido tinha **dupla finalidade**:
> b.1) **ser investido na campanha eleitoral de** *Eduardo Azeredo* e *Clésio Andrade*; e
> b.2) **remunerar** *Marcos Valério*, *Clésio Andrade*, *Cristiano Paz* e *Ramon Hollerbach* **pelos serviços criminosos prestados**;
> e, por fim,
> c) **recursos públicos** ou valores advindos de empresas privadas com interesses econômicos perante o Estado de Minas Gerais **eram empregados para quitar o empréstimo**.

(...)

No caso da **Copasa**, como comprova o Laudo de Exame Econômico-Financeiro n. 1998/2006-INC, o valor de **um milhão e quinhentos mil reais** foi empregado **exatamente como descrito acima** e será narrado a seguir.

Em **28 de julho de 1998**, a empresa **SMP&B Comunicação** formaliza **empréstimo bancário no Banco Rural**, no montante de **R$ 2.300.000,00**. Os devedores solidários eram **Clésio Andrade, Marcos Valério, Ramon Hollerbach e Cristiano Paz**. Eis o quadro do empréstimo extraído do Laudo Pericial 1998 (fl. 30, apenso 33):

Quadro 25 – Contrato de mútuo n. 96.001136-3 (item 20 do Quadro 02)

Credor:	Banco Rural S.A., CNPJ 33.124.959/0001-98
Devedor:	SMP&B Comunicação Ltda., CNPJ 01.322.078/0001-95
Intervenientes garantidores e devedores solidários:	**Clésio Soares de Andrade**, CPF 154.444.906-25 **Marcos Valério Fernandes de Souza**, CPF 403.760.956-87 **Ramon Hollerbach Cardoso,** CPF 143.322.216-72 **Cristiano de Mello Paz**, CPF 129.449.476-72
Valor principal da operação	R$ 2.300.000,00
Valor líquido creditado:	R$ 2.278.796,36
Data da operação:	28/07/98
Garantias:	– **Nota promissória emitida pelo devedor e aval dos intervenientes e devedores solidários** em favor do credor, com vencimento à vista, no valor de R$ 2.990.000,00 – **Caução de duplicatas sacadas contra a Telesp** no valor de R$ 2.830.000,00
Data do vencimento:	06/08/98

(...)

O empréstimo em exame foi tomado pela SMP&B Comunicação para **financiar a campanha eleitoral de Eduardo Azeredo** e *Clésio Andrade*, **conforme admitiram Cláudio Mourão, Marcos Valério, Cristiano Paz e Ramon Hollerbach**. (...)

O montante líquido de R$ 2.278.796,36 foi transferido em **28 de julho de 1998** e teve a seguinte **destinação**, como revela o Laudo Pericial 1998 (fl. 30, apenso 33):

> 97. (...) nos dias subsequentes à liberação dos recursos, **foram realizados débitos** que totalizaram **R$ 2.278.796,53**, diferença apenas nos **centavos** do valor líquido disponibilizado, para os seguintes beneficiários:

Quadro 26 – Débitos ocorridos na conta n. 06.002289-9 entre 28/07 e 30/07/98

DATA	HISTÓRICO	VALOR (R$)	FAVORECIDO
28/07/98	Cheque	350.000,00	**Saque em espécie**
28/07/98	Cheque Pagto. Obg.	375.750,00	Alcides Guerreiro
29/07/98	Cheque	1.196.002,53	**Saque em espécie**

29/07/98	Cheque Pagto. Obg.	26.761,00	**Renilda Maria Santiago F. de Souza**
29/07/98	Cheque Pagto. Obg.	26.761,00	**Ramon Hollerbach Cardoso**
29/07/98	Cheque Pagto. Obg.	26.761,00	**Cristiano de Mello Paz**
30/07/98	Cheque	26.761,00	**Saque em espécie**
30/07/98	Cheque	250.000,00	**Saque em espécie**
TOTAL		2.278.796,53	

(...)

Analisando a lista de destinatários, restam claras as **remunerações** recebidas por **Marcos Valério** (Renilda Santiago), **Ramon Hollerbach** e **Cristiano Paz**, **pela operação de lavagem de capitais**. Cada um deles recebeu o montante de **R$ 26.761,00**.

O **outro valor de R$ 26.761,00**, a cuja **identificação** o **Banco Rural não procedeu**, provavelmente foi para **Clésio Andrade ou, até mesmo, Rogério Tolentino**, que, como destaca o Laudo Pericial 1998, costuma ser remunerado nessas circunstâncias diretamente ou por meio de sua esposa Vera Tolentino, situação que reforça seu vínculo com a quadrilha descrita na denúncia ofertada no Inquérito n. 2245.

Naquele período, Rogério Tolentino ocupava o **estratégico cargo de Juiz Eleitoral do Tribunal Regional Eleitoral do Estado de Minas Gerais**. Em razão da função desempenhada, e dentro da associação estável já existente com o grupo de *Marcos Valério*, do qual fazia parte, era **sistematicamente remunerado**, **como demonstrou investigação financeira desenvolvida**. (O fato em exame será objeto de apuração na primeira instância).

Importante consignar que **nenhuma empresa toma empréstimo para distribuir lucros**. As transferências para *Cristiano Paz*, *Ramon Hollerbach* e *Marcos Valério* (Renilda Souza) eram as **contraprestações pelos serviços prestados**.

(...)

O **numerário restante**, ou seja, **valor líquido** menos remuneração pela lavagem de dinheiro, foi **repassado para a campanha eleitoral de 1998** de **Eduardo Azeredo** e *Clésio Andrade*. Para **obstruir o rastreamento**, a forma de **entrega** foi **em espécie** (...).

(...)

O empréstimo tinha como data de **vencimento 06 de agosto de 1998**. Sua **liquidação** verificou-se em 07 de agosto de 1998, com recursos oriundos de **novo empréstimo bancário obtido pela SMP&B Comunicação junto ao Banco Rural**:

Quadro 27 – Contrato de mútuo n. 96.001137-1 (item 21 do Quadro 02)

Credor:	**Banco Rural** S.A., CNPJ 33.124.959/0001-98
Devedor:	**SMP&B Comunicação Ltda.,** CNPJ 01.322.078/0001-95
Intervenientes garantidores e devedores solidários	– **Clésio Soares Andrade**, CPF 154.444.906-25 – **Marcos Valério Fernandes de Souza**, CPF 403.760.956-87 – **Cristiano de Mello Paz**, CPF 129.449.476-72 – **Ramon Hollerbach Cardoso**, CPF 143.322.216-72

Valor principal:	**R$ 2.300.000,00**
Valor líquido creditado:	R$ 2.259.948,68
Data da operação:	07/08/98
Garantias:	– **Nota Promissória emitida pelo devedor e aval dos intervenientes garantidores e devedores solidários** em favor do credor, com vencimento à vista, no valor de R$ 2.990.000,00 – Caução de **duplicatas sacadas contra a Telesp** no valor de R$ 2.454.563,00 **e contra a Copasa, no valor de R$ 1.500.000,00**
Garantias:	– **Nota Promissória emitida pelo devedor e aval dos intervenientes garantidores e devedores solidários** em favor do credor, com vencimento à vista, no valor de R$ 2.990.000,00 – Caução de **duplicatas sacadas contra a Telesp** no valor de R$ 2.454.563,00 **e contra a Copasa, no valor de R$ 1.500.000,00**
Data do vencimento:	24/08/98

O **empréstimo n. 96.001137-1** é uma das principais peças para **desvendar toda a estrutura criminosa montada pelos denunciados**.

Com efeito, **referido empréstimo** foi **obtido na mesma data dos ofícios assinados por Eduardo Guedes para Copasa e Comig**. **Data que**, por sua vez, **coincide** com as **notas fiscais emitidas pela SMP&B Publicidade** contra a Copasa e a *Comig*.

O **crédito indicado na nota fiscal**, no caso da **Copasa**, foi **uma das garantias do empréstimo n. 96.001137-1!**

Eduardo Azeredo, *Cláudio Mourão*, *Walfrido dos Mares Guia* e *Clésio Andrade* (este último novamente figurou como devedor solidário) **já tinham arquitetado o esquema pelo menos desde 28 de julho de 1998**, **data do primeiro empréstimo**. Assim, **em 07 de agosto de 1998, colocaram em prática a etapa do plano que compreendia o desvio de verbas públicas**.

Eduardo Azeredo, *Cláudio Mourão* e *Walfrido dos Mares Guia*, com o envolvimento doloso de *Eduardo Guedes*, *Ruy Lage* e *Fernando Moreira* (no caso da **Copasa**), **entregaram um milhão e quinhentos mil reais para Cristiano Paz, Ramon Hollerbach, Marcos Valério e Clésio Andrade** como forma de **completar o ciclo dos crimes de peculato e lavagem de ativos**.

O valor de **um milhão e quinhentos mil reais repassados da Copasa para a SMP&B Comunicação**, no dia **24 de agosto de 1998**, foi **utilizado na mesma data** (!) para **quitar o empréstimo n. 96.001137-1**.

(...)

A conclusão é que **um milhão e quinhentos mil reais da Copasa** foram investidos na **campanha eleitoral de** *Eduardo Azeredo* e *Clésio Andrade* (**peculato**), **percorrendo, todavia, caminho transverso** (**lavagem**).

A **outra parte do empréstimo** foi **quitada** com **recursos provenientes da empresa DNA Propaganda, originados**, por sua vez, do **contrato de mútuo n. 06.002241-4**, firmado entre a **DNA Propaganda e o Banco Rural**, cujo **objetivo também era financiar a campanha eleitoral de Eduardo Azeredo** e *Clésio Andrade*.

(...)

A **Comig transferiu para a SMP&B Comunicação um milhão e quinhentos mil reais** da seguinte forma:

a) **um milhão** de reais no dia **25 de agosto de 1998**; e

b) **quinhentos mil** reais em **04 de setembro de 1998**.

O **montante**, que foi **repassado para a campanha eleitoral de 1998**, percorreu **dois caminhos**.

No próprio dia 25 de agosto de 1998, houve um **saque em espécie** de **oitocentos mil reais** para financiar a **disputa eleitoral**.

É fato **provado na investigação** em tela, **à semelhança do que ocorreu no Inquérito n. 2245**, que o grupo comandado por *Marcos Valério* utilizava o expediente de efetuar **saques em espécie para inviabilizar a descoberta dos reais beneficiários**.

(...)

Essa prática contava com o indispensável **auxílio do Banco Rural**, como destaca com precisão o **Laudo Pericial 1998** (fls. 62/63, apenso 33):

> "212. A **inexistência de escrituração contábil** com um **grau mínimo** de **confiabilidade** e **até mesmo** a **não apresentação da escrituração de algumas das empresas** dificultaram e muitas vezes **impossibilitaram a identificação dos fatos ocorridos no âmbito das empresas**. Destacam-se as **operações em espécie feitas pelas empresas do grupo**, que apresentam **características atípicas**.
>
> 213. Nesse fluxo, **empresas do grupo emitiram grande número de cheques**, **nominais aos próprios emitentes**, e **realizaram saques e depósitos em espécie**. [Observo eu: todo este *modus operandi* é **idêntico** ao que se viu no Inq 2245, atual AP 470.]
>
> 214. Em se tratando de saques, a **DNA Propaganda e a SMP&B Comunicação indicavam os beneficiários**, quando se tratava de **valores de pequena monta**, porém, não o fazia em relação aos de **maior valor**. Nesse caso, de acordo com **os documentos** analisados, **o campo que deveria identificar os beneficiários traz descrições genéricas** do tipo: os recursos destinam-se a **pagamentos de "diversos compromissos" de nossa responsabilidade** ou pagamento de **"fornecedores"**.
>
> 215. Em relação aos **depósitos**, foram identificados **procedimentos semelhantes**, sendo que, para a justificativa para os depósitos **mais expressivos**, foram usadas expressões do tipo **recebimentos de "fornecedores"**, **o que foi acatado pelo Banco Rural**.
>
> (...)
>
> 217. Com base na movimentação financeira, destacam-se, nas empresas SMP&B Comunicação e DNA Propaganda, **saques e depósitos em espécie**, **sem identificação de origem**, os valores movimentados **acima de R$ 100.000,00** (cem mil reais)."

Especificamente **no período eleitoral de 1998**, os **elementos de convicção apontam** que **a gestão financeira da campanha, especialmente**, **costumava receber valores em espécie** de *Marcos Valério*.

Assim, **pode-se afirmar, à luz das provas colhidas**, que os **oitocentos mil reais sacados em espécie** no dia 25 de agosto de 1998, **foram entregues para a campanha eleitoral** dos candidatos **Eduardo Azeredo** e *Clésio Andrade*.

O restante foi misturado (...) **com dois empréstimos de três milhões de reais cada um**.

Por fim, **após a manobra fraudulenta acima**, **os valores foram transferidos para utilização na campanha eleitoral**.

(...)

A engenharia financeira foi assim descrita no **Laudo Pericial 1998** (fls. 18/20, apenso 33):

Quadro 10 – Contrato de mútuo n. 072979-93 (item 6 do Quadro 02)

Credor:	Banco Cidade S.A., CNPJ 61.377.677/0001-38
Devedor:	DNA Propaganda Ltda., CNPJ 17.397.076/0001-03
Avalistas:	– Marcos Valério Fernandes de Souza, CPF 403.760.956-87 – Francisco Marcos Castilho Santos, CPF 098.486.226-91
Valor principal:	**R$ 3.000.000,00**
Data da operação:	**03/09/98**
Garantias:	– **Nota Promissória emitida pelo devedor** em favor do credor, com vencimento à vista, no valor de R$ 4.500.000,00 – Duplicatas de venda mercantil ou outra espécie de título no valor de 100% do valor principal, **a serem entregues** em caução, para cobrança por meio do banco
Data do vencimento	**05/10/98**

Quadro 11 – Contrato de mútuo n. 072980-27 (item 7 do Quadro 02

Credor:	Banco Cidade S.A., CNPJ 61.377.677/0001-38
Devedor:	DNA Propaganda Ltda., CNPJ 17.397.076/0001-03
Avalistas:	– Marcos Valério Fernandes de Souza, CPF 403.760.956-87 – Francisco Marcos Castilho Santos, CPF 098.486.226-91
Valor principal:	**R$ 3.000.000,00**
Data da operação:	**03/09/98**
Garantias:	– **Nota promissória emitida pelo devedor** em favor do credor, com vencimento à vista, no valor de R$ 4.500.000,00 – Duplicatas de venda mercantil ou outra espécie de título no valor de 100% do valor do principal, **a serem entregues** em caução, para cobrança por meio do Banco
Data do vencimento	**03/11/98**

"53. Em relação aos Quadros 10 e 11, **os valores foram movimentados conjuntamente**. Para o contrato n. 072979-93, foi aberta, em **03/09/98**, a conta 072979-93, agência 071, Banco Cidade S.A., de titularidade de **DNA Propaganda**, com limite de crédito de R$ 3.000.000,00. Para o contrato n. 072980-27, foi aberta em **03/09/98**, a conta de n. 072980-27, agência 071,

Banco Cidade S.A., de titularidade de **DNA Propaganda**, também com limite de crédito R$ 3.000.000,00.

54. **Nessa data**, essas contas foram **debitadas em R$ 2.800.000,00 cada**, e **emitido** um **cheque** ordem de pagamento do Banco Cidade S.A., **em favor da DNA Propaganda, no valor de R$ 5.600.000,00**.

55. O referido cheque foi **depositado em 03/09/98 em favor da DNA Propaganda**, na conta corrente n. **06.002241-4**, agência 009, **Banco Rural**, que apresentava saldo de R$ 725,84. **Nessa data**, houve **transferência do valor integral (R$ 5.600.000,00) para a SMP&B Comunicação**, conta corrente n. **06.002289-9**, agência 009, **Banco Rural**, quando teve a seguinte **destinação**:

I – **cobertura de saldo negativo da conta corrente** n. **06.002289-9**, (...) **devedora de R$ 186.776,67** em razão de **débito em cheque compensado no valor de R$ 200.000,00, em 02/09/98**, tendo como **beneficiário** a conta n. 27103769, agência n. 001, Banco Mercantil do Brasil S.A., titularidade de **Tora Transportes Industriais Ltda.**;

II – o **saldo remanescente** (...) e o **depósito** de **R$ 500.000,00**, efetuado em 04/09/98, oriundo da **Comig**, permitiram efetuar os **débitos relacionados no quadro a seguir**:

Item	Data	Valor (R$)	Favorecido
1	**03/09/98**	**16.000,00**	**Saque em espécie**
2	**03/09/98**	**13.000,00**	**Saque em espécie**
3	**03/09/98**	**28.330,35**	**Não identificado**
4	**04/09/98**	**19.668,22**	**Não identificado**
(...)			
6	**04/09/98**	**15.000,00**	**Otimar Ferreira Bicalho**
7	**04/09/98**	**15.000,00**	**Otimar Ferreira Bicalho**
8	**04/09/98**	**15.000,00**	**Otimar Ferreira Bicalho**
9	**04/09/98**	**15.000,00**	**Otimar Ferreira Bicalho**
10	**04/09/98**	**15.000,00**	**Otimar Ferreira Bicalho**
11	**04/09/98**	**10.000,00**	**Otimar Ferreira Bicalho**
(...)			
14	**04/09/98**	**52.750,00**	**Não identificado**
15	**04/09/98**	**14.000,00**	**Não informado**
(...)			
17	**04/09/98**	**75.000,00**	**Aristides França Neto**
18	**04/09/98**	**150.000,00**	**Saque em espécie**
19	**04/09/98**	**20.000,00**	**Cláudio Mourão**
(...)			
21	**04/09/98**	**15.000,00**	**Patrícia Ferreira Tavares**
22	**04/09/98**	**10.000,00**	**Guilherme Perpétuo Marques**
23	**08/09/98**	**285.000,00**	**SMP&B Comunicação**
24	**08/09/98**	**10.000,00**	**Saque em espécie**
(...)			
27	**08/09/98**	**41.000,00**	**Não identificado**
28	**08/09/98**	**139.350,00**	**Marcos Valério Fernandes de Souza**

(...)			
30	**08/09/98**	**50.000,00**	**Não informado**
31	**08/09/98**	**30.000,00**	**Wagner do Nascimento Júnior**
32	**08/09/98**	**14.074,05**	**Saque em espécie**
33	**08/09/98**	**56.750,00**	**Não identificado**
34	**09/09/98**	**25.000,00**	**Saque em espécie**
35	**09/09/98**	**25.000,00**	**Não informado**
36	**09/09/98**	**40.000,00**	**Saque em espécie**
37	**09/09/98**	**20.000,00**	**Saque em espécie**
(...)			
40	**09/09/98**	**12.350,00**	**Alexandre Rogério M. da Silva**
41	**09/09/98**	**68.400,00**	**Saque em espécie**
42	**09/09/98**	**20.000,00**	**Não informado**
43	**09/09/98**	**1.200.000,00**	**Saque em espécie**
44	**09/09/98**	**203.000,00**	**Saque em espécie**
45	**09/09/98**	**30.000,00**	**Paulo Cury**
46	**09/09/98**	**85.000,00**	**Saque em espécie**
(...)			
48	**09/09/98**	**527.500,00**	**DNA Propaganda**
49	**09/09/98**	**112.000,00**	**Roberto de Queiroz Gontijo**
50	**09/09/98**	**26.000,00**	**Sérgio Reis Produções Artísticas**
51	**09/09/98**	**20.000,00**	**Leonardo Pinho Lara**
52	**09/09/98**	**56.533,00**	**Alfeu Queiroga de Aguiar**

(...) **analisando a lista de beneficiários**, **há provas** apontando que os **recursos** foram **investidos na campanha de reeleição de Eduardo Azeredo**.

Cláudio Mourão, por exemplo, foi beneficiado com **vinte mil reais** (item 19 do quadro acima).

Além dele, podem ser apontados os seguintes beneficiários: **Alfeu Queiroga Aguiar** (item 52 do quadro acima – fls. 1999/2001); **Patrícia Ferreira Tavares** (item 21 – fls. 2203/2205); **Leonardo Pinho Lara** (item 51 – fls. 2211/2213); **Roberto Queiroz Gontijo** (item 49 – fls. 2217/2219); **Paulo Cury** (item 45 – fls. 2281/2282); **Wagner do Nascimento Júnior** (item 31 – fls. 2290/2292); **Guilherme Perpétuo Marques** (item 22 – fls. 4891/4892); **Alexandre Rogério Martins da Silva** (item 40, fls. 4896/4897) e **Otimar Ferreira Bicalho** (itens 6/11 – fls. 4911/4912).

Sobre os empréstimos que **Marcos Valério afirmou ter contraído** para destinar à **campanha de reeleição de Eduardo Azeredo em 1998**, há uma primeira informação que precisa ser recordada: eles foram **quitados de modo extremamente suspeito**, **gerando justa causa à acusação** de que **tais contratos foram meras simulações, forjadas para viabilizar** a aplicação de recursos públicos na campanha do acusado. Foram tomados **inúmeros empréstimos** deste gênero, ou seja, com aparência de **fraude**, sempre utilizando os recursos do contrato seguinte para quitar o mútuo anterior, ou seja: sempre postergando a suposta dívida. Além disso, **depósitos milionários** foram feitos **mais uma vez sem identificação alguma da origem**.

Com efeito, o Laudo Pericial 1.998 (apenso 33) revelou a existência dos seguintes **procedimentos, típicos do crime de lavagem de dinheiro**:

> 57. Com previsão de **vencimento em 05/10/1998**, o contrato de abertura de crédito n. 072979-93 foi liquidado com a realização das seguintes operações, na conta de n. 072979-93:
>
> I – em **13/11/98**, **depósito de cheque** no valor de **R$ 500.000,00**, oriundo da conta **06.002241-4**, agência 009, **Banco Rural**, titularidade da **DNA Propaganda**.
>
> Na conta **06.002241-4,** o **débito desse cheque foi suportado por depósito em cheque**, no valor de **R$ 500.000,00**, **sem identificação de origem**, **ocorrido em 13/11/98**;
>
> II – **depósitos em espécie**, **sem identificação de origem**, ocorridos no período de **19/11/98 a 30/12/98**, totalizando R$ 2.371.700,00;
>
> III – em **30/12/98**, crédito de R$ 974.189,87, **proveniente de débito da conta 120819-13**, agência 9, Banco Cidade S.A., **titularidade de DNA Propaganda** que, por sua vez, **originou-se do contrato de abertura de crédito rotativo n. 073137-86, de 30/12/98, analisado a partir do Quadro 13**.
>
> 58. Em relação ao **vencimento do contrato de abertura de crédito n. 072980-27** (Quadro 11), previsto para **03/11/98**, foi efetivamente **liquidado**, em **30/12/98**, com parcela de R$ 3.329.303,49, proveniente de **débito da conta 120819-13, agência 9, Banco Cidade S.A., titularidade de DNA Propaganda**, que, por sua vez, **também se originou do contrato de abertura de crédito rotativo n. 073137-86, de 30/12/98**.

Senhores Ministros, alguns desses dados merecem a atenção de Vossas Excelências.

Em primeiro lugar, as quitações dos **dois empréstimos** tomados para financiamento da campanha de *Eduardo Azeredo* se deram, **invariavelmente, depois do vencimento dos mesmos** (que ocorriam em outubro e novembro de 1998). Contudo, nos dois casos, **o pagamento foi efetuado no penúltimo dia do Governo do acusado, em 30 de dezembro de 1998**.

Além do mais, as **transações financeiras** que permitiram a quitação dos empréstimos **foram realizadas de modo a não identificar os responsáveis pelos pagamentos**, através de **depósitos em espécie e empréstimos tomados junto ao Banco Rural, empréstimos esses que jamais foram saldados em sua integralidade, como já visto.**

A esse respeito, *Marcos Valério* esclareceu o seguinte (fls. 1766/1770, vol. 9):

> *que* **obteve junto ao Banco Rural dois empréstimos cujos recursos seriam destinados à campanha de reeleição do então Governador Eduardo Brandão de Azeredo**; *que* o primeiro empréstimo foi tomado no **início do segundo semestre de 1998** no valor de R$ 2 milhões; *que* ofereceu como garantia desse empréstimo o **aval dos próprios sócios da SMP&B Comunicação Ltda., Senhores Cristiano Paz e Ramon Cardoso**; (...) *que* **repassou os R$ 2 milhões obtidos no empréstimo para o tesoureiro da campanha, Cláudio Mourão**; *que* **não se recorda se repassou tais valores em espécie ou efetuou pagamentos para fornecedores da campanha**; *que* **Mourão ia na sede da SMP&B Comunicação para receber os recursos**; *que* resolveu ajudar a campanha de reeleição ao Governo do Estado, do

> agora Senador *Eduardo Azeredo*, devido à **amizade que nutria com o candidato a Vice, o Sr. Clésio Andrade**; *que* **Clésio Andrade foi sócio da SMP&B**; que **quitou esse primeiro empréstimo doado para a campanha de Eduardo Azeredo, no ano de 1998**, **com R$ 1 milhão de reais repassados por Cláudio Mourão** e mais **R$ 1 milhão retirado do segundo empréstimo obtido no Banco Rural**, no valor de R$ 9 milhões; *que Cláudio Mourão* entregou esse R$ 1 milhão em dinheiro na sede da SMP&B; *que* **aproximadamente 1 mês após o primeiro empréstimo, obteve um novo empréstimo no Banco Rural, no valor de R$ 9 milhões**; *que* **este empréstimo de R$ 9 milhões foi também destinado à campanha do Senador Eduardo Azeredo, tendo descontado R$ 1 milhão para quitação do primeiro empréstimo**, de R$ 2 milhões; *que* **repassou tais recursos para a campanha de forma parcelada**, conforme a orientação de *Cláudio Mourão*; *que*, pelo que se recorda, **efetuou 79 transferências para pessoas envolvidas na campanha**, conforme relação constante dos autos; *que* **deste segundo empréstimo destinou R$ 4,5 milhões para pagamento do publicitário de Duda Mendonça**; *que* **estes R$ 4,5 milhões foram repassados a Cláudio Mourão através de vários cheques nominais à SMP&B e endossados pelo declarante ou alguns de seus sócios**; (...) *que* realizou 05 amortizações do empréstimo de R$ 9 milhões, **tendo rolado a dívida até o ano de 2003**; *que*, ao final, fez um acordo na Justiça para pagamento do saldo devedor deste empréstimo, que **alcançava o valor de aproximadamente R$ 13 milhões**; *que*, **por este acordo**, pagou **R$ 2 milhões em dinheiro**, mais serviços prestados ao Banco Rural através da SMP&B Comunicação; (...).

Examinem-se algumas informações importantes que podem ser extraídas desse depoimento de Marcos Valério:

1) *Marcos Valério* informou ter **doado** à campanha o valor dos empréstimos, que totalizou **R$ 11 milhões**;

2) **o pagamento de Duda Mendonça, no valor de R$ 4,5 milhões, foi feito pela SMP&B, através de Cláudio Mourão**, conforme depoimentos constantes dos autos, já anteriormente transcritos;

3) o indício de que os empréstimos foram simulados e que, em verdade, foram contraídos em suposto conluio com o Banco Rural apenas para o fim de viabilizar a **lavagem de dinheiro** (no caso dos autos, o total de R$ 3,5 milhões obtidos em detrimento da *Copasa*, da *Comig* e do *Bemge*) reside no fato de ter sido celebrado um **acordo**, pelo qual a SMP&B Comunicação **pagou ao Banco Rural apenas R$ 2 milhões de reais**, **ao invés de R$ 13.900.000,00, que era o montante real do saldo devedor**. Foi o que afirmou o próprio envolvido **Marcos Valério no último trecho de seu depoimento, acima transcrito**.

Como assinalei anteriormente, o Banco Rural foi investigado pelo *Bacen* em razão de várias **irregularidades administrativas praticadas, em tese, pela sua direção**. Os dirigentes **Kátia Rabelo e José Roberto Salgado foram, inclusive, inabilitados**, pelo período de **8 (oito) anos**, para o exercício de **cargos de direção na administração ou gerência** de quaisquer instituições financeiras fiscalizadas pelo *Bacen*. É um indício de que, no caso dos autos, foram supostamente praticados **ilícitos semelhantes aos ocorridos, em tese, no caso "Mensalão"**.

Para tornar **ainda mais complexa a engenharia financeira** que permitiria a **lavagem de dinheiro, inúmeros outros empréstimos teoricamente fictícios foram obtidos por Marcos Valério**, de modo a **pulverizar os empréstimos e impedir que se descobrisse que eram, em tese, apenas uma fraude**, cujo fim era **possibilitar a utilização dos recursos públicos na campanha de Eduardo Azeredo**, como se tais recursos fossem das empresas de *Marcos Valério*, obtidos junto ao Banco Rural. Com isso, **não seria possível**, como não o foi durante muitos anos, **vincular o dinheiro utilizado na campanha aos crimes antecedentes contra a administração pública em tese cometidos**.

Nesse sentido, por exemplo, o **empréstimo 06.002289-9**, celebrado entre a **SMP&B Comunicação Ltda. e o Banco Rural**, foi **renovado várias vezes**. Uma das renovações ocorreu **em 29-9-1998, com vencimento previsto para o dia 09-11-1998**, no valor de **R$ 7.000.000,00** (v. apenso 33, fl. 6, alínea **x**, do Laudo Pericial 1.998). Consta o seguinte a respeito desse empréstimo no já referido laudo, produzido pelo Instituto Nacional de Criminalística durante as investigações (fls. 34/39, apenso 33):

Quadro 31 – Contrato de mútuo n. 06.002289-9 (item 23 do Quadro 02)

Credor	**Banco Rural S.A., CNPJ 33.124.959/00001-98**
Devedor	**SMP&B Comunicação Ltda., CNPJ 01.322.078/0001-95**
Intervenientes garantidores e devedores solidários:	**– Cristiano de Mello Paz, CPF 129.449.476-72** **– Marcos Valério Fernandes de Souza, CPF 403.760.956-87** **– Ramon Hollerbach Cardoso, CPF 143.322.216-78**
Valor principal:	**R$ 7.000.000,00**
Valor líquido creditado:	**R$ 6.545.296,47**
Data da operação:	**29/09/98**
Garantias	**– Nota Promissória emitida pelo devedor e aval dos intervenientes garantidores e devedores solidários** em favor do credor, com vencimento à vista, no valor de R$ 9.100.000,00 **Obs.: Empréstimo não aprovado pelo comitê de crédito, por ter como garantia apenas nota promissória**
Data do vencimento	**09/11/98**

112. O valor líquido de R$ 6.545.296,47 do contrato de mútuo em análise **foi creditado em 29/09/98, na conta corrente n. 06.002289-9, agência 009, Banco Rural**, de titularidade **da SMP&B Comunicação**, quando **apresentava saldo negativo de R$ 162.252,98 [Obs.: a mesma conta do patrocínio]**.

113. Ressalta-se que, **em 28/09/98, ocorreram autorizações da SMP&B Comunicação ao Banco Rural, para a realização de transferências e de créditos via DOC's em favor de diversas pessoas físicas**. **Tais transferências financeiras resultaram em saldo devedor na conta**, nessa data.

114. Em razão desse empréstimo, **a conta suportou diversos débitos até o dia 05/10/98, quando ocorreu crédito no valor de R$ 1.000.000,00, proveniente de cheque da empresa A.R.G. Ltda**.

115. Diante do exposto, apresentam-se, a seguir, **débitos ocorridos na conta, no período de 28/09/98 a 07/10/98**, provenientes de recursos do contrato de mútuo e da A.R.G. Ltda.:

Quadro 32 – Débitos ocorridos na conta 06.002289-9 entre 28/09/98 e 07/10/98

Data	Valor (R$)	Favorecido
28/09/98	30.000,00	**Geraldo Magno**
28/09/98	**22.500,00**	**Ramon Hollerbach Cardoso**
28/09/98	30.000,00	Luciano Claret Gonçalves
28/09/98	15.000,00	**José Pinto Resende Filho**
28/09/98	10.000,00	**Rui Resende**
28/09/98	25.000,00	**Alfeu Queiroga de Aguiar**
28/09/98	25.000,00	Cláudio Pereira
28/09/98	100.000,00	**Romel Anízio Jorge**
28/09/98	30.000,00	**Wagner do Nascimento Júnior**
28/09/98	25.000,00	**Alfeu Queiroga de Aguiar**
28/09/98	**50.000,00**	**Luís Flávio Vilela Mesquita (Roberto Árabe)**
28/09/98	53.025,00	**Jaldo Retes Dolabela**
28/09/98	25.000,00	**Gilberto Wagner Martins A. Pereira**
28/09/98	**50.000,00**	**Afonso Celso Dias**
28/09/98	20.000,00	**Ivone de Oliveira Loureiro**
28/09/98	20.000,00	**Edson Brauner da Silva**
28/09/98	40.000,00	Cantídio Cotta de Figueiredo
28/09/98	**50.000,00**	**Paulo Abi Ackel**
29/09/98	15.000,00	Minas Verde
29/09/98	28.700,00	LM&C Asses. de Comunicação Ltda.
29/09/98	**42.286,00**	**Graffar Editora Gráfica Ltda.**
29/09/98	**35.370,00**	**Graffar Editora Gráfica Ltda.**
(...)		
29/09/98	**420.000,00**	**Valter Eustáquio C. Gonçalves**
29/09/98	**500.000,00**	**Não identificado**
(...)		
29/09/98	**56.650,00**	**Não identificado**
29/09/98	**16.650,00**	**Não identificado**

29/09/98	12.350,00	**Alexandre Rogério M. da Silva**
(...)		
29/09/98	30.000,00	**Cibele Teixeira do Rosário de Azevedo**
(...)		
29/09/98	**560.480,00**	**Sertec Serv. Gerais Ltda.**
29/09/98	35.000,00	**Carlos Welth Pimenta Figueiredo**
(...)		
30/09/98	133.000,00	Inst. João A de Andrade Ltda.
(...)		
30/09/98	**205.000,00**	**Aristides França Neto**
(...)		
30/09/98	**100.000,00**	**Não informado**
30/09/98	**66.000,00**	**Não identificado**
(...)		
30/09/98	**653.566,20**	**José Vicente Fonseca**
(...)		
01/10/98	**17.000,00**	**Rogério Lanza Tolentino**
(...)		
01/10/98	10.000,00	**Não identificado**
01/10/98	**60.000,00**	**Saque em espécie**
01/10/98	**14.000,00**	**Saque em espécie**
01/10/8	**30.000,00**	**Marcos Valério Fernandes de Souza**
01/10/98	**30.000,00**	**Não informado**
(...)		
01/10/98	**607.424,96**	**José Vicente Fonseca**
(...)		
02/10/98	16.000,00	**Saque em espécie**
(...)		
02/10/98	**24.448,31**	**SMP&B Comunicação**
(...)		
02/10/98	27.500,00	Marcos Valério
02/10/98	**80.000,00**	**Saque em espécie**
02/10/98	30.000,00	**Lacir Dias de Andrade Filho**
02/10/98	**133.732,00**	**Graffar Editora Gráfica Ltda.**

02/10/98	30.000,00	**Irani Vieira Barbosa**
(...)		
02/10/98	20.000,00	**Paulo Fernando Soares de Oliveira**
(...)		
02/10/98	10.000,00	**Elma Barbosa de Araújo**
02/10/98	30.000,00	**Inácio Luiz Gomes de Barros**
02/10/98	25.000,00	**Célio de Cássio Moreira**
02/10/98	30.000,00	**Jucelino Franklin Freitas Júnior**
(...)		
02/10/98	10.000,00	**Patrícia Tavares**
(...)		
02/10/98	10.000,00	**Denize G Andrade Carneiro**
02/10/98	15.000,00	**Antonio Carlos Lima Ienaco**
02/10/98	10.000,00	**Rosemburgo Romano Júnior**
02/10/98	50.000,00	**Antônio do Valle Ramos**
02/10/98	30.000,00	Branco Rural S/A
02/10/98	50.000,00	AF&C Eventos Ltda.
05/10/98	12.999,41	**Saque em espécie**
(...)		
05/10/98	27.500,00	**João Batista Soares/Lídia Corrêa Batista**
(...)		
05/10/98	**150.000,00**	**Roberto Queiroz Gontijo**
06/10/98	**24.200,00**	**Graffar Editora Gráfica Ltda.**
(...)		
06/10/98	**139.640,00**	**Não identificado**
06/10/98	10.266,00	Rona Editora Ltda.
06/10/98	**12.945,00**	**Não identificado**
06/10/98	**400.000,00**	**Saque em espécie**
06/10/98	10.500,00	**Não informado**
06/10/98	10.000,00	**Leopoldo José de Oliveira**
(...)		
06/10/98	10.000,00	**Leopoldo José de Oliveira**
(...)		
06/10/98	50.000,00	**Carlos Lindemberg Spínola Castro**

(...)		
07/10/98	**164.000,00**	**Saque em espécie**
07/10/98	27.000,00	**Não identificado**
07/10/98	10.000,00	Maria Mafalda Fautini Silveira
07/10/98	30.000,00	**Leonardo Pinho Lara**
07/10/98	**100.000,00**	**José Vicente Fonseca**
07/10/98	25.000,00	Guilherme Machado Silveira

(...).

Note-se que os recursos públicos foram aparentemente embaralhados com outros **inúmeros empréstimos**, e **não apenas os dois admitidos** por *Marcos Valério* e *Cláudio Mourão*. Assim, **a separação entre os recursos usados na campanha e a sua origem ilícita nos supostos crimes de peculato atingiu tal aperfeiçoamento e complexidade** que até mesmo a **descoberta da ausência de quitação dos empréstimos** – que, por serem fraudulentos, jamais seriam pagos, de acordo com a denúncia – se tornou quase impossível. Além disso, foi possível conferir aparência **lícita** a esses recursos, **simulando-se** que teriam sido fornecidos pela SMP&B Comunicação aos colaboradores da campanha de *Eduardo Azeredo*, através de simples empréstimos bancários obtidos junto ao Banco Rural.

Note-se, igualmente, a **grande quantidade** de:

a) **saques em espécie**;

b) **saques sem identificação de beneficiários**;

c) **saques** em **montantes elevadíssimos**.

Pois bem. Os **indícios** de que os **recursos públicos desviados do Estado de Minas Gerais foram "misturados" com os empréstimos obtidos pela DNA Propaganda** e **aplicados na campanha de Eduardo Azeredo** podem ser extraídos dos **depoimentos de alguns dos beneficiários**, identificados no Laudo Pericial 1998/INC, nos trechos anteriormente citados.

Nesse sentido, vários **políticos, militantes partidários e cabos eleitorais**, que colaboraram na campanha do acusado, confirmaram o recebimento da **contraprestação** pelos serviços que prestaram à campanha de *Azeredo*, mas **supunham** que os recursos eram provenientes do **Comitê de Campanha de Eduardo Azeredo, e não da empresa SMP&B Comunicação**. Vários desses militantes **foram convidados pessoalmente pelo acusado Eduardo Azeredo a colaborar para a sua reeleição**, tendo o então Governador solicitado que prestassem os mais variados serviços, **desde pintura de muros até a organização e produção de comícios no território de Minas Gerais**.

Assim, aparentemente, **esses colaboradores foram remunerados por meio de recursos desviados das estatais mineiras**, tendo a empresa **SMP&B Comunicação servido de intermediária, para dar aparência lícita aos recursos**,

por meio dos **mecanismos de lavagem de dinheiro em tese adotados** (dezenas de empréstimos, aparentemente fraudulentos, tomados junto ao Banco Rural).

Nessa linha, o ex-vereador de **Belo Horizonte, Otimar Ferreira Bicalho** (v. Laudo Pericial 1.998, Quadro 12, itens 6, 7, 8, 9, 10 e 11 – fl. 6001, vol. 27 dos autos) prestou as seguintes declarações à Polícia Federal em Minas Gerais (fls. 4911/4912, vol. 23):

> (...) *que*, em 1982, foi eleito pelo PMDB **vereador do Município de Belo Horizonte/MG**, sendo reeleito em 1988, ainda pelo PMDB, e em 1992, pelo PTB, permanecendo até 1996 como vereador; *que*, **de 1983 a 1985, foi Secretário Municipal** de Ação Comunitária no Governo **Hélio Garcia e Rui Lage**; *que*, **de 1996 a 1998**, assumiu a **diretoria comercial da Cohab a convite do governador Eduardo Azeredo**; *que*, **em agosto de 1998,** recebeu uma **ligação telefônica do governador Eduardo Azeredo**, **solicitando que assumisse o gerenciamento da equipe de pintura** na cidade de **Belo Horizonte**; *que* **se licenciou do cargo e assumiu a coordenação a pedido do candidato à reeleição Eduardo Azeredo**; que já **tinha participado como subcoordenador de campanha de Eduardo Azeredo ao governo do Estado de Minas Gerais em 1994**, juntamente com *Amílcar Martins*; *que* não recebia por seu engajamento na campanha eleitoral de *Eduardo Azeredo* em virtude de **manter vínculo de amizade com o candidato**; *que* **acredita ter recebido cerca de R$ 170.000,00 (cento e setenta mil reais) para fazer pagamentos relacionados a pintura de muro**; (...) *que Cláudio Mourão* ofereceu, como única forma de pagamento, o **repasse de seis cheques, sendo cinco no valor de R$ 15.000,00 (quinze mil reais) e um no valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais), totalizando R$ 85.000,00 (oitenta e cinco mil reais)**; (...) *que* não sabia a **origem dos valores repassados por meio de cheques ao declarante**; *que* **não conhecia as empresas DNA e SMP&B, não sabendo informar, também, se tais empresas participaram da campanha eleitoral do governador Eduardo Azeredo**; (...) *que* **não conhecia Marcos Valério, Ramon Cardoso, Cristiano Paz** e *Francisco Castilho*.

É intrigante e, no mínimo, pitoresco o fato de o depoente, **vereador por décadas e ex-secretário municipal da terceira maior cidade do País**, subitamente ter a seu encargo a pouco relevante coordenação de **pintura de muros** na campanha do acusado *Eduardo Azeredo*. Mais pitoresco ainda: recebendo **R$ 170.000,00** (cento e setenta mil reais) para tanto.

Mas, deixando de lado o inusitado, esse depoimento reveste-se de **significação em outros aspectos**.

Com efeito, dele se extrai que foi o próprio acusado **Eduardo Azeredo** quem telefonou **pessoalmente para o depoente Otimar Ferreira Bicalho**, para solicitar-lhe que assumisse "**o gerenciamento da equipe de pintura** na cidade de **Belo Horizonte**". Ora, se o acusado tratava de questões como gerenciamento da equipe de **pintura** de sua campanha, numa cidade determinada, não há, **nesta fase**, como aceitar a alegação de que ele **não tinha qualquer conhecimento do que se passava na coordenação financeira de sua campanha**, para a qual nomeou *Cláudio Mourão*, até então seu "braço direito" (desde que o acusado foi Prefeito de Belo Horizonte, no início dos anos 1990).

Esse é mais um indício da pouca credibilidade do alegado "**desconhecimento**", por parte do acusado, acerca dos desvios praticados, em tese, contra as estatais mineiras, pois **quem operava os supostos mecanismos de lavagem de dinheiro eram ninguém menos do que os ex-sócios do candidato a vice escolhido por Eduardo Azeredo**. Além disso, **os desvios foram supostamente efetivados em empresas estatais dirigidas por pessoas com as quais o acusado possuía vínculos estreitos de amizade**. Sua participação nos crimes, portanto, **não pode ser rechaçada neste momento**.

O também político e militante partidário **Geraldo Magno** prestou os seguintes esclarecimentos quanto ao **motivo dos repasses efetuados pela SMP&B no dia 28-9-1998**, no valor de **R$ 30.000,00** (fls. 2278/2280, vol. 11):

> (...) *que* em 1998 era candidato a Deputado Estadual pelo Partido dos Aposentados da Nação (PAN), não sendo eleito; *que* **fez sua campanha em apoio a Eduardo Azeredo** e *Clésio Andrade*, então candidato a Governador do estado naquele ano, **não obtendo votação expressiva**; *que* **foi prefeito de Itabirito durante a gestão de 1993 a 1996** e, por esse motivo, **realizou campanha para Eduardo Azeredo** (...), **em razão de sua influência política na região**; *que* foi feito **contato telefônico com o Comitê eleitoral de Eduardo Azeredo**, tendo conversado com uma pessoa de nome *Aristides*, não se recordando o seu sobrenome, para saber **como seriam ressarcidos os gastos da campanha**; *que Aristides* disse que **poderia gastar o valor orçado em R$ 30.000,00** (trinta mil reais) e que seria **reembolsado ao final da campanha**; (...) *que*, ao final da campanha, ligou para o comitê eleitoral, para **cobrar o valor que havia gasto**, quando **perguntaram se poderia ser depositado em sua conta particular**, sendo respondido que sim, uma vez que havia realizado os gastos regularmente; *que* **foi depositado o valor de R$ 30.000,00** (trinta mil reais), **não sabendo dizer qual era a origem destes recursos**, porque **tinha certeza que seria dinheiro do comitê eleitoral**; *que* **também receberia recursos oriundos da SMP&B**, uma vez que **era uma empresa idônea** e somente objetivava receber seu ressarcimento; *que* **o crédito foi feito em uma conta do Banco Rural particular** (...).

Romel Anízio Jorge, que também aparece na lista dos **favorecidos** por **créditos autorizados pela SMP&B, logo depois que as estatais mineiras transferiram recursos milionários** para a referida empresa, prestou os seguintes esclarecimentos (fls. 2370/2372, vol. 11):

> *que* o declarante atualmente é **Deputado Federal pelo PP – Partido Progressista, já estando na quarta legislatura consecutiva**; (...) *que* **confirma ter recebido o valor de R$ 100.000,00 em 28.09.1998**, na sua **conta pessoal** de n. 00005-2 na agência do *Banco Itaú* na cidade de Ituiutaba/MG; *que*, **em 1998, o PP integrava a Coligação do candidato à reeleição ao Governo do Estado de Minas Gerais, Eduardo Azeredo**; *que* o valor acima referido foi recebido em sua conta pessoal com o **objetivo de incrementar a campanha do então candidato à reeleição Eduardo Azeredo na região do Triângulo Mineiro**, visto que havia um **receio da Coordenação de Campanha de que o candidato não obtivesse votos para disputar o segundo turno**; (...) *que* utilizou o recurso recebido para *pagar* **cabos eleitorais e dar sustentação aos Comitês Eleitorais de apoio à candidatura**

> **de Eduardo Azeredo na região**; (...) *que* **não tinha conhecimento da origem do recurso, acreditando que fosse do Comitê Central de Campanha**, desconhecendo que a **conta pagadora era da empresa SMP&B, no Banco Rural**; *que* **recebeu os candidatos Eduardo Azeredo** e *Clésio Andrade* **algumas vezes em sua base eleitoral, com a finalidade de fortalecer a campanha** da coligação "Todos por Minas" ao Governo do Estado, pois havia uma forte presença da candidatura da oposição, formada por *Itamar Franco/Newton Cardoso*, o que veio a ser confirmado nas urnas; (...) *que* **não conhece o senhor Marcos Valério e os demais sócios da SMP&B, senhores Cristiano Paz e Ramon Cardoso**; (...).

Seguindo a lista de favorecidos do Quadro 32 do Laudo Pericial 1998, antes transcrito neste voto, **Gilberto Wagner Martins Pereira Antunes** aparece como beneficiário da importância de R$ 25.000,00, provenientes da conta da SMP&B em que foram depositados os valores provenientes das estatais mineiras e do empréstimo de R$ 7.000.000,00 (sete milhões de reais), obtido junto ao Banco Rural, que seria **fraudulento** e teria como **objetivo permitir a lavagem de dinheiro obtido ilicitamente através dos crimes contra a administração pública (Copasa, Comig e Bemge)**.

Gilberto Wagner Martins Antunes declarou o seguinte (fls. 2009/2011, vol. 10):

> (...) **foi vereador do município de Montes Claros/MG entre 1988 a 1994, pelo PMDB, elegendo-se Deputado Estadual em 1994, pelo PP, reelegendo-se pelo mesmo partido em 1998 e 2002**; *que*, enquanto vereador, exerceu as funções de **Presidente da Câmara Municipal** e de **Secretário Municipal de Governo**; que **recebeu o valor de R$ 25.000,00 (vinte e cinco mil reais)**, logo **após o primeiro turno das eleições de 1998**; *que* os recursos foram **repassados pela coordenação da campanha à reeleição do então Governador Eduardo Azeredo**; (...) *que* **utilizou os recursos para apoio da campanha eleitoral**, **confeccionando panfletos, pintando muros, custeando despesas com combustível e pessoal**; (...) *que* **o valor teria sido depositado em sua conta corrente em dinheiro**; (...) *que* **não tinha conhecimento de que o valor depositado tinha origem na empresa SMP&B**; que **não conhece** nem nunca esteve com o Sr. **Marcos Valério**; (...) *que* **não manteve contatos com o Sr. Cláudio Mourão** enquanto este foi coordenador financeiro da campanha à reeleição de *Eduardo Azeredo*; (...) *que* **conheceu Clésio Andrade quando de sua indicação ao cargo de vice-governador de Eduardo Azeredo**, não tendo com ele nenhuma relação de amizade; *que* **conheceu o Sr. Eduardo Azeredo em 1985**, porém nunca teve maior proximidade com o mesmo, inclusive **mantendo apenas relações institucionais durante sua gestão como Governador do Estado**; (...).

Como se nota, **os recursos – R$ 25.000,00 – foram depositados em dinheiro "vivo" na conta do colaborador Gilberto Wagner**, uma das formas que a empresa SMP&B teria encontrado para **viabilizar a aplicação dos recursos públicos a ela transferidos**, **sem levantar suspeitas quanto à origem e localização da verba.**

Consta também da lista dos favorecidos por depósitos provenientes da conta da SMP&B no Banco Rural, da qual saíram os recursos financeiros aplicados na campanha de reeleição de **Eduardo Azeredo**, o nome de *Paulo Abi*

Ackel. Ele prestou as seguintes declarações à Polícia Federal em Minas Gerais (fls. 1852/1853, vol. 9):

> (...) *que*, com relação ao valor de **R$ 50.000,00** depositado em sua conta bancária no dia **28.09.1998**, pela **SMP&B**, o declarante tem a dizer que a quantia mencionada se deveu ao fato de ter prestado **serviços de consultoria ao Comitê Eleitoral da campanha de Eduardo Azeredo ao Governo de Minas Gerais**; *que* o **convite** foi **feito ao declarante** pelos **representantes do então Governador Eduardo Azeredo**, **que o indicou em virtude de sua já conhecida experiência em matéria eleitoral**; *que* **apenas prestou serviços de consultoria jurídica a Eduardo Azeredo na sua candidatura à reeleição ao Governo do Estado de Minas Gerais**; *que* o declarante disse que **não tinha conhecimento de que o valor de R$ 50.000,00 depositados na sua conta bancária tinha como origem a SMP&B**; (...).

Carlos Welth Pimenta de Figueiredo, mais um colaborador da campanha de **Eduardo Azeredo** em 1998 que foi **remunerado pela SMP&B**, **depois do recebimento, pela referida empresa, dos repasses estatais a título de patrocínio do Enduro Internacional da Independência**, declarou o seguinte (fls. 1898/1900, vol. 9):

> (...) *que*, em 1994, foi eleito **Deputado Estadual** pelo PL, sendo **reeleito em 1998 pelo PSDB** e 2002 pelo PDT; (...) *que*, **após ser reeleito para o cargo de Deputado Estadual pelo PSDB, recebeu um apelo do Comitê da Coligação PSDB/PFL** para que houvesse **maior engajamento no segundo turno da eleição para Governador**; *que* houve uma **reunião** em que o **Governador Eduardo Azeredo agradeceu a participação dos candidatos, entre outras lideranças políticas**, e, após seu discurso, a Coordenação do Comitê **solicitou aos candidatos eleitos que mantivessem a sua estrutura de campanha e o envolvimento pessoal de todos no segundo turno da eleição**; (...) *que*, em conversas reservadas com os responsáveis pela coordenação do Comitê, foi solicitado ao declarante que **mantivesse a sua estrutura de campanha**, que era constituída de um **caminhão de som, uma Kombi e mais dois ou três carros menores**; *que* não tem como identificar ou dar **nome das pessoas do comitê que fizeram tal solicitação**; *que* foi pedido também que o declarante **percorresse os municípios em que o mesmo teria sido majoritário**, podendo citar os seguintes municípios: Manga, Matias Cardoso, São João do Paraíso, Botumirim, Cristália, Francisco Dumont, entre outros; *que* **o comitê se comprometeu a efetuar o pagamento das despesas contraídas no processo de divulgação e viagens pelo interior do norte de Minas Gerais**; *que* efetuou gastos com o pagamento de **motoristas dos carros, operadores de som, hospedagem, alimentação e combustível**; (...) *que* o valor de **R$ 12.000,00** foi **depositado diretamente em sua conta corrente, a título de ressarcimento de despesas efetuadas e pagas na campanha da Coligação PSDB/PFL/PPB/PL, no segundo turno ao Governo de Minas Gerais**; (...) *que* o valor foi depositado por meio de **transferência bancária**; *que* **acreditava que o valor teria sido transferido pelo Comitê de Coordenação da Campanha ao Governo do Estado de Minas Gerais**, formado pela **Chapa Eduardo Azeredo** e *Clésio Andrade*; *que* desconhece que **a origem dos recursos depositados em sua conta corrente tenha sido a empresa SMP&B**; (...) *que* **não conhece os sócios da DNA Propaganda e SMP&B Comunicação**,

senhores *Marcos Valério*, *Ramon Cardoso* e *Cristiano Paz*; (...) *que* conhecia e manteve contatos institucionais, **no exercício do mandato parlamentar**, com o senhor *Cláudio Mourão*, que era, na gestão 1994/1998 do **Governo Eduardo Azeredo**, Secretário de Administração; *que* **não teve nenhum contato com o senhor Cláudio Mourão**, após sua saída da Secretaria de Administração, para assumir a **Coordenação Financeira** da **campanha de Eduardo Azeredo à reeleição ao Governo do Estado de Minas Gerais**; (...) *que* **conheceu** o senhor **Eduardo Azeredo** na **campanha de 1994** e, posteriormente, houve um **contato maior** no decorrer do exercício do mandato de **Governador do Estado de Minas Gerais**, sendo o **declarante Deputado Estadual**; *que*, apesar de **fazer parte da base de sustentação do Governador Eduardo Azeredo no período 1994/1998** e admirá-lo como gestor, **nunca desfrutou de amizade mais próxima**.

Amilcar Viana Martins Filho declarou o seguinte à Polícia Federal em Minas Gerais (fls. 2050/2051, vol. 10):

(...) é **membro fundador do PSDB**; *que*, **em 1995**, assumiu o cargo de **Secretário da Casa Civil do Governo de Minas Gerais**, no primeiro **mandato de *Eduardo Azeredo***; *que*, em abril de 1996, a fim de viabilizar sua candidatura à Prefeitura Municipal de Belo Horizonte, se **desincompatibilizou** do mencionado cargo público; *que*, em virtude de sua **derrota nas eleições municipais de 1996, retornou ao Governo do Estado de Minas Gerais**, no mês de **fevereiro de 1997**, assumindo, desta vez, o cargo de **Secretário de Cultura**, no qual **permaneceu até o mês de abril de 1998**, quando novamente o deixou, a fim de poder se candidatar ao cargo de Deputado Estadual de Minas Gerais; *que*, **na eleição de 1998, acabou por sair vencedor** e ocupar uma das cadeiras da Assembleia Legislativa de Minas Gerais; (...) *que*, com relação ao valor de **R$ 6.000,00**, depositados em sua conta bancária da CEF em **22.10.1998**, pela **empresa SMP&B**, o declarante esclarece que **o dinheiro mencionado partiu do Comitê Eleitoral do PSDB** daquele mesmo ano que coordenava as candidaturas dos filiados ao mesmo partido; *que* utilizou os R$ 6.000,00 para **quitar dívidas pendentes com a sua própria candidatura ao cargo de Deputado Estadual**; *que*, todavia, nos panfletos que utilizou para difundir seu nome e imagem durante o pleito eleitoral de 1998, constava também o seu **apoio ao candidato à reeleição *Eduardo Azeredo***; (...) não chegou a declarar o gasto de R$ 6.000,00 à Justiça Eleitoral em 1998 porque eles foram **recebidos após a entrega da contabilidade da campanha do declarante àquele Poder**; (...) *que* conhece e mantém **estreito relacionamento com *Eduardo Azeredo***, *Clésio Andrade*, *Carlos Eloy*, *Carlos Cotta* e *Cláudio Mourão*; *que* conhece e já **manteve vários contatos com *Marcos Valério Fernandes*, principalmente nos anos eleitorais**; *que* **não tinha conhecimento** de que os **R$ 6.000,00** recebidos em **1998 partiram das contas da SMP&B**, tendo vindo a **saber de tal fato somente com a eclosão de denúncias no ano de 2005**; (...).

Célio de Cássio Moreira, cujo nome aparece na lista dos beneficiários de transferência efetuada pela SMP&B no valor de R$ 25.000,00 (v. Laudo Pericial 1.998, fl. 36, apenso 33), declarou (fls. 2192/2194, vol. 11):

(...) *que*, perguntado se recebeu um depósito no valor de **R$ 25.000,00** (vinte e cinco mil reais) na conta corrente 422627, da Caixa Econômica Federal, cujo titular é *Célio de Cássio Moreira*, no dia **02 de outubro de 1998**, respondeu que **não**

> **se recorda**; *que* esclarece o declarante que, em contato telefônico mantido com a **gerente da Caixa Econômica** neste ato, tomou conhecimento que **uma das contas correntes que possuía à época dos fatos era a conta número 42262-7, mantida na agência 2333, nesta Cidade**; *que*, no pleito eleitoral de 1998, **participou ativamente da campanha de Eduardo Azeredo no segundo turno**; *que* a participação do declarante na campanha de *Eduardo Azeredo* em 1998 limitou-se a **conclamar lideranças políticas vinculadas ao declarante no engajamento para obtenção de votos para o então candidato do PSDB**; *que* **se recorda de ter recebido R$ 5.000,00 em espécie**, numa das oportunidades em que esteve **no comitê central de Eduardo Azeredo**, para **custear despesas de campanha**, mais especificamente gastos com combustível e locomoção de militantes na cidade de Belo Horizonte/MG; (...) *que* **tem ligação política com Eduardo Azeredo desde o início de seu ingresso na política**; *que* **não possui qualquer relacionamento com Cláudio Mourão**, tendo conhecimento de que o mesmo era um dos coordenadores da campanha de Eduardo Azeredo em 1998; (...) *que* **não teve e não tem qualquer relação com Walfrido dos Mares Guia**; *que*, só recentemente, **quando Clésio Andrade ingressou no PL, é que passou a conhecê-lo**; (...).

Mais uma vez, **o pagamento de colaborador da campanha do acusado Eduardo Azeredo foi feito em espécie, dentro de seu Comitê eleitoral**. O pagamento de recursos **em espécie** era um dos **mecanismos de lavagem de dinheiro supostamente utilizados pela SMP&B, para inviabilizar a descoberta da aplicação de recursos públicos na campanha de Eduardo Azeredo à reeleição.**

Prosseguindo na lista constante do Quadro 32 do Laudo Pericial 1.998 (fl. 36, apenso 33), foi ouvido pela Polícia Federal o favorecido *Jucelino Franklin Freitas Júnior*, que recebeu uma transferência de R$ 30.000,00, originária da mesma conta da SMP&B analisada no Laudo Pericial 1998. Eis os esclarecimentos prestados por *Juscelino Franklim Freitas Júnior* (fls. 2208/2210, vol. 11):

> (...) *que* já **trabalhou em algumas campanhas eleitorais de diversos políticos, dentre eles a campanha eleitoral de Eduardo Azeredo ao Governo de Minas Gerais em 1998**; *que* trabalhava auxiliando seu pai, **técnico em explosivos, em shows e exibições pirotécnicas**; (...) *que* se recorda de que, **em 1998**, **seu pai, Juscelino Franklim de Freitas**, recebia uma **agenda de shows e exibições em todo o Estado de Minas Gerais para organizar os fogos de artifício durante os comícios**; *que* **quem fornecia a agenda** era uma pessoa, de cujo nome não se recorda, **vinculada à agência DNA Propaganda**; *que* não sabe esclarecer qual era a sistemática pela qual eram feitos os pagamentos pelos serviços que prestava à **campanha de Eduardo Azeredo**; *que* tais esclarecimentos poderão ser fornecidos por **seu pai**; *que*, indagado se confirma um **depósito no valor de R$ 30.000,00, efetivado pela SMP&B no dia 02/10/1998**, na conta corrente 60174236 do banco *Unicard Banco Múltiplo*, em nome de *Juscelino Franklim de Freitas Júnior*, respondeu que não se recorda sequer de possuir conta corrente junto ao Banco *Unicard*, acreditando, inclusive, que naquela época seu nome possuía restrições cadastrais junto ao *Serasa*; *que*, por outro lado, **o montante de R$ 30.000,00 correspondia ao valor que seu pai provavelmente cobrou pelos serviços prestados à campanha eleitoral de Eduardo Azeredo em 1998**; (...).

Ouvido pela polícia, o pai de *Juscelino Júnior*, chamado *Juscelino Franklim de Freitas*, declarou o seguinte (fls. 2198/2200, vol. 11):

> (...) *que* há aproximadamente dois meses filiou-se ao PSDB; (...) *que* já **prestou serviços na área de pirotecnia** em diversas campanhas eleitorais, inclusive na **campanha eleitoral de Eduardo Azeredo ao Governo do Estado de Minas Gerais em 1998**; *que*, nessa campanha, foi **contratado como autônomo para realizar exibições pirotécnicas durante alguns comícios realizados em Belo Horizonte e algumas cidades do interior do Estado de Minas Gerais**; *que* foi **contratado pelo PSDB para prestar o serviço acima descrito**, mas não se recorda do nome da pessoa que o contratou; (...) *que* **o declarante tinha o costume de comparecer rotineiramente no comitê eleitoral do PSDB** e, ao tomar conhecimento da realização de algum comício, procurava ser escolhido para aquele evento; *que* não tem condições de dizer **quanto recebeu durante toda a campanha eleitoral de 1998**, já que os **pagamentos eram por serviço**; *que*, inclusive, **encontrou muita dificuldade para receber a contraprestação dos serviços que prestou**; *que* recebia seus **pagamentos em dinheiro vivo**, pagos **no comitê de campanha**; *que* não se recorda do nome de todos que pagaram o declarante, já que vários o fizeram; *que* **os pagamentos sempre se deram no partido** (...); *que* **não conhece e nunca teve qualquer relacionamento comercial com Marcos Valério, Ramon Cardoso, Cristiano Paz, Cláudio Mourão e Walfrido dos Mares Guia**; *que* estes dois últimos era **conhecidos de vista** do declarante, da campanha eleitoral de 1998; (...).

Antonio do Valle Ramos, beneficiário do valor de **R$ 50.000,00** oriundos da conta da SMP&B analisada pelo INC (fl. 37, apenso 33), assim justificou o repasse (fls. 2245/2248, vol. 11):

> *que* **confirma ter recebido, às vésperas da eleição de 1998, a quantia de R$ 50.000,00**, na conta 132098 do Banco do Brasil – Agência 0190 – Patos de Minas/MG; *que* **teve um desentendimento com o senhor Itamar Franco**, em virtude de pronunciamento feito pelo declarante no Congresso Nacional e entrevista no jornal *O Estado de Minas*, acarretando a sua **exclusão** pelo então candidato a Vice ao Governo de Minas Gerais, **da campanha do PMDB ao cargo majoritário**; *que* **já apoiava politicamente o PSDB tanto a nível nacional como estadual, tendo ainda apoiado o então Governador Eduardo Azeredo no pleito eleitoral de 1998**; que **procurou o Governador em seu Comitê de Campanha para formalizar o apoio à sua reeleição ao Governo de Minas Gerais**; *que* possivelmente estivesse presente nesta **conversa de formalização de apoio político** o senhor **Carlos Eloy**, então **Coordenador de Campanha a reeleição do senhor Eduardo Azeredo**, além de **outras pessoas do *staff* político do declarante e do Governador**; *que* **ficou acordado com o candidato à reeleição Eduardo Azeredo** que o **Comitê Central** iria **apoiar de forma estratégica e financeira o declarante na região de Patos de Minas/MG**, não se falando, porém, na **quantia que seria destinada** ao declarante para cobrir despesas eleitorais; *que* **posteriormente teve contatos com o candidato Eduardo Azeredo, na região de Patos de Minas/MG, já no processo de campanha eleitoral**, porém não voltaram a **tratar de assuntos financeiros**; *que* constituiu **estrutura de apoio à candidatura à reeleição de Eduardo Azeredo e do senhor Fernando Henrique Cardoso** à Presidência da República, **contratando pessoas para distribuição de santinhos, realização de showmícios, caravanas, carros de**

som, etc.; *que*, num determinado dia, que acredita tenha sido na data da remessa, **02.10.1998, o declarante estava empenhado na campanha, em eventos de distribuição de camisetas e panfletos, quando recebeu uma ligação em seu celular, de uma pessoa que se identificou como representante do Comitê Central de Campanha à reeleição de Eduardo Azeredo**, solicitando o **número de sua conta corrente para que fosse efetuado o depósito**; *que* a pessoa responsável pela ligação **não se identificou** e, diante do questionamento do declarante a respeito da forma de **prestação de contas do depósito e das despesas efetuadas**, tal pessoa teria falado que **o declarante seria contactado posteriormente para maiores instruções**; *que* **não se falou em valores e nem a respeito da procedência do recurso**, portanto **desconhecia que o dinheiro era proveniente da empresa SMP&B**; *que*, no dia seguinte, **verificou em seu extrato bancário que tinha sido depositado o valor de R$ 50.000,00**; *que* **o dinheiro foi depositado em sua conta pessoal, e não na conta da campanha**; *que* usou **R$ 10.000,00 para liquidar despesas da campanha à reeleição do então Governador Azeredo**, sendo todos os recibos juntados e encaminhados, provavelmente, para o Comitê Central de Campanha do PSDB ao Governo de Minas Gerais; (...) *que* **resolveu transferir os R$ 40.000,00 restantes para a conta de Campanha, como sendo doação do próprio declarante, já que não conseguiu visualizar outra saída para justificar os gastos efetuados na própria campanha eleitoral**; *que*, sendo assim, **em 19.10.1998 efetuou o depósito** do cheque n. 000141, da sua conta corrente no Banco do Brasil, **em favor da conta de campanha pessoal n. 00001521.1** – Agência 0142 – CEF/Patos de Minas/MG; *que* **declarou a quantia de R$ 40.000,00 à Justiça Eleitoral**, sendo que, **em relação aos R$ 10.000,00 utilizados na campanha ao governo**, ficaria **a critério do Comitê Central a sua declaração**; (...) *que* **não conhece Marcos Valério, Ramon Cardoso e Cristiano Paz**; *que* **nunca utilizou os serviços de agências de propaganda ou publicidade em suas campanhas eleitorais**; *que* **nunca esteve nas agências SMP&B e DNA**; *que* já manteve **contatos institucionais com Cláudio Mourão**, no período em que o mesmo foi **Secretário de Administração no Governo Eduardo Azeredo**, em 1998; *que* esteve no gabinete do referido Secretário apenas uma vez, por conta de relações institucionais; *que* **não conhece o senhor Eduardo Pereira Guedes**; *que* **conhece o senhor Clésio Andrade apenas por conta de relações institucionais**; *que* **conhece o senhor Carlos Eloy por ter sido Deputado Estadual no mesmo período do declarante**, tendo mantido **relações de amizade com o mesmo** somente no período em que eram parlamentares; *que* **conhece o senhor Carlos Cotta por ter sido Deputado Estadual e Presidente da Cemig**, sendo que **até hoje mantém relações de amizade com o mesmo**, porém esclarece que **jamais tratou de assunto relacionado com o depósito em epígrafe.**

Como se vê, o declarante *Antonio do Valle Ramos* afirmou **ter se reunido com o acusado Eduardo Azeredo** para formalizar seu **apoio à candidatura à reeleição ao Governo do Estado de Minas Gerais**, quando **ficou acertado com o acusado que o Comitê apoiaria financeiramente o declarante, para ajudar na campanha de reeleição de Eduardo Azeredo em 1998**. Foi o que se verificou posteriormente: *Antonio do Valle Ramos* **recebeu valores muito superiores aos que foram gastos por ele na campanha de Eduardo Azeredo**, razão pela qual se percebe que houve, inclusive, **um favorecimento pessoal**. **Aparentemente**, isso só ocorreu porque **a fonte de financiamento da cam-**

panha de Eduardo Azeredo eram recursos públicos, transferidos para a SMP&B por meio, em tese, de crimes de peculato.

Também ouvido pelo Departamento de Polícia Federal em Minas Gerais, **Aristides França Neto, militante partidário do PFL** que **recebeu R$ 205.000,00** (duzentos e cinco mil reais) **mediante depósito efetuado pela SMP&B**, afirmou que os recursos se destinavam à campanha de *Eduardo Azeredo*, já que ele era um dos subcoordenadores regionais da coligação PSDB/PFL em 1998 (fls. 2201/2202, vol. 11):

> *que* é filiado ao PFL, mas não sabe precisar a data de sua filiação; (...) *que*, **nas eleições de 1998, foi um dos subcoordenadores regionais da campanha da coligação PSDB/PFL ao governo de Minas Gerais**; (...) *que* era **subordinado ao senhor *Carlos Cotta*, atual diretor da Caixa Econômica Federal** e que, **na época**, era o **coordenador regional da área metropolitana da campanha de *Eduardo Azeredo***; (...) *que* **confirma que recebeu um depósito no valor de R$ 205.000,00 (duzentos e cinco mil reais) no dia 30/09/1998**; *que* esses recursos foram **depositados pela coordenação da campanha de *Eduardo Azeredo* ao Governo do Estado de Minas Gerais**, com o objetivo de **custear despesas da campanha**; (...) **acreditava que o dinheiro teria partido da própria coligação**, desconhecendo que o **depósito fora feito pela SMP&B**; (...) *que* **destinou os R$ 205.000,00 recebidos em sua conta corrente ao pagamento de colaboradores da campanha, podendo citar alguns serviços contratados naquela época: pintura de muros, panfletagens, cabos eleitorais e carros de som**; (...)

Noutras palavras: também nesse caso os **recursos foram depositados para uso na campanha do acusado *Eduardo Azeredo***, muito embora tivessem sido **transferidos para a SMP&B a título de patrocínio de eventos esportivos**.

Inácio Luiz Gomes de Barros, beneficiário de transferência no valor de **R$ 30.000,00**, efetuada pela **SMP&B** no dia **02-10-1998** (vide quadro acima transcrito, do Laudo Pericial 1.998, apenso 33) declarou o seguinte (fls. 1866/1867, vol. 9):

> (...) *que*, indagado acerca da importância de **R$ 30.000,00** depositada em sua **conta pessoal na data de 02.10.1998**, o declarante esclareceu que, à época, era **candidato a Deputado Federal pelo PTB**, sendo a referida importância **depositada pelo Comitê do então candidato a Governador Eduardo Azeredo**, para que o **declarante promovesse**, na região do Vale do Aço, **campanha para o referido candidato**; (...) *que* **não tinha conhecimento de que o depositante do referido valor era a empresa SMP&B, de propriedade de Marcos Valério**; (...) *que* **não conhecia a pessoa de Marcos Valério**, de quem só veio a tomar conhecimento da existência a partir de sua ampla aparição na imprensa recentemente; *que* **conhece Eduardo Azeredo**, *Cláudio Mourão* e *Clésio Andrade*, **tendo relacionamento de amizade com o primeiro** e com o último; (...).

O favorecido em questão, como se vê, **era amigo do acusado**, e foi pago, em tese, com **recursos públicos desviados na forma já descrita ao longo deste voto.**

Um **dado comum aos depoimentos acima citados** é o seguinte: **todos** os depoentes são políticos ou militantes partidários que **receberam recursos da SMP&B pelos serviços prestados à campanha do acusado Eduardo Azeredo**.

Otimar Ferreira Bicalho, primeiro declarante, foi **vereador** do Município de Belo Horizonte de **1982 a 1996**, quando foi convidado **pelo acusado e então Governador Eduardo Azeredo** a ocupar a diretoria comercial da *Cohab* em seu Governo. Em agosto de 1998, **o declarante recebeu uma ligação pessoal de Azeredo**, determinando que se licenciasse do cargo para assumir a coordenação da **equipe de pintura de muros para a campanha de reeleição na cidade de Belo Horizonte**. O declarante teria recebido **R$ 170.000,00** (cento e setenta mil reais) **da SMP&B**, sendo **R$ 85.000,00** (oitenta e cinco mil) por meio de cinco **cheques** e o restante aparentemente **em espécie**. *Otimar Bicalho* **já tinha participado como subcoordenador de campanha de Eduardo Azeredo ao governo do Estado de Minas Gerais em 1994**.

Geraldo Magno, **ex-Prefeito de Itabirito/MG** e **candidato a Deputado Estadual em 1998**, recebeu **R$ 30.000,00** em 28-09-1998 para **fazer campanha para Eduardo Azeredo em sua cidade**. O dinheiro foi **depositado em sua conta pessoal pela SMP&B Comunicação**, sem o conhecimento do beneficiário *Geraldo Magno*, que supôs que os recursos eram oriundos do Comitê de Campanha de *Azeredo*.

Romel Anízio Jorge (fls. 2370/2372, vol. 11), então Deputado Federal, recebeu **R$ 100.000,00** (cem mil reais), por meio de **depósito em sua conta pessoal** realizado pela SMP&B, com o fim de **incrementar a campanha de Eduardo Azeredo na região do Triângulo Mineiro em 1998, onde recebeu Azeredo, então candidato, com o fim de fortalecer sua campanha.** Com os recursos, o declarante contratou cabos eleitorais e deu sustentação aos Comitês Eleitorais de apoio à candidatura de *Eduardo Azeredo* na região. Afirmou **desconhecer que os depósitos haviam sido feitos pela SMP&B, cujos sócios sequer conhecia**.

Gilberto Wagner Martins Pereira Antunes, então Deputado Estadual, **reeleito em 1998**, afirma ter recebido R$ 25.000,00, provenientes da conta da SMP&B **em que foram depositados os valores provenientes das estatais mineiras**. Os recursos teriam sido utilizados para **confecção de panfletos, pintura de muros e gastos com combustível e com o pessoal contratado**. Não sabia que o valor depositado em sua conta pessoal tinha origem na empresa SMP&B, com cujos sócios nunca esteve. O depoente destacou que **conheceu Eduardo Azeredo em 1985**, mantendo com ele relações **institucionais** durante sua gestão como Governador do Estado.

Paulo Abi Ackel também recebeu, em sua conta, recursos provenientes **da conta** da SMP&B em que **haviam sido depositados os recursos que as estatais mineiras pagaram à empresa a título de cota de patrocínio do Enduro**. Segundo consta de seu depoimento (fls. 1852/1853, vol. 9), ele recebeu **R$ 50.000,00** para prestar **serviços de consultoria ao Comitê Eleitoral de**

campanha de Eduardo Azeredo. Ele informou que foi **Eduardo Azeredo quem o indicou**, em virtude de sua **já conhecida experiência em matéria eleitoral.**

Carlos Welth Pimenta de Figueiredo, também Deputado Estadual **reeleito em 1998**, foi mais um dos colaboradores da campanha de **Eduardo Azeredo remunerado pela SMP&B**. Segundo ele, houve uma reunião **em que o acusado fez um discurso de agradecimento pela participação dos candidatos e lideranças políticas** e, depois do seu discurso, a Coordenação do Comitê **solicitou aos candidatos que mantivessem sua estrutura de campanha** e se **envolvessem pessoalmente no segundo turno da eleição** (fls. 1898/1900, vol. 9). O depoente recebeu **R$ 12.000,00** para **percorrer os Municípios em que obteve mais votos em sua candidatura**. O valor foi depositado em sua conta corrente, sem que ele soubesse que os recursos eram oriundos da conta da SMP&B. O Deputado Estadual afirmou ter conhecido *Eduardo Azeredo* na campanha de **1994**, quando foi eleito Deputado Estadual pelo PSDB, mantendo contato maior com o acusado durante o exercício do seu mandato de Governador do Estado de Minas Gerais.

Amilcar Viana Martins Filho, membro fundador do PSDB, foi **Secretário da Casa Civil do Governo de Minas Gerais durante o mandato de Eduardo Azeredo em 1995 e, posteriormente, assumiu o cargo de Secretário de Cultura** no mesmo governo. Foi eleito **Deputado Estadual** pelo PSDB em 1998, quando recebeu **R$ 6.000,00** (seis mil reais) em sua conta, **depositados pela SMP&B em 22-10-1998**. Ele afirmou que **conhece e mantém estreito relacionamento com o acusado Eduardo Azeredo**, explicando que **não tinha conhecimento de que os R$ 6.000,00 haviam partido das contas da SMP&B** (fls. 2050/2051, vol. 10).

Célio de Cássio Moreira, que também recebeu recursos mediante transferência efetuada pela SMP&B, no valor de R$ 25.000,00 (v. Laudo Pericial 1.998, fl. 36, apenso 33), provenientes da conta em que haviam sido depositados os recursos públicos supostamente desviados das estatais mineiras, destacou ter participado **ativamente da campanha de Eduardo Azeredo no pleito eleitoral de 1998**. Salientou, ainda, que chegou a receber outros **R$ 5.000,00** (cinco mil reais) **em espécie** numa das oportunidades em que esteve **no comitê central de Eduardo Azeredo**, para custear despesas de campanha com combustível e deslocamentos de militantes na cidade de Belo Horizonte. *Célio de Cássio Moreira* afirmou, ainda, que **tem ligação política com Eduardo Azeredo desde o início de seu ingresso na política**, na mantendo qualquer relacionamento com *Cláudio Mourão*, *Mares Guia* ou *Clésio Andrade* (fls. 2192/2194, vol. 11).

Jucelino Franklin Freitas Júnior, **militante político do PSDB**, recebeu uma transferência de **R$ 30.000,00**, originária da mesma **conta da SMP&B em que foram depositados os recursos públicos em tese desviados das estatais mineiras** (Laudo Pericial 1.998, Quadro 32, fl. 36, apenso 33). O militante em questão **afirmou ter trabalhado na campanha eleitoral de Eduardo Azeredo em 1998, auxiliando seu pai, filiado ao PSDB, nas exibições pirotécnicas da campanha durante comícios em todo o Estado**. Para tanto, recebeu **R$**

30.000,00, mas não sabia que o depósito em sua conta bancária havia sido efetuado pela SMP&B (fls. 2208/2210, vol. 11). Por sua vez, seu pai, *Juscelino Franklim de Freitas*, declarou ter recebido **pagamentos em dinheiro vivo no Comitê de Campanha** (fls. 2198/2200, vol. 11).

Antonio do Valle Ramos, beneficiário do valor de **R$ 50.000,00** oriundos da conta da SMP&B analisada pelo INC no Laudo 1.998 (fl. 37, apenso 33), afirmou que recebeu esses recursos às vésperas da eleição de 1998, depois de ter procurado o **Governador em seu Comitê de Campanha para formalizar o apoio à sua reeleição ao Governo de Minas Gerais**. Ele afirmou **textualmente** que **ficou acordado com o candidato à reeleição Eduardo Azeredo** que **o Comitê Central iria apoiá-lo financeiramente**, para a campanha na região de Patos de Minas. Inclusive, teve, posteriormente, contatos com o candidato *Eduardo Azeredo*, em Patos de Minas, **embora não tenham mais tratado de assuntos financeiros**. No dia 2 de outubro veio a receber uma ligação do Comitê Central de Campanha do acusado, solicitando **o número de sua conta corrente** para que fosse efetuado o depósito das despesas efetuadas. No dia seguinte, verificou o depósito de **R$ 50.000,00** (cinquenta mil reais) em sua **conta pessoal**, e não na conta da campanha. Contudo, como **havia gasto apenas R$ 10.000,00** (dez mil reais), transferiu o restante para a sua conta de campanha, como doação do próprio declarante.

Aristides França Neto, militante partidário do PFL que **recebeu R$ 205.000,00** (duzentos e cinco mil reais) **mediante depósito efetuado pela SMP&B**, afirmou que os recursos se destinavam à campanha de *Eduardo Azeredo*, já que ele era um dos subcoordenadores regionais da coligação PSDB/PFL em 1998 (fls. 2201/2202, vol. 11). Também ele afirmou que acreditava que o dinheiro teria partido da própria coligação, tendo destinado os recursos à **pintura de muros, panfletagens, cabos eleitorais e carros de som**, dentre outros.

Por fim, **Inácio Luiz Gomes de Barros**, então candidato a Deputado Federal, foi beneficiário de **depósito** no valor de **R$ 30.000,00**, efetuado pela **SMP&B** no dia **2-10-1998** (vide quadro acima transcrito, do Laudo Pericial 1.998, apenso 33). Ele afirmou que **não tinha conhecimento de que o depositante do valor foi a SMP&B**, embora tivesse **relações pessoais e de amizade com o acusado Eduardo Azeredo** (fls. 1866/1867, vol. 9).

A esta lista de políticos, militantes partidários e cabos eleitorais, seguem-se inúmeros outros prestadores de serviços da campanha de *Eduardo Azeredo* que foram remunerados pela SMP&B, **alguns** mantendo ligações **pessoais** com o acusado e **cientes de que era a SMP&B quem estava lhes pagando**.

Nesse sentido, o Promotor de Eventos **Roberto de Queiroz Gontijo**, cujo nome consta do item 49 do Quadro 12 do Laudo Pericial 1.998 (acima transcrito; v. fl. 6002, vol. 27), foi um dos beneficiários de **recursos provenientes da conta da SMP&B em que foram depositadas as verbas das estatais mineiras**. Ele prestou as seguintes declarações à Polícia Federal em Minas (fls. 2217/2219, vol. 11):

que **é promotor de eventos**, proprietário da empresa RQG Produções Ltda; *que* sua empresa atua no ramo de produção de eventos, dentre eles **campanhas políticas**; *que* **prestou serviços para diversos políticos**, recordando-se que a **primeira campanha que trabalhou foi a que elegeu o Governador Tancredo Neves em Minas Gerais**; *que* sua atividade na área política consiste, basicamente, no que costumeiramente se chama **"equipe precursora" dos "showmícios"**; *que*, em síntese, o declarante **coordena as equipes que se deslocam para as localidades onde serão realizados showmícios**, com o intuito de providenciarem a **organização e montagem dos palcos e toda a infraestrutura necessária para a realização dos eventos**; *que*, **em 1998, foi indicado por Eduardo Azeredo** e contratado por *Cláudio Mourão*, então coordenador financeiro da campanha de *Azeredo* ao Governo de Minas, para atuar como **coordenador de eventos**, de um modo geral; *que* **prestou serviços para a campanha eleitoral de Azeredo de 1998 durante noventa dias**; *que* não sabe afirmar com precisão o valor cobrado por seus serviços, a uma por **não possuir contrato escrito**, e também em virtude de sua remuneração não ser fixa, mas variável, conforme os gastos efetivados; *que* recebia algo em torno de **12,5% dos gastos efetivados com os eventos** promovidos pelo declarante na **campanha de Eduardo Azeredo ao Governo de Minas Gerais, em 1998**; *que* **acredita ter recebido algo em torno de R$ 100.000,00 (cem mil reais)** pelos seus serviços, durante toda a campanha; *que* **Cláudio Mourão depositava recursos na conta corrente do declarante, para fazer frente aos gastos dos eventos e os honorários do declarante**; *que*, **em outras oportunidades, o declarante pegava o dinheiro no próprio comitê, localizado no bairro Funcionários**, em BH/MG; *que* **era o próprio Cláudio Mourão quem entregava os recursos ao declarante**; *que* **não emitia nota fiscal ou recibo pelos serviços prestados, por orientação da própria coordenação da campanha eleitoral**; (...) *que*, indagado acerca de um **depósito da empresa SMP&B, no valor de R$ 150.000,00 (cento e cinquenta mil reais)** na conta corrente n. 88004168-6, no Banco Rural, em **05/10/1998**, *respondeu que*: confirma tanto que **esta conta é titularizada pelo declarante**, bem como o referido depósito; *que* **tal valor foi utilizado pelo declarante para pagamento de despesas dos eventos que organizava durante a campanha**, como por exemplo: transporte, hospedagem, alimentação, Ecad, energia, geradores, segurança e outros custos; (...) *que* a remuneração do declarante já estava incluída nos valores apresentados para pagamento a *Cláudio Mourão*; *que* **Cláudio Mourão tinha pleno conhecimento de que o depósito efetivado em sua conta foi feito pela empresa SMP&B**; *que* **Eduardo Azeredo não tinha conhecimento acerca da origem dos recursos utilizados por Cláudio Mourão**; *que* **Cláudio Mourão tinha como hábito apresentar soluções ao então Governador**, **não esclarecendo detalhes de como tinha resolvido os problemas**; *que*, no desempenho de suas funções na área de eventos, **costumava frequentar tanto o comitê de campanha quanto a sede da empresa SMP&B**; *que*, **nos dois locais**, **sempre encontrava com Marcos Valério e os sócios da SMP&B, senhor Ramon Cardoso e senhor Cristiano Paz**; *que* **também avistava Walfrido dos Mares Guia no comitê de campanha**, não tratando com este qualquer assunto; *que*, **ao que sabe, Eduardo Azeredo não frequentava a empresa SMP&B, ao contrário de Cláudio Mourão, que ali se encontrava com o declarante**, esporadicamente.

Como se pode notar, o produtor de eventos *Roberto de Queiroz Gontijo* **foi indicado diretamente pelo acusado Eduardo Azeredo** e contratado por *Cláudio Mourão*, o que **demonstra** a **completa subordinação do coordenador**

financeiro da campanha ao acusado: **Eduardo Azeredo indicava muitos dos prestadores de serviços que seriam pagos por meio dos recursos desviados das estatais mineiras para a SMP&B. Isso prova, mais uma vez, a inconsistência da alegação do acusado** de que **as decisões financeiras mais importantes da sua campanha eram tomadas sem a sua participação direta.**

Portanto, a informação do declarante *Roberto Gontijo*, de que duvidava que *Eduardo Azeredo* tivesse conhecimento da participação da SMP&B na campanha, mostra-se **desprovida de credibilidade, se analisada no contexto geral das demais provas constantes dos autos. Ela se fragiliza sobremaneira ante** a inegável e **constante presença dos sócios da SMP&B no comitê de campanha do acusado**, segundo informado pelo próprio depoente.

Diante dessas evidências, a participação financeira da SMP&B na campanha de *Eduardo Azeredo* **possivelmente era de conhecimento do acusado**, bem como o fato de que a empresa **recebeu**, **já durante a campanha** de reeleição, **vultosos recursos estatais para a SMP&B**, com o **teórico fim** de patrocinar o **Enduro Internacional da Independência**. Assim, **não seria lícito, nesta fase, afastar o dolo do acusado de cometimento dos ilícitos** narrados na inicial.

Outro prestador de serviços da campanha remunerado pela SMP&B **logo depois dos repasses efetuados pelo Grupo Financeiro Bemge, pela Copasa e pela Comig**, foi o depoente **José Vicente Fonseca**, dono da empresa *Sertec Serviços Gerais Ltda*. Sua remuneração foi **superior a um milhão e duzentos mil reais** (v. Quadro 32 do Laudo Pericial 1.998, antes transcrito – fl. 36 do apenso 33 – consta uma transferência de R$ 653.566,20 e outra de 607.424,96). Eis as declarações por ele prestadas (fls. 2397/2401, vol. 11), *verbis*:

> (...) *que* **vem prestando serviços ao Governo mineiro desde 1986, inclusive na gestão 1994/1998, do governo de Eduardo Azeredo**; *que* foi contactado pelo Senhor *Cláudio Mourão* para **prestar serviços à campanha eleitoral de Eduardo Azeredo** ao Governo de Minas Gerais, por meio da empresa *Sertec*; *que* ficou acertado com *Cláudio Mourão* que **a Sertec seria responsável pela contratação de mais de 300 pessoas** para trabalhar em serviços diversos, tais como: **motorista, porteiro, recepcionista, secretária, panfletista, etc.**, no interior e na capital mineira, pelo período de **três a quatro meses**; *que* **as pessoas contratadas** eram **indicadas pelo Comitê Central de Campanha do candidato Eduardo Azeredo**; (...) *que* **recebeu o valor de R$ 699.342,29, em 03.09.1998**, bem como o valor de **R$ 560.480,00**, oriundos de **Docs do Banco Rural para a conta da Sertec no Bank Boston**; (...) *que* **Cláudio Mourão solicitou doação para a campanha do candidato Eduardo Azeredo, pois estava contratando os serviços da Sertec**; *que*, desta forma, **fez a doação, mediante recibo, de R$ 400.000,00** (...); *que* **esteve em duas oportunidades com o senhor Eduardo Azeredo**, sendo uma das oportunidades **num jantar** no **jardim do Palácio da Liberdade**, em que apenas cumprimentou o Governador, e em outra em que **foi levado ao Palácio** por *Cláudio Mourão*, para o **Governador lhe agradecer a referida doação de campanha**; *que* **não tinha conhecimento da origem dos recursos recebidos** pela prestação de serviços à **campanha do candidato Eduardo Azeredo** em **1998**; *que* **recebeu valores em espécie** por intermédio de **emissários do Comitê Central de Campanha**, que

> levavam o dinheiro na sede da *Sertec*, tendo também recebido **por meio de mensageiros da própria Sertec na sede do Comitê de Campanha**; *que* nunca recebeu valores na sede das empresas SMP&B ou DNA, mas tinha conhecimento que **Cláudio Mourão era assessorado na campanha pelo senhor Marcos Valério**; *que* era de **conhecimento público em Belo Horizonte/MG que Marcos Valério era sócio do senhor Clésio Andrade**; (...) *que* **não tinha conhecimento** de que os pagamentos de serviços realizados por sua empresa tinham como **origem as empresas SMP&B e DNA** (...); *que* **Cláudio Mourão apresentou o senhor Marcos Valério** como sendo a **pessoa que estava fazendo a campanha de reeleição de Eduardo Azeredo em 1998**; (...).

Como se viu na primeira parte de meu voto, a *Sertec* foi contratada para prestar serviços para a campanha de *Eduardo Azeredo*. O dono da empresa, *José Vicente Fonseca*, recebeu, **em sua conta pessoal, mais de R$ 1.200.000,00 (um milhão e duzentos mil reais)** (um depósito de **R$ 653.566,20**, no dia **30-9-1998**, e outro no valor de **R$ 607.424**, no dia **1º-10-1998**), através da SMP&B Comunicação, e **sua empresa, a Sertec, ainda recebeu outros R$ 560.480,00** (dia 29-9-1998). A soma totaliza **quase dois milhões de reais**!

O dinheiro, como se observou no **Laudo Pericial 1998**, saiu justamente **da conta da SMP&B Comunicação em que haviam sido depositados os recursos públicos em tese desviados da Copasa, da Comig e do Bemge** (fl. 4547, apenso 33).

Depois de receber o pagamento da SMP&B Comunicação, pelos serviços que seriam prestados à campanha de *Eduardo Azeredo*, a *Sertec* foi **solicitada a fazer uma doação para a campanha do acusado(!), no montante de R$ 400.000,00** (quatrocentos mil reais).

Eis aqui mais um claro indício de que essa doação, na verdade, **foi um mecanismo de lavagem de dinheiro**, utilizado para **injetar os recursos públicos na campanha de Eduardo Azeredo**. Do contrário, **bastaria que a empresa Sertec cobrasse valores menores pelos serviços que prestou ao acusado**.

Esse é mais um dado que vem reforçar minha convicção de que não é possível acolher, nesta fase do procedimento criminal e **sem qualquer outra instrução probatória, a alegação de que Eduardo Azeredo não sabia da participação de Marcos Valério na sua campanha eleitoral**. A instrução criminal, sob o crivo do contraditório, certamente trará esclarecimentos.

As relações de *José Vicente Fonseca* com o denunciado **Eduardo Azeredo** já foram objeto de inquérito na Justiça de Minas Gerais. De acordo com uma representação do Ministério Público mineiro, formulada em março de 2000, teria sido montado um esquema, durante o governo do acusado *Eduardo Azeredo*, para **fraudar concorrências e superfaturar contratos com a administração pública direta e indireta do Estado de Minas Gerais**. Com isso, a *Sertec* e outras empresas de *José Vicente Fonseca* teriam faturado mais de **R$ 60 milhões de reais** em **1998**. Houve dispensa de licitação em contratos entre o Estado de Minas Gerais e as empresas de *Fonseca* para a erradicação da dengue no Estado,

que ainda doou mais de **seiscentos mil reais** à campanha do acusado. Como o próprio *José Fonseca* afirmou nestes autos, ele era **amigo pessoal de Azeredo**.

Há ainda outros **inúmeros** prestadores de serviços da campanha de *Eduardo Azeredo* que foram remunerados por meio de recursos provenientes da conta da SMP&B Comunicação em que **haviam sido depositados os recursos da Copasa, da Comig e do Bemge para o alegado patrocínio do Enduro Internacional da Independência**.

De acordo com o laudo antes transcrito, um desses beneficiários foi **Alfeu Queiroga de Aguiar**. Em declarações prestadas à Superintendência Regional do Departamento de Polícia Federal em Minas Gerais, ele **confirmou ter recebido o montante de R$ 56.533,00**, para **pagamento de serviços prestados à campanha de Eduardo Azeredo** em 1998. Os recursos tiveram **origem na conta da SMP&B Comunicação em que foi depositado o valor correspondente ao patrocínio do Enduro Internacional da Independência pela Comig** (06.002289-9). *Alfeu Queiroga* esclareceu o seguinte (fls. 1999/2000, vol. 10):

> (...) *que* **já esteve várias vezes com o senhor Eduardo Azeredo**, não tendo com o mesmo nenhum vínculo de amizade; (...) *que*, **indagado acerca da quantia de R$ 56.533,00**, creditada em sua conta pessoal na data de **09.09.1998 pela agência de publicidade SMP&B**, o declarante respondeu que o **valor foi recebimento a título de pagamento de serviços profissionais que o declarante prestou à campanha do então candidato à reeleição para Governador do Estado de Minas Gerais Eduardo Azeredo** e despesas decorrentes dos serviços prestados; (...) *que* esclarece que **desconhecia a origem de tais recursos**; *que* **recebeu pessoalmente o pagamento no Comitê de Campanha do então candidato Eduardo Azeredo**; (...).

Ou seja: aparentemente, **recursos públicos transferidos** pela **Comig, pela Copasa e pelo Bemge para a SMP&B**, a título de **patrocínio do Enduro Internacional da Independência, serviram, na verdade, para pagamento de serviços prestados à campanha de reeleição do próprio acusado para o Governo do Estado de Minas Gerais**, através da **SMP&B**.

O beneficiário *Guilhermo Perpétuo Marques*, que, nos termos do quadro acima transcrito (v. fl. 6001, vol. 27), recebeu **R$ 10.000,00** da conta da **SMP&B envolvida no esquema de lavagem de dinheiro**, prestou as seguintes informações à Superintendência Regional de Polícia Federal em Minas Gerais, no dia 5-12-2006 (fls. 4891/4892, vol. 23):

> *que* **trabalhou na campanha eleitoral de Eduardo Azeredo ao Governo de Minas Gerais**, no ano de **1998**; *que* era responsável pela produção de **grandes shows da campanha**, fazendo toda a montagem de **palco, som, luz, contratação de seguranças e etc.**; (...) *que* trabalhou para o Comitê durante quatro ou cinco meses, recebendo o valor de **cinco mil reais (R$ 5.000,00)**; *que*, **eventualmente, recebia dinheiro em espécie para fazer frente a pequenos gastos relativos à produção de eventos**, tais como gasolina, estacionamento, serviços de camarim; *que*, em relação ao **aviso de crédito de dez mil reais (R$ 10.000,00) na sua conta poupança** n. 626375-2, Agência 0301, João Pinheiro, *Unibanco*, esclarece que **efetivamente recebeu tal depósito**, que corresponde a **dois meses de salário**

pelos serviços de produção de eventos para a campanha de Eduardo Azeredo; (...) *que* não tinha conhecimento que **tal valor foi depositado em sua conta poupança pela empresa SMP&B**; *que* **não conhecia Marcos Valério, Cristiano Paz e Ramon Cardoso**; (...).

Também este depoimento se soma à lista de indícios constantes dos autos contra o acusado *Eduardo Azeredo*, na medida em que os recursos públicos transferidos pelas estatais mineiras para a SMP&B foram, aparentemente, utilizados para **pagar prestadores de serviços à sua campanha de reeleição de 1998**.

Leonardo Pinho Lara também recebeu, conforme quadro antes transcrito, **valores provenientes da conta da SMP&B no Banco Rural**, em que foram depositados os recursos transferidos pelas estatais mineiras, a título de patrocínio do Enduro da Independência (v. Quadro 12, item 51, Laudo Pericial 1.998, fl. 6002). Segundo ele, os recursos eram pagos em espécie, na maioria das vezes.

Também nesse caso, mais uma vez, **recursos públicos** foram aparentemente utilizados para o pagamento de **serviços prestados à campanha de reeleição do acusado Eduardo Azeredo à reeleição**, e não para o fim declarado, de patrocínio de eventos esportivos. Vejam-se as declarações prestadas por *Leonardo Pinho Lara* à Polícia Federal (fls. 2211/2213, vol. 11):

que é **fotógrafo profissional**, (...); *que* **prestou serviços de fotografia nas campanhas eleitorais de 1994, 1998 e 2002**; *que*, no pleito eleitoral de 1998, **trabalhou para o candidato Eduardo Azeredo**; *que* foi **contratado pelo assessor de imprensa do candidato Eduardo Azeredo**, o senhor *Chico Brant*; (...) *que* foi contratado para **coordenar a equipe de fotógrafos do candidato Eduardo Azeredo, recebendo pelo serviço a quantia de R$ 6.000,00 (seis mil reais) por mês**; *que* prestou tais serviços por **quatro meses**; *que* **o pagamento era feito em dinheiro vivo, no comitê de imprensa da campanha eleitoral de Eduardo Azeredo**; (...) *que* **confirma ter emitido três notas fiscais, no valor de R$ 10.000,00 (dez mil reais) cada, pelos serviços prestados ao então candidato Eduardo Azeredo**, na campanha eleitoral de 1998; (...) *que*, indagado acerca do depósito de R$ 30.000,00 (trinta mil reais) efetivado na conta corrente de número 1007195-9, no banco *Real*, no dia **07/10/1998**, depositado **pela empresa SMP&B**, respondeu que **confirma que tal conta corrente é de sua titularidade**, mas esclarece que não se recordava de tal depósito; *que*, após tomar conhecimento do referido depósito, esclarece que **essa quantia se refere ao pagamento do seu salário**, no valor de R$ 6.000,00 (seis mil reais), do salário de **seu assistente**, no valor de R$ 3.000,00 (três mil reais), dos salários de outros **três fotógrafos que compunham a equipe**, totalizando R$ 12.000,00 (doze mil reais), bem como **R$ 9.000,00 (nove mil reais)** relativos ao pagamento do **material utilizado pela empresa e impostos**; (...) *que*, indagado acerca de depósito efetivado na conta corrente 7341929, do banco *Real*, no valor de R$ 20.000,00 (vinte mil reais), em 09/09/1998, pela SMP&B, na conta de titularidade de *Leonardo Pinho Lara*, respondeu que **não se recorda da existência dessa segunda conta corrente em seu nome**, bem como também **não se lembra de ter recebido esses R$ 20.000,00** (vinte mil reais), tal como informado; (...) *que* **não conhece Marcos Valério e Ramon Cardoso, conhecendo de vista Cristiano Paz**; (...) *que* **conhece de vista o senhor Cláudio Mourão**, nunca tendo mantido com o mesmo qualquer tipo de

> negócio ou relacionamento; *que* **conheceu superficialmente Walfrido dos Mares Guia** durante **viagem de avião na campanha eleitoral de 1998**, bem como em contatos rápidos **no comitê de campanha de Eduardo Azeredo**.

Também este depoimento fortalece os indícios contra o acusado *Eduardo Azeredo*, pois o fotógrafo e toda sua equipe foram remunerados com **dinheiro em espécie e por depósitos efetuados diretamente pela SMP&B, sendo que seus serviços eram aparentemente prestados sem qualquer tipo de contato** quer com o tesoureiro da campanha, **Cláudio Mourão**, quer com **Marcos Valério, Cristiano Paz e Ramon Hollerbach.**

Patrícia Ferreira Tavares, que também aparece como beneficiária de **pagamento efetuado pela SMP&B no Laudo Pericial 1.998** (v. item 21, Quadro 12, do Laudo Pericial 1.998, acima transcrito – v. fl. 6001), **depois de a empresa de Marcos Valério ter recebido as Cotas de Patrocínio das estatais mineiras**, declarou o seguinte (fls. 2203/2205, vol.):

> (...) *que*, **em 1998, foi convidada** por *Nely Rosa*, então coordenadora de eventos da **campanha eleitoral de Eduardo Azeredo ao Governo do Estado de Minas Gerais**; (...) *que* seu trabalho consistia em **montar a estrutura para recepcionar "showmícios" no interior do Estado de Minas Gerais**; (...) *que* a sistemática de pagamentos dos seus serviços seguia a seguinte rotina: pequenas quantidades em **dinheiro vivo**, para fazer frente às despesas de viagens e **eventuais depósitos em conta corrente para pagar os fornecedores de bens e serviços** que eram contratados nos locais onde organizava os eventos; (...) *que*, **desde aquela época, possui conta no banco Itaú**; (...) *que*, indagada se confirma **depósito realizado em 04/09/1998 pela SMP&B, no valor de R$ 15.000,00, na conta 23444-9, do banco Itaú, cujo titular é Patrícia Ferreira Tavares**, respondeu que não se recorda do depósito de tal quantia na sua conta corrente, **confirmando, no entanto, que a conta corrente citada na pergunta realmente pertence à declarante**; *que*, após ter efetuado uma ligação telefônica para *Zilca Caribé Carlos***, sua ex-sócia** (...), foi informada a respeito de como foi a sua **remuneração pela produção dos eventos na campanha de Eduardo Azeredo**; *que* **recebeu R$ 5.000,00 mensais, no período de seis meses, mais diárias de viagens que consistiam no valor de R$ 100,00**, para custeio de hospedagens, combustível e alimentação; (...) *que* não tinha contato direto com a coordenação central de campanha de *Eduardo Azeredo*, **não conhecendo Cláudio Mourão, Carlos Eloy e Marcos Valério**; *que* **nunca teve nenhum relacionamento profissional com as empresas SMP&B ou DNA**.

Assim, esse depoimento constitui mais um indício de que o dinheiro público transferido por *Copasa*, *Comig* e *Bemge* para a SMP&B foi **desviado para a campanha eleitoral do então Governador e candidato à reeleição, Eduardo Azeredo**.

O favorecido **Luciano Claret** recebeu R$ 30.000,00, provenientes da conta da SMP&B em que foram depositados os **recursos públicos transferidos para a empresa a título de patrocínio**, vindo a ser **misturados com recursos oriundos de empréstimos supostamente fictícios**, como mecanismo de lavagem de dinheiro, viabilizando, assim, o **desvio para a campanha de Eduardo Azeredo**.

Luciano Claret declarou o seguinte, em depoimento prestado por carta precatória (fls. 4949/4951, vol. 23):

> (...) **participou da coordenação, em Pouso Alegre/MG, da campanha do então Governador, candidato à reeleição, Eduardo Azeredo**, em **1998**; (...) *que* **naquela campanha, o declarante recebeu em sua conta e movimentou recursos provenientes do Comitê de coordenação da campanha do candidato Eduardo Azeredo**, sendo recursos que **o declarante hoje acredita que possam ter vindo da empresa SMP&B**; *que*, **certamente**, **tais recursos que ingressaram em sua conta bancária não vieram da conta do comitê do PSDB**; (...) *que* **não sabe dizer quem era o coordenador da campanha do candidato Eduardo Azeredo** em 1998, **embora tenha, de fato, recebido recursos em sua conta bancária para custear a campanha do candidato Eduardo Azeredo na região de Pouso Alegre/MG;** (...).

Por seu turno, ainda de acordo com o trecho acima transcrito do Laudo Pericial 1.998 (apenso 33), *Luis Flávio Vilela de Mesquita* recebeu **R$ 50.000,00** (cinquenta mil reais) da SMP&B no dia **28-9-1998**, provenientes da conta bancária mantida pela empresa no Banco Rural, a mesma que teria sido utilizada para **operar os mecanismos de lavagem de dinheiro em tese utilizados por Eduardo Azeredo em sua campanha**. Ouvido pela Polícia Federal em Uberlândia por **precatória**, *Luis Flávio* declarou o seguinte (fls. 2352/2326, vol. 11; quesitos às fls. 2145/2146, vol. 10):

> (...) *que*, ao 4º quesito [*verbis*: **Participa ou já participou de alguma atividade político-partidária? Quando e com quais políticos?**], diz que **já participou, como tesoureiro do PSDB em Uberaba/MG**, no **final da década de 90**, não sabendo precisar exatamente os anos, sendo o **Presidente do Partido em Uberaba/MG**, na época, o Sr. *Eduardo Marques Palmério*; *que*, ao 5º quesito [*verbis*: **Qual a origem do dinheiro, valor R$ 50.000,00, recebido ou depositado na sua conta bancária em 28-9-1998? (descrever minuciosamente quem depositou e o porquê)**], diz que **a origem da quantia foi do Diretório Estadual do PSDB em Belo Horizonte/MG**, não sabendo especificar a pessoa que depositou o referido valor; *que* **a verba foi para custear pagamentos de, entre outros, outdoor's, cabos eleitorais e carros de som da campanha do então candidato ao Governo de Minas, Sr. Eduardo Azeredo**; (...) *que*, ao 8º quesito [*verbis*: **Tinha conhecimento de que o depositante do referido valor era a empresa SMP&B de Marcos Valério?**], diz que **não tinha conhecimento**, pois pensava que o depósito, até o surgimento das denúncias contra a pessoa de *Marcos Valério*, teria sido feito pelo **diretório estadual do Partido PSDB/MG**; (...) *que*, ao 12º quesito [*verbis*: **Conhece Marcos Valério?**], respondeu que **não conhece pessoalmente Marcos Valério**, somente através da mídia, há cerca de 01 ano atrás; *que*, ao 13º quesito [*verbis*: **Conhece Eduardo Azeredo**, *Cláudio Mourão* (Tesoureiro da campanha do PSDB de 1998), *Carlos Eloy* (Coordenador-Geral), *Carlos Cotta* (Coordenador Metropolitano), *Walfrido dos Mares Guia*, *Álvaro Azeredo* e *João Heraldo*? **Em caso positivo, descrever minuciosamente o seu relacionamento** com cada um dos nominados.], diz que, **dos nominados**, **conhece o Sr. Eduardo Azeredo**, tendo apenas um **relacionamento político-partidário à época da sua campanha**, assim como os Srs. **Álvaro Azeredo e Walfrido dos Mares Guia**, também **relacionamentos**

> **exclusivamente político-partidários**, sendo que os demais conhece apenas através dos jornais e televisão; (...) *que* **quer esclarecer e acrescentar que este valor apenas passou por sua conta corrente, pois, na época do ocorrido, disseram que o valor não poderia ser depositado na conta do partido em Uberaba/MG** (...).

Aí se tem outro indício da possível atuação dolosa do acusado **Eduardo Azeredo**: **os recursos aplicados em sua campanha** eram **depositados em espécie, em cheque nominal à SMP&B Comunicação ou transferidos eletronicamente pela SMP&B**, **para as contas pessoais dos colaboradores de campanha filiados ao PSDB**. Isso tem uma aparente razão: **diante da origem teoricamente ilícita dos recursos** (crimes de peculato), estes **não poderiam passar pelas contas oficiais do Partido nas eleições de 1998**.

Outro beneficiário de valores **transferidos pela SMP&B para a campanha de Eduardo Azeredo**, através do mecanismo de **lavagem de dinheiro** narrado na inicial, foi o colaborador **Jaldo Retes da Silva Dolabela**, que declarou o seguinte (fls. 1874/1875, vol. 9):

> *que* **exerce a função de engenheiro junto ao DER/MG – Departamento de Estradas e Rodagens de Minas Gerais**; (...) *que* **já exerceu cargo comissionado** no DER/MG, bem como **na Prefeitura de Belo Horizonte, por indicação do PSDB**, **durante os mandatos** de *Pimenta da Veiga* (de janeiro de 1989 a abril de 1990) e **Eduardo Azeredo** (**de abril de 1990 a dezembro de 1992**); *que* o declarante é **filiado ao PSDB quase desde a sua criação**, não sabendo precisar a data; (...) *que* o declarante **desenvolveu atividade político-partidária**, auxiliando nas **campanhas** de todos os candidatos do PSDB a "cargos majoritários", dentre os quais **Eduardo Azeredo**, *Aécio Neves*, *Pimenta da Veiga*, etc...; *que*, **indagado acerca da quantia de R$ 53.025,00, depositada em sua conta pessoal na data de 28.09.1998**, o declarante respondeu que não tinha conhecimento, naquela ocasião, da origem do referido depósito, sabendo somente que se tratava de **verba destinada a pagamento de despesas de campanha**; *que* o depoente tomou conhecimento posteriormente, através de **declarações prestadas pelo senhor Marcos Valério à CPMI (Mensalão)** e lista por ele apresentada, divulgadas pela imprensa, **de que o dinheiro depositado na conta do declarante era oriundo do senhor Marcos Valério** e, segundo o próprio *Marcos Valério*, depositado a pedido do senhor *Cláudio Mourão*; (...) *que* **não conhece e jamais esteve com a pessoa de Marcos Valério**; (...).

Ivone de Oliveira Loureiro, chefe de gabinete do Deputado *Leonídio Bouças*, aparece no quadro do Laudo Pericial 1.998, transcrito acima, como beneficiária do valor de R$ 20.000,00, creditados em sua conta pela SMP&B. Ela declarou o seguinte, sobre a finalidade desses recursos (fls. 2125/2125, vol. 10):

> (...) *que* indagada acerca da quantia de **R$ 20.000,00 depositada em 28.09.1998**, em sua conta corrente no *Banco do Brasil*, a declarante **confirma tal depósito**; *que* referida quantia foi **repassada pelo Comitê de Campanha do então Governador e candidato à reeleição no pleito de 1998, Eduardo Azeredo**; *que* **não se recorda quem do Comitê fez contato avisando da quantia depositada em sua conta corrente**, porém, afirma que **tal valor destinava-se a cobrir gastos de campanha do segundo turno**, despesas estas realizadas principalmente nesta

> capital, tais como **pagamento de pintura de muros, faixas, pessoas empenhadas na campanha**, dentre outras; (...) *que* não participava das **reuniões no Comitê Central da campanha de eleição do Governador Eduardo Azeredo em 1998**; *que* **quem comparecia nas reuniões do comitê central era o Deputado Leonídio Bouças** e, eventualmente, seus assessores diretos na região de Uberlândia/MG, de nomes *Ronaldo* e *Everson*; *que* não sabe se houve **reunião onde foi decidido o repasse do recurso, mas acredita que tenha ocorrido**; (...) *que* não tinha conhecimento de que o depositante da referida quantia era a empresa SMP&B; (...).

Cibele Teixeira do Rosário também recebeu valores provenientes da conta 06.002289-9 da SMP&B no Banco Rural, que viabilizou a lavagem de dinheiro público, obtido por meios ilícitos, para sua **aplicação insuspeita** na campanha do acusado **Eduardo Azeredo**. *Cibele* assim se manifestou na Polícia Federal (fls. 2231/2232, vol. 11):

> *que*, indagada acerca de um depósito em sua conta corrente n. 168419, de sua titularidade, no *Bemge*, no valor de **R$ 30.000,00** (trinta mil reais), no dia **29 de setembro de 1998**, oriundo da empresa **SMP&B**, respondeu que **toda quantia de maior vulto recebida em sua conta corrente era depositada por seu irmão, Paulo Vasconcelos**, e utilizado para pagamento das contas e despesas do mesmo.

Ouvido pela Polícia Federal, o irmão de *Cibele Teixeira do Rosário*, **Paulo Vasconcelos do Rosário Neto** (fls. 2233/2235, vol. 11), que também foi beneficiado por um depósito em sua própria conta pessoal, declarou o seguinte:

> (...) *que* nunca ocupou cargo público efetivo, **já tendo ocupado o cargo de Secretário Adjunto de Comunicação do Governo do Estado de Minas Gerais** no período compreendido entre **novembro de 1995 e janeiro de 1997** (...) **sendo Governador o Sr. Eduardo Azeredo**; *que* teve **participação ativa na campanha à reeleição de Eduardo Azeredo ao Governo de Minas Gerais no ano de 1998**; *que* atuou como uma espécie de **"relações públicas" entre** a **empresa contratada pela coligação** "*Construindo o futuro de Minas*", **Duda Mendonça Comunicação**, **e a sociedade civil em Minas Gerais**, em especial com a imprensa falada e escrita; *que* o motivo principal de sua atuação neste sentido deu-se em razão de um certo **desconforto gerado na sociedade local em virtude de ser a empresa contratada originária de outro estado**; *que* esclarece que a empresa *Duda Mendonça* já vinha **estigmatizada** por ter promovido as **campanhas eleitorais de Paulo Maluf**; *que* foi **convidado** para **desempenhar esta função** na campanha pelo então Vice-Governador do Estado de Minas Gerais, o Sr. **Walfrido dos Mares Guia**; (...) *que* a **remuneração** avençada em tal contrato foi no montante de **R$ 100.000,00** (cem mil reais) durante **todo o período eleitoral, isto é, de julho a dezembro de 1998**; *que* **recebeu seus honorários parte em dinheiro vivo**, entregue **no Comitê da Juventude do PSDB**, e **parte através da empresa SMP&B**, em **cheques entregues por Cláudio Mourão ou através de depósito em sua conta corrente**; (...) *que*, indagado acerca de um depósito realizado na conta-corrente de sua titularidade, de n. 800005126, no Banco Rural, no valor de **R$ 15.000,00** (quinze mil reais), em **23 de março de 1999**, de emissão da empresa SMP&B, respondeu que **confirma que a conta-corrente mencionada era sua e o valor referido era parte do pagamento dos R$ 100.000,00 cobrados pelo Declarante pelos seus serviços na área de publicidade**; (...) *que* deseja esclarecer que **Cibele**

> **Teixeira do Rosário é sua irmã e, desde 1998, trabalha como sua secretária**; *que* qualquer envolvimento da mesma nos **fatos sob investigação referem-se única e exclusivamente à participação do Declarante na campanha eleitoral de Eduardo Azeredo em 1998**.

Mais uma vez, como se nota, **foram feitos pagamentos em espécie**, de modo a **viabilizar a utilização dos recursos públicos transferidos pela Copasa, pela Comig e pelo Bemge para a SMP&B**, **destinando-os à campanha do acusado Eduardo Azeredo**.

Aristides França Neto também foi **pago por sua colaboração na campanha de Eduardo Azeredo por meio da conta da SMP&B em que foram depositados os recursos públicos estatais que deveriam ser direcionados ao Enduro Internacional da Independência. Ele recebeu dois depósitos, no valor de R$ 205.000,00 cada um**, sendo **um no início de setembro**, como foi visto anteriormente, e outro no dia **30-9-1998**. Em seu depoimento, **já anteriormente transcrito** (fls. 2201/2202, vol. 11), ele afirmou que as transferências se deram para **despesas da campanha de reeleição do acusado Eduardo Azeredo**.

O nome de *Rogério Lanza Tolentino* também aparece no Laudo Pericial 1.998 como mais um dos beneficiários de depósitos provenientes da conta da SMP&B aberta com o fim de **viabilizar os procedimentos de lavagem de dinheiro, que possibilitaram, em tese, a aplicação de recursos públicos na campanha de Eduardo Azeredo**.

Tolentino é réu na ação penal que teve origem no chamado "Escândalo do Mensalão" e, **à época dos fatos ora em análise (1998), ele era membro do Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais, representando a classe dos advogados** (v. fl. 4468, vol. 21). A respeito desse fato, o Procurador-Geral da República destacou o seguinte na denúncia (fl. 5991, vol. 27):

> **Naquele período, Rogério Tolentino** ocupava o **estratégico cargo de Juiz Eleitoral do Tribunal Regional Eleitoral do Estado de Minas Gerais**. Em razão da função desempenhada, e dentro da associação estável já existente com o grupo de *Marcos Valério*, do qual fazia parte, era **sistematicamente remunerado**, **como demonstrou investigação financeira desenvolvida**. (O fato em exame será objeto de **apuração na primeira instância**).

O Procurador-Geral da República destacou, ainda, na denúncia, como apoio no Laudo Pericial 1.998, que *Rogério Tolentino* **costumava ser remunerado nessas circunstâncias**, diretamente ou por meio de **sua esposa Vera Tolentino** (fl. 5991). Com efeito, consta do **anexo II do Laudo Pericial 1.998** que **Rogério Tolentino** foi beneficiado por depósito **direto** no valor de **R$ 93.000,00**, e, através de sua esposa, por depósitos no valor total de **R$ 315.350,00** (fls. 85 e 88 do apenso 33), provenientes da conta 06.002289-9, na agência 009 do Banco Rural, em que foram depositados os recursos estatais (v. apenso 33, fl. 33 – **dois depósitos** em favor de *Vera Tolentino*, efetuados **no mesmo dia 18-9**; fl. 35 – depósito em favor de *Rogério Tolentino* em **1º-10**), além de recursos de outras contas titularizadas

pelas empresas de *Marcos Valério* (fls. 45/47 do apenso 33), o que tornaria *Rogério Tolentino*, no mínimo, **suspeito** para julgar a regularidade das contas do acusado *Eduardo Azeredo*, cuja campanha foi "financiada" através da SMP&B e da DNA.

Consta, ainda, da lista dos favorecidos por transferência da conta da empresa SMP&B analisada no Laudo Pericial 1.998 (v. fl. 36, apenso 33, acima transcrito), o nome de *Lacir Dias de Andrade Filho*, que teria recebido o valor de **R$ 30.000,00**, proveniente, em tese, **dos cofres públicos mineiros**. *Lacir* declarou o seguinte (fls. 1883/1884, vol. 9):

> *que*, indagado acerca do recebimento, em sua conta bancária de n. 613.926-4, na agência 1629-4, do Banco do Brasil, da importância de R$ 30.000,00, depositada na data de 02.10.1998, o declarante respondeu que **nega ter recebido tal valor de dinheiro na retrorreferida conta, a qual admite ser de sua titularidade**; (...) *que* a única relação do Comitê de **Eduardo Azeredo com o declarante** foi através do **candidato a Deputado Estadual Amílcar Martins**, referente a envio de correspondências que eram impressas e endereçadas a partir do Comitê eleitoral do Deputado *Leopoldo Bessone*, ficando **a cargo do candidato Amilcar Martins o pagamento dos selos de postagem**; (...) *que* **o declarante informa que os valores relativos às postagens eram bem inferiores a R$ 30.000,00**; (...).

Elma Barbosa de Araújo, também remunerada através da SMP&B (v. Laudo Pericial 1.998, fl. 36, apenso 33) depois dos repasses dos recursos públicos de *Copasa*, *Comig* e *Bemge* para a empresa de *Marcos Valério*, prestou declarações nos seguintes termos (fls. 1854/1855):

> (...) *que*, com relação ao valor de **R$ 10.000,00**, depositado no dia **02.10.1998** em sua conta bancária, por parte da **SMP&B**, a declarante disse que **não tinha conhecimento de que aquela quantia fora depositada pela referida empresa**, entretanto, esclarece que a mesma ocorreu por **ordem da assessoria do então candidato a Vice-Governador Clésio Andrade** e teve como objetivo **custear os gastos que o Diretório do PSDB do Município de Pará de Minas/MG efetuou** em **duas recepções feitas naquela região, durante a campanha eleitoral, ao candidato a Governador Eduardo Azeredo** e ao seu vice *Clésio Andrade*; *que* as mencionadas **recepções ocorreram nos meses de agosto e setembro de 1998**, respectivamente, recordando-se apenas que **a segunda recepção ocorreu no dia 30.09.1998**; *que* a declarante esclarece que os valores gastos com as recepções aos candidatos foram assumidos por ela própria, e que, **dias após a última recepção, recebeu um telefonema de um assessor de Clésio Andrade (então candidato a Vice-Governador)**, que não se recorda o nome, tendo esse lhe pedido os dados de sua conta bancária, a fim de que fosse feito um depósito com intuito de **ressarci-la dos gastos despendidos naqueles eventos**; *que* a declarante disse ter sido a **responsável por todos os contatos com políticos e correligionários da região de Pará de Minas/MG na consecução dos dois eventos**; (...).

Como se pode notar, também nesse caso, recursos públicos do Estado de Minas Gerais, transferidos para a SMP&B a título de patrocínio do Enduro da Independência, foram, em verdade, **aplicados em proveito próprio de Eduardo Azeredo**, **na sua campanha de reeleição em 1998**.

Antonio Carlos Lima Ienaco aparece na lista do Quadro 32 do Laudo Pericial 1.998 (análise dos débitos ocorridos na conta 06.002289-9, da SMP&B, entre 28-9-1998 e 7-10-1998) como beneficiário de depósito no valor de R$ 15.000,00 (quinze mil reais). Em depoimento à Polícia Federal, prestou os seguintes esclarecimentos (fls. 2358/2359, vol. 11):

> (...) *que* **exerceu a função de Chefe de Gabinete Municipal do ex-prefeito municipal de Leopoldina/MG – Sr. Antonio Márcio Cunha Freire, de 1998 a 2000** (...); desconhece a origem do montante depositado em sua conta bancária; *que* **foi chamado ao gabinete do ex-prefeito Sr. Antonio Márcio Cunha Freire** e este **solicitou-lhe o número de sua conta bancária no Banco do Brasil**, a fim de que fosse **depositado um valor em dinheiro**, explicando-lhe que não se lembrava no momento o número da sua própria conta; *que* **o ex-prefeito encontrava-se falando com uma pessoa ao telefone, não sabendo dizer quem, e explicou ao declarante**; *que*, após o depósito em sua conta bancária, **o declarante emitiu um cheque para o saque do valor total de R$ 15.000,00** (quinze mil reais) e **repassou o montante para o ex-prefeito**; *que*, **nessa ocasião, o ex-prefeito revelou ao declarante que se tratava de dinheiro relacionado à campanha para o Governo de Minas Gerais**; (...).

Também nesse caso, **os recursos foram repassados, em espécie, pela SMP&B, para a campanha do acusado Eduardo Azeredo**.

Rosemburgo Romano Junior recebeu R$ 10.000,00 (dez mil reais) no dia **2-10-1998**, através da SMP&B, e declarou o seguinte (fls. 1979/1980, vol. 10):

> (...) *que* foi filiado ao PPB de 1994 a 2003; (...) *que* **não sabe dizer a origem do depósito no valor de R$ 10.000,00 em sua conta corrente na segunda quinzena de setembro de 1998**, salvo engano; *que* não sabe dizer quem foi responsável pelo depósito, **acreditando que tenha sido em razão da campanha do PSDB ao Governo do Estado de Minas Gerais**; (...) *que* não recebeu auxílio financeiro do Comitê de Campanha da Coligação a que pertencia; (...) *que* não se recorda se o recurso acima **foi depositado em espécie, cheque ou por meio de transferência bancária**; *que* **somente neste momento** tem conhecimento de que o referido valor foi **depositado pela empresa SMP&B**; (...) *que* **repassou o recurso recebido ao seu pai, o senhor Rosemburgo Romano**; *que* **o recurso foi solicitado ao declarante por seu pai para a utilização na campanha do candidato a Governador Eduardo Azeredo**; (...) *que* somente **recentemente**, com as **notícias** veiculadas em nível nacional, tomou conhecimento da **existência do senhor Marcos Valério**; *que* também **não conhece os sócios da SMP&B e da DNA Propaganda**, os senhores **Cristiano Paz e Ramon Cardoso**; *que* teve apenas **encontros casuais com o atual Senador Eduardo Azeredo**, não tendo **contato direto** com o então candidato a Governador na eleição de 1998, apesar de **fazer parte da coligação que o apoiava**; *que* **não conhece a pessoa de Cláudio Mourão**; *que* conhece o senhor **Clésio Andrade**, com quem teve encontros casuais; (...).

Por sua vez, *Rosemburgo Romano*, pai do declarante acima citado, esclareceu o seguinte (fls. 1977/1978, vol. 10):

> *que* **em 1994 apoiou a coligação em que o então candidato Eduardo Azeredo era cabeça de chapa**; *que*, **em 1998**, o seu partido, o PPB, atual PP, **apoiou**

o então Governador Eduardo Azeredo na reeleição ao Governo do Estado de Minas Gerais; *que* **foi depositado o valor de R$ 10.000,00**, no fim do mês de setembro, **na conta corrente do seu filho Rosemburgo Romano Junior**; *que* o seu filho era candidato a Deputado Estadual pelo PPB, no entanto, **tais valores não foram utilizados na campanha dele, e sim na campanha do Governador Eduardo Azeredo à reeleição**; (...) *que* **o declarante trabalhou em prol da campanha da Coligação PSDB/PFL**, **viajando pelas cidades do Sul de Minas, tanto no primeiro como no segundo turnos**; *que* **sua amizade com o senhor Eduardo Azeredo vem desde o tempo em que o declarante foi Deputado Federal juntamente com o pai do referido Governador**, o senhor *Renato Azeredo*; (...) *que* **os gastos efetuados pelo declarante** na região sul de Minas Gerais foram decorrentes de **pinturas de muros, faixas, gasolina, aluguel de carros, etc.**; *que* **não conhecia a origem do depósito** efetuado na conta do seu filho, mas **acreditou que tivesse sido feito pelo PSDB**, partido do **Governador Eduardo Azeredo**, **por ocorrer no período de campanha eleitoral**; (...) *que* **não sabia que o depósito na conta do seu filho tinha origem na empresa SMP&B**; *que* **nunca ouviu falar ou conheceu os sócios da SMP&B e DNA Propaganda**, os senhores **Marcos Valério, Ramon Cardoso e Cristiano Paz**; (...) *que* **nunca teve contato com o senhor Cláudio Mourão**; *que* o senhor *Carlos Eloy* foi Deputado Federal com o declarante, desfrutando da sua amizade, mas não manteve contato com ele nas eleições de 1998; *que* **tem amizade com o senhor Clésio Andrade, visitando-o cordialmente quando vem a Belo Horizonte/MG, não o encontrando na eleição de 1998**; (...).

Dando prosseguimento à análise da lista constante do Quadro 32 do Laudo Pericial 1.998 (fl. 37, apenso 33), constata-se o aparecimento do nome de **Leopoldo José de Oliveira**, como beneficiário de **duas transferências**, no valor de R$ 10.000,00 **cada**, **efetuadas pela SMP&B, ambas no dia 6-10-1998**. Ele assim explicou a origem desses recursos (fls. 2214/2216, vol. 11):

(...) *que* **prestava serviços de mobilização política,** contactando prefeitos, entre outras lideranças, com a finalidade de **reuni-las em prol da reeleição do então candidato Eduardo Azeredo ao cargo de Governador de Minas Gerais**; *que* **o serviço de mobilização foi solicitado pela agência de propaganda SMP&B**, que era uma das agências que cuidava da **campanha política de Eduardo Azeredo**; (...) *que*, **em relação aos depósitos** nas contas 110769 e 28965, bancos Itaú e Boavista (*Santander*), **efetuados pela empresa SMP&B, de dez mil reais, totalizando vinte mil reais**, na **data de 06/10/1998**, (...) **tais depósitos foram para atender as despesas operacionais com a mobilização de campanha política da reeleição de Eduardo Azeredo**; *que* o trabalho consistia nos gastos com **locação de veículos, pagamento de despesas de restaurantes, entre outros**; *que* **os honorários cobrados pelo trabalho de mobilização ficavam em torno de 15 a 20% do montante**; *que* **Cristiano Paz**, sócio da SMP&B, foi **uma das pessoas que contactou o declarante para a prestação do serviço de mobilização política**, a quem era dado o feedback do desenvolvimento do trabalho realizado; *que* **também manteve contato com outros jornalistas vinculados à campanha, podendo citar Eduardo Guedes**, *Leonardo Fulgêncio* (falecido no presente ano); (...) *que* **não manteve contato na campanha eleitoral de 1998 com Cláudio Mourão ou Carlos Eloy**; *que* sabia que **Marcos Valério era sócio da SMP&B**, mas não teve relacionamento pessoal ou profissional com o referido empresário; (...).

Finalizando a lista, aparece o nome de *Marta Mafalda Fautini Silveira*, como beneficiária do montante de R$ 10.000,00, oriundos da SMP&B. Seus esclarecimentos para o repasse foram os seguintes (fls. 2223/2224, vol. 11):

> (...) *que* é **cotitular da conta corrente n. 97.00651-6 no Banco Rural**, há mais de 15 anos, **com seu marido, Marco Antonio Mourão da Silveira**; *que* **indagada a respeito de um depósito da empresa SMP&B, no valor de R$ 10.000,00**, na conta corrente n. 97.00651-6, **em 07/10/1998**, mantida no Banco Rural, respondeu que **desconhece tal depósito**; *que* **não possui renda própria**; *que* **nunca teve o hábito de checar o extrato bancário** de sua conta corrente; *que* **é seu marido quem controla a conta corrente do casal e que poderá prestar maiores esclarecimentos a respeito deste depósito**; que **seu marido é irmão de Cláudio Mourão da Silveira, ex-tesoureiro da campanha eleitoral de Eduardo Azeredo ao Governo de Minas Gerais em 1998**.

Em resumo, todos os depoimentos acima, de prestadores de serviços para a campanha de reeleição de *Eduardo Azeredo*, **apresentam a mesma característica**: **todos eles foram remunerados através das empresas de Marcos Valério e seus sócios** pelos serviços prestados à **campanha de Eduardo Azeredo**; todos eles afirmaram que **desconheciam**, à época dos fatos, a circunstância de que quem os pagava pela prestação dos serviços à campanha, **ao invés do comitê de campanha**, como pensavam, **era Marcos Valério**, pessoa **desconhecida de todos**.

Na nota de rodapé 35, o Procurador-Geral da República relacionou **outros indícios da atuação criminosa do atual Senador da República Eduardo Azeredo**, *verbis* (fl. 5956):

> Durante a campanha eleitoral, [**Eduardo Azeredo**] **tratou da destinação de recursos para aliados**, recursos esses **oriundos do esquema montado** (vide, entre outros, **depoimento de Antonio do Valle Ramos** – fls. 2245/2248, especialmente:
>
> > "*que* **procurou o Governador Azeredo** em seu Comitê de Campanha para formalizar o apoio à sua reeleição ao Governo de Minas Gerais; (...) *que*, ficou **acordado com o candidato à reeleição Eduardo Azeredo** que o **Comitê Central** iria **apoiar** de forma estratégica e **financeira** o declarante na região de Patos de Minas/Minas Gerais, não se falando, porém, na quantia que seria destinada ao declarante para cobrir despesas eleitorais.)".
>
> **Empresas remuneradas por Marcos Valério** emitiram **notas fiscais em nome de Eduardo Azeredo** (fls. 5273/5282 e 5335/5368, especialmente: "Informamos ainda que, **até o recebimento do presente ofício, sequer tínhamos conhecimento de que o referido depósito teria sido realizado pela empresa SMP&B Comunicação Ltda.**, haja vista que, como será exposto abaixo, **toda e qualquer prestação de serviços realizados pela A. F & C Eventos Ltda., no período da campanha eleitoral/1998**, **para o candidato Eduardo Azeredo, tínhamos como cliente o próprio candidato Sr. Eduardo Brandão de Azeredo**, conforme notas fiscais de serviços emitidas anexas").

Merece destaque a nota de rodapé 36 da denúncia, que transcreveu trecho do **Relatório Final dos Trabalhos da CPMI dos Correios**, juntado pelo Procurador-Geral da República (documento 17 que instrui a denúncia, fls. 6562/6574 dos autos, vols. 30/31), bem como do Relatório de Análise produzido pela Procuradoria-Geral da República:

> Foi o que constou no Relatório Final dos Trabalhos da CPMI "dos Correios" (documento n. 17 que instrui a denúncia, fl. 1032): "Ilação é possível de que **Marcos Valério mantinha relação com o então Governador**, pois que se têm dados que confirmam **expressivo número de telefonemas entre aquela autoridade e Marcos Valério, Cristiano Paz e SMP&B** (...)".
> **(Nota de rodapé 36 da denúncia.)**

A **defesa de Eduardo Azeredo alegou** que o **conteúdo dos diálogos** não foi revelado, razão pela qual o simples fato de que "**ocorreram ligações entre os números de Valério e Azeredo**" não comprovaria que as conversas foram efetivamente travadas **entre os dois** acusados.

Contudo, não se pode afastar o dado em questão, no momento de uma decisão de **recebimento da denúncia**, em que o juízo não é de **certeza**, mas sim de **verossimilhança da acusação.**

Como se sabe, **não é necessária**, **nesta fase do procedimento**, a **comprovação cabal e incontroversa** dos fatos narrados pelo órgão acusador, sendo **suficiente** o **indício** de que tais fatos aconteceram.

Ademais, **esse não é um indício isolado da relação entre Eduardo Azeredo e Marcos Valério**. Ao contrário, está inserido num vasto **conjunto de outros indícios e circunstâncias**.

Não é ocioso repetir: *Marcos Valério* e suas empresas **não tinham qualquer relação contratual formal com a campanha do acusado**, que contratou os serviços de comunicação e publicidade da empresa do senhor *Duda Mendonça*. Sua **intensa atuação nos bastidores da campanha** só é explicável quando examinada à luz do **papel por ele desempenhado na viabilização do desvio** e **transferência dos recursos das estatais mineiras para a campanha** e subsequente **"engenharia financeira"**, **consistente em mesclar recursos públicos com empréstimos bancários fictícios**, que, ao fim e ao cabo, viriam a ser **minimamente** saldados, como já demonstrado.

Assim, no que diz respeito aos elementos configuradores do **dolo**, considero haver indícios sérios, reveladores da prática do crime de **lavagem de dinheiro** por parte do acusado **Eduardo Azeredo**, que se utilizou **à larga** da **expertise** nesse campo do notório **Marcos Valério e seus associados**. Esses indícios **não foram afastados** quer pelo depoimento prestado pelo acusado na fase inquisitorial, quer por sua defesa escrita juntada a estes autos após o oferecimento da denúncia.

Por outro lado, os indícios de **autoria e materialidade** relativos ao crime de **lavagem de dinheiro** são bastante consistentes, como ficou **exaustivamente demonstrado** ao longo deste voto.

5. Outros indícios contra o acusado Eduardo Azeredo

Outros indícios da prática dos crimes por *Eduardo Azeredo* foram narrados na denúncia, que descreve, também, as características de sua atuação no **suposto esquema criminoso** montado em **1998** para possibilitar o **financiamento, em tese, ilícito**, de sua **campanha de reeleição ao Governo do Estado de Minas Gerais**.

Um desses indícios citados pelo Procurador-Geral da República foi o aparente **acordo travado entre o acusado e Cláudio Mourão**, tempos depois dos fatos em tese criminosos, **para impedir o coordenador financeiro da campanha de revelar o suposto esquema da campanha de 1998**.

Com efeito, um documento elaborado por *Cláudio Mourão*, juntado às fls. 338/340 (vol. 2), merece a acurada atenção deste Tribunal, por fornecer indícios de que *Eduardo Azeredo* pode ter realmente entrado em acordo com seu ex-Secretário para manter em sigilo os supostos crimes cometidos durante a campanha. Este documento é **transcrito na denúncia** (fls. 5964/5965, vol. 27).

Intitulado "**Resumo da movimentação financeira ocorrida no ano de 1998 na campanha para a reeleição ao Governo do Estado de Minas Gerais, pelo atual Senador da República Sr. Eduardo Brandão de Azeredo e do atual Vice-Governador, Sr. Clésio Soares de Andrade. Eleição de 1998 – Histórico**" e assinado por *Mourão*, a chamada "Lista *Cláudio Mourão*", o documento traz as seguintes e relevantes informações, *verbis* (fls. 338/340, vol. 2):

> 1º – Foram **arrecadados para a campanha de 1998 mais de R$ 100.000.000,00** (cem milhões de reais) no decorrer da **gestão final do Governo de Eduardo Brandão de Azeredo**. Destes recursos, **só as empresas SMP&B e DNA movimentaram R$ 53.879.396,86** (cinquenta e três milhões, oitocentos e setenta e nove mil, trezentos e noventa e seis reais e oitenta e seis centavos). "Documentos do Contador em anexo".
>
> 2º – Empréstimos Contraídos
>
> **Parte deste recurso veio de empréstimos contraídos em nome das empresas SMP&B e DNA e de operações realizadas com o governo**.
>
> "Extrato bancário do 1º empréstimo anexo".
>
> **Título de origem fria, emitido contra a Telesp, no valor líquido do mútuo de R$ 2.278.796,36** (dois milhões, duzentos e setenta e oito mil, setecentos e noventa e seis reais e trinta e seis centavos) **descontados no Banco Rural**.
>
> 3º – Operações com o Governo
>
> Com o **objetivo de angariar recursos para a campanha**, a **SMP&B** promoveu, como faz há vários anos, o **Enduro da Independência**, e **obteve recursos a título de patrocínio, da Administração Direta e de Empresas Públicas, conforme discriminado abaixo**:
>
> **Administração Direta – R$ 2.000.000,00**
>
> Administração Indireta
>
> *Cemig* – R$ 1.673.981,90
>
> **Copasa – R$ 1.500.000,00**
>
> **Comig – R$ 1.500.000,00**
>
> **Bemge – R$ 1.000.000,00**
>
> *Crédito Real* – R$ 1.000.000,00
>
> *Loteria Mineir*a – R$ 500.000,00
>
> *Comig* – R$ 1.500.000,00
>
> *Total Geral* – R$ 10.673.981,90
>
> **Dos recursos acima levantados, pequena parcela foi gasto com o Enduro da Independência** e **o restante foi repassado para a campanha, através do Banco Rural e do Banco de Crédito Nacional (BCN), via Doc's**.

> 4º – Parte do recurso foi de **empréstimos com aval do governo**, **das privatizações**, de **empreiteiras** – **Queiroz Galvão, Erkal, CBN, Egesa, ARG, Tercam**, entre outras – e de **fornecedores do Estado**, de **prestadores de serviços diversos, construtoras, indústrias, bancos, corretoras de valores da Cemig, da Prodemg, da Telemig, Secretarias de Governo, inclusive da Fazenda, Banco BDMG, de doleiros e de outros colaboradores individuais**, no valor superior à cifra de **R$ 80.000.000,00** (**oitenta milhões de reais**). Mesmo assim, ficou pendente uma **dívida superior a R$ 20.000.000,00 (vinte milhões de reais)**.
>
> (...)
>
> 9º – **Recursos destinados ao ex-Governador e hoje Senador da República, Sr. Eduardo Brandão de Azeredo**, **no valor de R$ 4.500.000,00 (quatro milhões e quinhentos mil reais), para compromissos diversos** (questões pessoais).
>
> Obs.: **Repassado por mim, com autorização das agências SMP&B e DNA Propaganda, conforme recibo anexo**.
>
> (...)
>
> 11º – **Valores não declarados ao TRE-MG, acima de R$ 90.000.000,00 (noventa milhões de reais) (caixa 2)**.
>
> Obs.: Os valores recebidos na campanha e não declarados ao TRE-MG são de **conhecimento e responsabilidade do partido do PSDB (Partido da Social Democracia Brasileira) e do então candidato à reeleição e não eleito, Senador da República Eduardo Brandão de Azeredo**. (...)

Anexado ao documento ora transcrito encontra-se o **recibo assinado pelo acusado Eduardo Azeredo**, já anteriormente mencionado, com data de **13 de outubro de 1998**, em que **o próprio acusado afirma** o seguinte (fl. 341, vol. 2):

> **Recebi da SMP&B e da DNA Propaganda, a importância de R$ 4.500.000,00 (quatro milhões e quinhentos mil reais)**, para **saudar compromissos diversos, por intermédio do coordenador de campanha eleitoral, Sr. Cláudio Roberto Mourão da Silveira**, CPF n. 024.544.326-68 e CI n. Minas Gerais 699.771.

Como eu já mencionei na primeira parte deste voto, **a defesa do acusado, em sua resposta escrita, silenciou-se por completo a respeito desse documento**, não contestando **absolutamente nada** a seu respeito, embora esteja **mencionado na denúncia** (fls. 5965, vol. 27) e tenha sido juntado aos autos **desde o início das investigações**, dando respaldo à acusação, como todos os demais indícios constantes dos 34 volumes (à época da resposta escrita) e **42 apensos**.

Cláudio Mourão **negou a confecção da Lista**, embora tenha **reconhecido sua própria assinatura no documento** (v. depoimento de fl. 410). Contudo, perícia realizada pelo Instituto Nacional de Criminalística confirmou **não só** a **autenticidade das rubricas e assinatura lançadas por ele** (Laudo de Exame Documentoscópico 3.319/05 – fls. 420/425), mas também a **inexistência de fraude documental – montagem, adulteração e outros vícios – no conteúdo da mencionada "Lista"** (Laudo de Exame Documentoscópico 3.328/05 – fls. 425/429).

Ademais, segundo explicitado no Laudo Pericial 1.998, os peritos constataram "confrontações **positivas** entre os **valores movimentados e os descritos nessa lista**". Eis o que descreve o laudo em questão (fl. 4571, apenso 33):

> 203. Nessas confrontações, encontram-se valores provenientes da **Comig, Cemig, Copasa, empresas do grupo financeiro Bemge, pagamentos do Estado de Minas Gerais, Egesa Engenharia S.A., Construtora Queiroz Galvão, ARG Ltda., Erkal Engenharia Ltda**. No quadro a seguir, apresentam-se, **de forma resumida**, as instituições **citadas nominalmente na "Lista Cláudio Mourão"** (...):

Origem de recursos	Valor	Referência	Observação
Companhia Energética de Minas Gerais – *Cemig*	1.673.981,90	§129	A "lista *Cláudio Mourão*" aponta valor idêntico
Companhia de Saneamento de Minas Gerais – *Copasa*	1.500.000,00	§162 a 164	A "lista *Cláudio Mourão*" aponta valor idêntico
Companhia Mineradora de Minas Gerais – *Comig*	1.500.000,00	§166 a 168	A "lista *Cláudio Mourão*" aponta **duas vezes** o valor de R$ 1.500.000,00
Erkal Engenharia Ltda.	101.000,00	§174	Empresa citada na "Lista *Cláudio Mourão*", sem valor discriminado
ARG Ltda.	**3.000.000,00**	§154 e 165	Empresa citada na "Lista *Cláudio Mourão*", sem valor discriminado
Construtora Queiroz Galvão S.A.	**2.360.000,00**	§110 e 119	Empresa citada na "Lista *Cláudio Mourão*", sem valor discriminado
Egesa Engenharia S.A.	**1.800.000,00**	§121 e 122	Empresa citada na "Lista *Cláudio Mourão*", sem valor discriminado
Bemge S/A Adm. Geral S.A.	100.000,00	Quadro 46	A "lista *Cláudio Mourão*" aponta **Bemge** com valor de R$ 1.000.000,00
Financeira Bemge S.A.	100.000,00	Quadro 46	A "Lista *Cláudio Mourão*" aponta **Bemge** com valor de R$ 1.000.000,00
Bemge Seguradora	100.000,00	Quadro 46	A "lista *Cláudio Mourão*" aponta **Bemge** com valor de R$ 1.000.000,00
Bemge Administradora de Cartões de Crédito Ltda.	100.000,00	Quadro 46	A "lista *Cláudio Mourão*" aponta **Bemge** com valor de R$ 1.000.000,00
Bemge Distribuidora de Valores Mobiliários S/A	100.000,00	Quadro 46	A "lista *Cláudio Mourão*" aponta **Bemge** com valor de R$ 1.000.000,00
Estado de Minas Gerais	4.576.000,00	§157	Consta valor de R$ 2.000.000,00 da Administração Direta

> (...).

O Procurador-Geral da República assim narrou o episódio em questão (fls. 5957/5968):

> *Eduardo Azeredo* **indicou seu homem de confiança**, *Cláudio Mourão*, **para cuidar da parte financeira da eleição**. (...)
>
> O problema é que **a derrota eleitoral de Eduardo Azeredo** deixou *Cláudio Mourão* com expressiva **dívida** que tinha sido contraída por sua empresa Locadora de Automóveis União Ltda., cujos sócios eram seus filhos.
>
> Com o agravamento da sua situação financeira, *Cláudio Mourão* **rompeu com Eduardo Azeredo e resolveu cobrar a dívida**, que, segundo ele, era de um milhão e quinhentos mil reais.
>
> Diante da pressão de *Cláudio Mourão*, que tinha sido **peça-chave no esquema da eleição de 1998**, e, portanto, **poderia incriminar gravemente Eduardo Azeredo** e seus colaboradores da época, ele (**Eduardo Azeredo**) **resolveu procurar os principais envolvidos nos crimes praticados em 1998 a fim de adotar providências para "acalmar" Cláudio Mourão**, mediante o atendimento, pelo menos parcial, de suas exigências.
>
> (...)
>
> A **operação "abafa" é reveladora**, pois **reúne alguns dos principais integrantes do esquema da campanha eleitoral de 1998**: **Eduardo Azeredo**, *Walfrido dos Mares Guia*, *Marcos Valério* e *Banco Rural*.
>
> (...)
>
> Por solicitação de **Eduardo Azeredo**, a operação foi **intermediada por Walfrido dos Mares Guia.**
>
> *Walfrido dos Mares Guia* era **Vice-Governador do Estado de Minas Gerais em 1998, eleito em 1994, quando foi o coordenador financeiro da campanha**. Em 1998, lança-se como candidato a Deputado Federal e **participa ativamente** dos destinos financeiros e políticos da **disputa eleitoral**.
>
> Ele **negociou a contratação de Duda Mendonça**, por intermédio de Zilmar Fernandes, **pelo montante de quatro milhões e quinhentos mil reais**, sendo que o valor oficialmente declarado foi de apenas setecentos mil reais. **Eduardo Azeredo também teve ciência da negociação em curso**.
>
> Esse valor (quatro milhões e quinhentos mil reais) foi **quitado** pela **cúpula** da campanha **por meio do numerário injetado criminosamente** pelos **mecanismos profissionais operados por Marcos Valério, Cristiano Paz, Ramon Hollerbach e Clésio Andrade**.
>
> *Walfrido dos Mares Guia* (...) não hesitou em participar da operação destinada a **atender a exigência de Cláudio Mourão, que cobrava de Eduardo Azeredo o pagamento da dívida**. (...)
>
> Referida operação teve os seguintes **passos financeiros**:
>
> a) em **19 de setembro de 2002**, **Marcos Valério** repassa **setecentos mil reais** para *Cláudio Mourão*, **depositando** seiscentos mil reais na conta da empresa Locadora de Automóveis União Ltda. e cem mil reais na conta da empresa Publisoft Business Network Ltda.;
>
> b) além de depósitos do próprio *Marcos Valério* e da SMP&B Comunicação, **Marcos Valério é ressarcido por um depósito de R$ 507.134,00**, oriundo da **empresa Samos Participações Ltda., cujo sócio majoritário**, com **99%** do capital, é **Walfrido dos Mares Guia**; e

c) o valor de **R$ 507.134,00**, transferido para *Marcos Valério* (...) foi **obtido pela empresa Samos Participações** Ltda. mediante **empréstimo contraído no Banco Rural** (contrato de mútuo n. 851/009/02), em **26 de setembro de 2002**, tendo como **avalistas Eduardo Azeredo** e *Walfrido dos Mares Guia*.

No que se refere ao **empréstimo** contraído pela **Samos Participações Ltda**. junto ao **Banco Rural**, **também interessado** no silêncio de *Cláudio Mourão*, o Laudo Pericial 3690 destacou (fl. 776):

> "24. Quanto às **formalidades** do empréstimo, cabe ressaltar que **o Banco Rural não apresentou qualquer documento de avaliação da capacidade econômico-financeira da empresa Samos ou dos avalistas [Eduardo Azeredo e Walfrido dos Mares Guia]** (...)".

O problema é que **Cláudio Mourão, tempos depois, voltou à carga** contra seus ex-companheiros de empreitada ilícita em 1998, **em busca de mais dinheiro**.

Nessa época, ele confeccionou, com o conhecimento de quem coordenou ativamente a área financeira da eleição de 1998, o documento intitulado "**Resumo da movimentação financeira** ocorrida no ano de **1998** na campanha para a **reeleição** ao governo do Estado de Minas Gerais, pelo atual Senador da República, Sr. **Eduardo Brandão de Azeredo** e do atual Vice-Governador, Sr. Clésio Soares de Andrade – Eleição de 1998 – Histórico".

Em primeiro lugar, registre-se que o Instituto Nacional de Criminalística, por meio dos Laudos de Exame Documentoscópico n.(s) 3319/05-INC (fls. 420/425) e 3328/05-INC (fls. 427/429), confirmou a **autenticidade das rubricas e assinatura lançadas por Cláudio Mourão**, bem como que **não houve fraude documental no teor do documento** (montagem, adulteração e outros vícios).

O documento, portanto, é autêntico.

É importante destacar, também, que **o documento elaborado por Cláudio Mourão traz informações que se harmonizam com o resultado financeiro da apuração**, conforme detalhadamente relatado no Laudo Pericial 1998, especialmente fls. 60/61 do apenso 33 (parágrafos 202/207).

Algumas informações constantes da denominada "Lista *Cláudio Mourão*" são bem interessantes. Por exemplo:

> "1º – Foram arrecadados para a campanha em **1998** mais de **R$ 100.000.000,00** (cem milhões de reais) no decorrer da **gestão final do Governo de Eduardo Brandão de Azeredo**. Destes recursos, só as empresas **SMP&B e DNA movimentaram R$ 53.879.396,86** (cinquenta e três milhões, oitocentos e setenta e nove mil, trezentos e noventa e seis reais e oitenta e seis centavos).
>
> 2º – Empréstimos contraídos
>
> Parte deste recurso veio de **empréstimos contraídos em nome das empresas (SMP&B e DNA)** e de **operações realizadas com o governo**.
>
> 3º – Operações com o Governo
>
> Com o objetivo de angariar recursos para a campanha, a SMP&B promoveu, como faz há vários anos, o Enduro da Independência, e **obteve recursos a título de patrocínio**, da administração direta e de empresas públicas, conforme discriminado abaixo:
>
> (...)
>
> Dos recursos acima levantados, **pequena parcela foi gasta com o Enduro da Independência** e o **restante** foi repassado para a **campanha**, através do **Banco Rural e do Banco de Crédito Nacional (BCN), via Doc's**.
>
> (...)

(...)

9º – **Recursos destinados ao Ex-Governador e hoje Senador da República, Sr. Eduardo Brandão de Azeredo**, no valor de **R$ 4.500.000,00** (quatro milhões e quinhentos mil reais), para **compromissos diversos** (questões pessoais).

Obs.: **Repassado por mim**, com **autorização das agências SMP&B e DNA Propaganda**, conforme **recibo anexo**.

(...)

11º – **Valores não declarados ao TER-MG, acima de R$ 90.000.000,00** (noventa milhões de reais) (**caixa 2**).

Obs.: Os **valores recebidos na campanha e não declarados ao TER-MG são de conhecimento e responsabilidade do PSDB (Partido da Social Democracia Brasileira) e do então candidato à reeleição e não eleito, Senador Eduardo Brandão de Azeredo**."

(...).

De acordo com o Procurador-Geral da República, "[p]or **solicitação de Eduardo Azeredo**, a operação foi intermediada por Walfrido dos Mares Guia" (fl. 5959).

Essa afirmação contida na denúncia encontra **amparo** no **depoimento prestado pelo próprio Cláudio Mourão à Polícia Federal**, *verbis* (fls. 405/412, vol. 2):

> *que* neste interregno **recebeu uma ligação telefônica de Mares Guia, perguntando se o declarante autorizava a intermediação de um acordo com o Sr. Eduardo Azeredo, recebendo um ok do declarante**; *que* **em outubro de 2002**, **Marcos Valério** entrou em contato telefônico com o declarante, falou que **estava pegando um empréstimo para pagar o declarante em nome de Eduardo Azeredo**, passando-lhe um cheque pessoal no valor de 700 mil reais, logo depois.

Cláudio Mourão revelou, ainda, o seguinte (fls. 529/530, vol. 3 dos autos principais):

> *que* os R$ 700.000,00 (setecentos mil reais) **recebidos de Eduardo Azeredo em outubro de 2002** por meio da intermediação de Walfrido dos Mares Guia e **pagos por cheque pessoal de Marcos Valério Fernandes de Souza** foram **depositados na conta da empresa do filho do declarante** de nome *Classificados On Line Ltda*.

O denunciado **Eduardo Azeredo admitiu** ter **procurado Walfrido dos Mares Guia** para intervir na "negociação" com *Cláudio Mourão*, embora afirme que **o motivo** dessa negociação seria apenas a **dívida de campanha cobrada por Mourão**.

O acusado sustentou o seguinte, *verbis* (fls. 673/680, vol. 4):

> *que*, ao ser protestado por Cláudio Mourão, procurou uma forma de quitar ao menos parcialmente a dívida que a campanha possuía junto ao mesmo; *que*, desta forma, **procurou a ajuda do ministro Walfrido dos Mares Guia**, conhecido empresário do ramo educacional; *que* **Walfrido, juntamente com a Ben-Hur Albergaria**, entraram em **contato com Cláudio Mourão**, para negociar a suposta dívida; (...) *que*, **após se encontrar com Cláudio Mourão, Walfrido reportou ao**

> **declarante as negociações estabelecidas**; *que* as negociações levaram ao entendimento de se estabelecer o valor devido em R$ 700 mil, ao contrário dos R$ 900 mil inicialmente cobrados por *Cláudio Mourão*; *que Walfrido*, então, disse ao *declarante* que iria retirar um **empréstimo junto ao Banco Rural, para saldar o débito**; *que* as negociações com o *Banco Rural* ficaram a cargo do ministro *Walfrido dos Mares Guia*, sendo que caberia ao *declarante* atuar como avalista.

Esse depoimento, contudo, **não afasta**, de plano, a tese acusatória. A partir dele, as seguintes dúvidas precisam ser elucidadas, no curso regular da ação penal:

1) Se a dívida havia sido contraída por *Eduardo Azeredo* em prol de sua campanha à reeleição, **por que razão ele resolveu valer-se do auxílio de Walfrido dos Mares Guia**, **que alega não ter participado da campanha**, já que estava engajado na sua própria candidatura a Deputado Federal?

2) **Por que Eduardo Azeredo não tratou diretamente, ou através de seus advogados, com Cláudio Mourão**, **depositando ou transferindo o valor acordado na conta do mesmo**?

3) Outra dúvida: por que *Walfrido dos Mares Guia* se utilizou da "**Ben-Hur Albergaria" para pagar a dívida**, depositando o dinheiro na conta de outra empresa, a **Classificados On Line Ltda.**, registrada em nome do filho de *Cláudio Mourão*?

Por outro lado, não se vislumbra qualquer razão para a participação de *Marcos Valério* nesse acerto, senão aquela sustentada pelo Procurador-Geral da República: **ocultar a negociação entre Eduardo Azeredo e Cláudio Mourão**, que poderia **vinculá-lo aos crimes em tese praticados na campanha de 1998**. Como *Marcos Valério* não era uma pessoa conhecida em 2002, seus serviços teriam sido utilizados de modo a manter o sigilo das **operações de peculato e lavagem de dinheiro, imputadas a Eduardo Azeredo**.

Assim, no contexto fático em que teria ocorrido essa suposta "articulação", e tendo em vista a triangulação narrada pelo Procurador-Geral da República, há **dúvida fundada** quanto à **intenção** do acusado **Eduardo Azeredo** de afastar **suspeitas, relativamente à origem da sua dívida com Cláudio Mourão**.

Ademais, com a utilização de pessoas jurídicas para efetuar a transferência, os acusados poderiam **ocultar a movimentação, a origem e a destinação dos valores**, já que **Eduardo Azeredo concorria, então, a uma vaga no Senado**, para a qual veio efetivamente a ser eleito.

Com efeito, **a transferência de recursos de Eduardo Azeredo para Cláudio Mourão se deu às vésperas das eleições de 2002**.

Assim, o argumento da defesa, de que a transferência se destinava ao **pagamento de dívidas da campanha de 1998**, não tem o necessário respaldo nos autos, tendo em vista justamente o momento em que se realizou o suposto pagamento.

O fato de **Eduardo Azeredo** ter, aparentemente, solicitado a intervenção de *Marcos Valério* para "calar" *Cláudio Mourão*, **também merece destaque entre**

a lista de indícios existentes contra o acusado. Com efeito, colhe-se da denúncia (v. denúncia, fls. 5960 e seguintes):

> Walfrido dos Mares Guia (...) não hesitou em participar da **operação destinada a atender a exigência de Cláudio Mourão**, que **cobrava de Eduardo Azeredo o pagamento da dívida**. Atender a demanda de Cláudio Mourão significava **impedir qualquer tipo de publicidade para os crimes perpetrados em 1998**.
>
> Referida operação teve os seguintes passos financeiros:
>
> a) em **19 de setembro de 2002**, **Marcos Valério repassa setecentos mil reais para Cláudio Mourão**, depositando seiscentos mil na conta da empresa Locadora de Automóveis União Ltda. e cem mil reais na conta da empresa Publisoft Business Network Ltda.;
>
> b) além de depósitos do próprio Marcos Valério e da SMP&B Comunicação, **Marcos Valério é ressarcido por um depósito de R$ 507.134,00, oriundo da empresa Samos Participações Ltda., cujo sócio majoritário, com 99% do capital, é Walfrido dos Mares Guia**; e
>
> c) **o valor de R$ 507.134,00, transferido para Marcos Valério a fim de quitar o repasse feito a Cláudio Mourão, foi obtido pela Samos Participações Ltda. mediante empréstimo contraído no Banco Rural (contrato de mútuo n. 851/009/02)**, em 26 de setembro de 2002, tendo como **avalistas Eduardo Azeredo e Walfrido dos Mares Guia**.
>
> No que se refere ao **empréstimo contraído pela Samos Participações Ltda. junto ao Banco Rural**, também interessado no **silêncio de Cláudio Mourão**, o Laudo Pericial 360 destacou (fl. 776):
>
> > "24. Quanto às formalidades do empréstimo, cabe ressaltar que **o Banco Rural não apresentou qualquer documento de avaliação da capacidade econômico-financeira da empresa Samos, ou dos avalistas** (...)."

Como se vê, o Laudo de Exame Econômico-Financeiro 360/2006-INC, juntado às fls. 770/776, revelou **a origem dos recursos** disponibilizados através do **cheque utilizado por Marcos Valério para pagamento de Cláudio Mourão**: a origem foi o **Banco Rural**, através de **empréstimo à empresa de Walfrido dos Mares Guia (Samos)**, **avalizado** tanto por *Mares Guia* quanto pelo acusado **Eduardo Azeredo**.

É importante assinalar que, na época desses fatos, em tese, criminosos – 1998 –, **Marcos Valério** era um **desconhecido** do grande público, e permaneceu assim até a eclosão do chamado "Caso Mensalão" (AP 470). Alguns depoimentos confirmam esse dado.

É por essa razão que o pedido de **Eduardo Azeredo** para que **ele**, **Marcos Valério**, efetuasse o pagamento a *Cláudio Mourão* **em nome próprio**, gera a suspeita de que a intenção dos acusados era **ocultar a origem dos recursos** transferidos para *Mourão*, de modo a **não vincular o pagamento ao acusado Eduardo Azeredo**.

Outro dado interessante constante do Laudo de Exame Econômico-Financeiro 360/2006-INC: **o saldo da conta de Marcos Valério** veio a ser coberto com **recursos** transferidos pela empresa **Samos Participações Ltda.**, de **Walfrido dos Mares Guia**.

Ainda de acordo com esse laudo, para efetuar a transferência em questão, a empresa de *Mares Guia* **obteve** "**empréstimo**" **junto ao Banco Rural** (fl. 774, vol. 4 destes autos), do qual **Eduardo Azeredo foi garantidor, na condição de avalista** (fl. 774). Ou seja, **Eduardo Azeredo interveio diretamente no repasse de recursos para Cláudio Mourão**.

Os indícios de fraude, para aparentemente **acobertar** os crimes, em tese, cometidos em 1998, **são bastante fortes**.

Os peritos salientaram que **a conta corrente da empresa Samos não teve qualquer outra movimentação no período**, "senão as decorrentes das operações inerentes ao **empréstimo ora analisado e da transferência dos recursos para a conta de Marcos Valério**, bem como das **transações para a quitação do empréstimo**" (fl. 776).

Esses mecanismos de utilização de contratos de mútuo, celebrados com o Banco Rural, sem qualquer análise de risco, com o fim de saldar **supostas** "**dívidas de campanha**", são **idênticos ao que foi narrado pelo Procurador-Geral da República no denominado "esquema do mensalão"**, analisado no Inq 2.245 (atualmente autuado como AP 470).

A semelhança entre os dois casos não é pequena: além da identidade entre vários personagens, o *modus operandi* dos repasses para a formação de caixa 2 e a **forma de distribuição dos recursos a políticos, militantes, colaboradores e prestadores de serviços da campanha são idênticos**. A função ocupada por *Cláudio Mourão*, no caso presente, seria em tudo semelhante àquela aparentemente desempenhada por *Delúbio Soares* no caso submetido ao conhecimento deste plenário em 2007. A grande diferença, além da derrota eleitoral do candidato, é o fato de que o principal beneficiário, no caso ora em análise, **já ocupava a chefia do Poder Executivo Estadual** e buscava a **reeleição**, o que o colocava em situação que **dificilmente poderia afastá-lo das questões financeiras de seu governo e de sua campanha, até mesmo em razão da responsabilidade fiscal que era inerente à sua condição funcional**. Os demais dados revelados nestes autos demonstram, franca e desassombradamente, que o acusado **tinha ingerência nos mais comezinhos aspectos de sua campanha**, e especialmente na área financeira, que, de acordo com **inúmeros depoimentos e documentos**, e mesmo conforme a lei eleitoral impõe, **foi conduzida por Eduardo Azeredo, ainda que com o auxílio de pessoas da sua mais íntima confiança e de sua estreita relação**.

6. Dos requisitos legais para o recebimento da denúncia

Tal como assinalei anteriormente, ao receber a denúncia relativamente às imputações de **crime de peculato**, os requisitos de admissibilidade da acusação estão descritos no art. 41, combinado com o art. 395 do Código de Processo Penal, *verbis*:

> **Art. 41.** A denúncia ou queixa conterá a **exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias,** a **qualificação do acusado** ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a **classificação do crime** e, quando necessário, **o rol das testemunhas**.

> **Art. 395.** A **denúncia** ou queixa **será rejeitada quando**:
> I – for **manifestamente inepta**;
> II – **faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal**; ou
> III – **faltar justa causa** para o exercício da ação penal.

Nesta fase do procedimento, não são exigidas **provas cabais** da **procedência** da acusação; exigem-se, apenas, **indícios** da **prática dolosa** dos crimes narrados na inicial, formando assim a denominada **justa causa**.

Relativamente ao **dolo**, *Cezar Roberto Bittencourt* explica que ele "é constituído por **dois elementos**: um cognitivo, que é o **conhecimento do fato constitutivo da ação típica**; e um volitivo, que é a **vontade de realizá-la**" (*Tratado de Direito Penal*: parte geral, v. 1. 11. ed. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 267).

Portanto, o que cumpre examinar nesta fase processual do presente inquérito são os seguintes dados: 1) se a denúncia descreve um **fato criminoso** praticado **dolosamente** pelo acusado; 2) se a descrição feita na denúncia está baseada em **elementos probatórios mínimos** que permitam o exercício da **ampla defesa** pelo réu.

Julgado recente da Primeira Turma desta Corte, embora examinando a higidez de denúncia por crimes diversos dos ora imputados ao acusado (tipificados na Lei de Licitações), traz a público ementa lapidar da lavra do Ministro Carlos Britto, da qual podemos extrair lições úteis ao deslinde do presente inquérito. Leio:

> *Habeas corpus. Trancamento de ação penal. Alegada inépcia da denúncia. Ordem indeferida.*
> (...)
> 2. Quando se trata de apreciar **alegação de inépcia de denúncia ou de sua esqualidez por qualquer outra razão**, dois são os parâmetros objetivos, seguros, que orientam tal exame: os **arts. 41 e 395 do Código de Processo Penal**.
> 3. Em se tratando de **crime societário ou de gabinete**, o **Supremo Tribunal Federal não aceita uma denúncia de todo genérica**, mas **admite uma denúncia mais ou menos genérica**. É que, nos delitos dessa natureza, fica **muito difícil individualizar condutas que são organizadas e quase sempre executadas a portas fechadas**.
> 4. A peça de acusação **está embasada em elementos de convicção que sinalizam a prática delitiva**. Além do que permite ao acusado o exercício do direito de defesa.
> 5. Ordem indeferida.
> (HC 92.246, Rel. Min. Carlos Britto, unânime, Primeira Turma.)

No presente inquérito, **não se está diante de denúncia genérica**, como visto fartamente nos capítulos anteriores deste voto. Contudo, foram também aqui narrados típicos "**crimes de gabinete**", consubstanciados nos delitos de **peculato** e de **lavagem de dinheiro** que teriam sido praticados, em tese, por **Eduardo Azeredo, na condição de Governador do Estado de Minas Gerais e candidato à reeleição no ano de 1998**. Outros acusados teriam concorrido para a prática criminosa; a maioria deles ocupava cargos importantes na administração pública direta e indireta de Minas Gerais: o então Vice-Governador, *Walfrido*

dos Mares Guia; os Secretários *Cláudio Mourão* e *Eduardo Guedes*; os dirigentes das estatais que teriam sido diretamente prejudicadas – *Copasa*, *Comig* e *Bemge*; além do então candidato a vice-governador na chapa do acusado, *Clésio Andrade*, e seus ex-sócios, *Marcos Valério*, *Cristiano Paz* e *Ramon Hollerbach*.

No denominado "esquema criminoso", **Eduardo Azeredo** teria sido responsável **pelo planejamento e execução do delito de peculato – praticados através dos diretores da Copasa, da Comig e do Bemge – e de lavagem de dinheiro**, **viabilizado pelas empresas geridas por Marcos Valério**. Assim, através de **ordens e reuniões mantidas com os demais investigados**, *Eduardo Azeredo* teria **delineado o *modus operandi* do esquema, em tese, criminoso**.

Para tanto, agente do primeiro escalão do seu governo expediu ofícios a entidades da administração indireta estadual, determinando a transferência de recursos públicos, de forma dissimulada, conferindo-lhes a feição de um patrocínio a evento esportivo. Com isso, **logrou-se desviar para as empresas de Marcos Valério o montante de R$ 3.500.000,00**, muitíssimo superior ao que se destinou ao *Enduro Internacional da Independência* nos anos antecedentes ao da campanha de reeleição, e o que é o pior, a apenas **doze dias da efetiva ocorrência do evento esportivo a ser patrocinado.**

Inúmeros **documentos (notas fiscais, cópias de ofícios, dados telefônicos**), **depoimentos de testemunhas** e **laudos periciais** conferem **verossimilhança à acusação** de que *Eduardo Azeredo* **teria participado, em coautoria com outros acusados, da prática dos crimes de peculato** narrados na denúncia.

Todos esses fatos e episódios merecem ser investigados sob o crivo do contraditório, na fase de instrução criminal, de modo a elucidar a **real natureza da atuação de Eduardo Azeredo nos fatos criminosos narrados pelo Ministério Público Federal**.

O crime de **lavagem de dinheiro** recebeu tipificação em nosso ordenamento na Lei 9.613/1998, que em seu art. 1º assim o descreve:

> Art. 1º **Ocultar ou dissimular** a natureza, **origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade** de bens, direitos ou **valores provenientes**, direta ou indiretamente, **de crime**:
>
> (...)
>
> V – **contra a Administração Pública**, inclusive a exigência, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, de qualquer vantagem, como condição ou preço para a prática ou omissão de atos administrativos;
>
> (...)
>
> Pena – **reclusão de três a dez anos e multa**.
>
> § 1º Incorre na mesma pena quem, **para ocultar ou dissimular a utilização** de bens, direitos ou **valores provenientes de qualquer dos crimes antecedentes referidos neste artigo**:
>
> I – os **converte em ativos lícitos**;
>
> II – os adquire, recebe, troca, **dá ou recebe em garantia**, guarda, tem em depósito, **movimenta ou transfere**;
>
> (...).

Sobre as **etapas** do crime de **lavagem de dinheiro**, fielmente **descritas pelo Procurador-Geral da República na denúncia ora em análise**, veja-se a lição de *Rodolfo Tigre Maia*, *verbis* (*Lavagem de dinheiro*. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 37/42):

> **O destino do dinheiro: as etapas da "lavagem"**
>
> 28. A primeira etapa é a do ***placement*** ou **conversão**: tendo como momentos anteriores a **captação de ativos oriundos da prática de crimes** e sua eventual **concentração**, nesta fase busca-se a **escamoteação** (ocultação) **inicial da origem ilícita**, com a **separação física entre os criminosos e os produtos de seus crimes**. Esta é obtida através da **imediata aplicação destes ativos ilícitos no mercado formal** para lograr sua conversão em ativos lícitos (*e. g*.: por intermédio de **instituições financeiras tradicionais**, com a efetivação de **depósitos em conta corrente** ou aplicações financeiras em agências bancárias convencionais; (...).
>
> (...)
>
> 29. O segundo momento do processo designa-se por *layering*, **dissimulação**: os **grandes volumes de dinheiro inseridos no mercado financeiro na etapa anterior**, para **disfarçar sua origem ilícita** e para dificultar a reconstrução, pelas agências estatais de controle e repressão, da trilha do papel (*paper trail*), devem ser **diluídos** em incontáveis estratos, **disseminados através de operações e transações financeiras variadas e sucessivas**, no país e no exterior, **envolvendo multiplicidade de contas bancárias de diversas empresas** nacionais e internacionais, com **estruturas societárias diferenciadas e sujeitas a regimes jurídicos os mais variados**. Por outro lado, **pretende-se com a dissimulação estruturar uma nova origem do dinheiro sujo**, aparentemente legítima. Esta etapa consubstancia a **"lavagem" de dinheiro propriamente dita**, qual seja, tem por meta **dotar ativos etiologicamente ilícitos de um disfarce de legitimidade**.
>
> (...)
>
> 30. A etapa final é a chamada *integration*, ou **integração**, que se caracteriza pelo **emprego dos ativos criminosos** no sistema produtivo, por intermédio da **criação, aquisição e/ou investimento em negócios lícitos** ou pela simples **compra de bens**.
>
> (...)
>
> Os esquemas de integração em geral envolvem a **participação de "sociedades, empresas ou intermediários respeitáveis**, por exemplo, bancos estrangeiros, sociedades seguradoras, sociedades que possuam prestígio internacional, poderosas bancas de advocacia de negócios, cambistas etc., **que possam movimentar grandes importâncias sem levantar suspeitas**. A técnica utilizada pode envolver a compra e venda de complexos imobiliários, **as concessões de empréstimos a si mesmo**, a compra e venda de metais preciosos etc." (Zanchetti, 1997: 14). (...).

Adiante, comentando o art. 1º da Lei de Lavagem de Dinheiro, *Tigre Maia* esclarece os elementos objetivos do tipo, salientando o seguinte (*Opus cit.,* fl. 66):

> 52. As condutas humanas previstas são as de "ocultar" ou "dissimular", que, diante do uso da conjunção alternativa, supõe-se devam expressar ações diferenciadas.
>
> "Ocultar" é o ato de esconder, de **tornar algo inacessível a outras pessoas**.
>
> (...)
>
> Já "dissimular" é **encobrir, disfarçar, mascarar, fraudar, escamotear ou alterar a verdade**. Assim, é possível dissimular a localização de um bem

modificando sua aparência exterior, para que não seja reconhecido, ou simplesmente **mentindo acerca de onde se encontra**.

Como se pode extrair da denúncia e conforme já exaustivamente explicitado em tópicos anteriores deste voto, tentou-se, neste caso, **mascarar a natureza e a origem dos recursos públicos vindos das estatais mineiras**, convertendo-os, disfarçadamente, em **"cota de patrocínio"** de um evento esportivo, de modo a **não permitir que a origem dos recursos públicos repassados à SMP&B Comunicação fosse revelada no momento da sua aplicação na campanha de reeleição**. Teria, assim, sido **alterada a verdade**, mediante o **artifício** do **patrocínio** para, em seguida, viabilizar a **etapa final do crime de lavagem, caracterizada pela "integração": emprego dos ativos criminosos no sistema produtivo, por meio da contratação de serviços para a campanha de reeleição do acusado Eduardo Azeredo**. Ao mesmo tempo, foram tomados **empréstimos junto ao Banco Rural**, de modo a conferir **aparência lícita aos recursos utilizados na campanha**. Tais "empréstimos" seriam **quitados**, parcialmente, **com os recursos públicos desviados do Estado de Minas Gerais, caracterizando, assim, a finalização do ciclo criminoso** iniciado pelo patrocínio em tese fictício.

Apurou-se, ademais, que dentre os vários empréstimos contraídos pelas empresas de *Marcos Valério* com o Banco Rural, para o fim de injetar recursos na campanha do acusado, **não houve propriamente quitação**, ou melhor, o Banco Rural, mediante acordo, **contentou-se em receber parcela ínfima a título de quitação de uma dívida que montava a mais de 13 milhões de reais**, fato que, sem sombra de dúvidas, lança um **denso véu de suspeitas sobre a idoneidade dessa instituição bancária**, sobre as suas **relações com a cúpula do Governo de Minas Gerais** e com as já hoje **"notórias" empresas de Marcos Valério**, com as quais, aliás, o **candidato a vice-governador de Eduardo Azeredo**, *Clésio Andrade*, também originariamente denunciado neste processo, tinha **estreitas ligações** (era o sócio majoritário, portanto, detentor do controle de direito da empresa).

De acordo com *André Luíz Callegari* (*Lavagem de Dinheiro:* Aspectos Penais da Lei 9.613/98. 2. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008. p. 47):

> 7.1.3. Cumplicidade bancária
>
> **Uma das formas de ingressar grandes quantidades de dinheiro sujo é quando os criminosos podem contar com a cumplicidade dos empregados do banco** ou quando o próprio banco ou a entidade financeira estão sob o controle da organização criminosa. Quando se utiliza essa cumplicidade, **é possível colocar no circuito financeiro o dinheiro ilícito e, uma vez inserido neste, a ocultação de sua origem será infinitamente mais fácil**. (...)
>
> 7.1.4. Emprego abusivo das exceções da obrigação de identificar ou de comunicar
>
> A **utilização abusiva das normas que permitem aos bancos** e outras atividades financeiras **eximirem-se da obrigação de identificação de determinadas atividades** ou de determinadas categorias de empresas **também permite a ocultação**

de dinheiro. Isso deve-se ao fato de que muitas legislações, com o fim de agilizar a informação, permitem aos bancos eximirem-se da obrigação de **identificação daquelas operações resultantes de atividades legítimas desenvolvidas por clientes habituais ou conhecidos**. Por isso, a doutrina menciona que a prática dessa relação ou utilização abusiva da mesma por parte do banco **favorece a ação dos lavadores**. Também nesse caso, **os criminosos habitualmente se valem de sociedades fantasmas (ou de fachada) ou da cumplicidade dos empregados do banco**. (...)

(...)

7.1.6. Mistura de fundos lícitos e ilícitos

Existem muitas atividades ou negócios nos quais o **manejo de grandes somas de dinheiro resulta normal** (...). Esses **proporcionam aos lavadores uma fácil introdução no circuito legal dos fundos em dinheiro**, misturados, muitas vezes, com **outras quantidades procedentes de atividades delitivas para que se possa esconder estas últimas**. Em muitos casos, o negócio lícito não é real, é dizer, não exerce a atividade para a qual foi constituído, sendo somente uma **mera fachada que tem o objetivo de servir de cobertura para os fundos procedentes de atividade ilícita**. Essa técnica tem a vantagem de **dar uma explicação quase imediata para o grande volume de dinheiro**, isto é, como se tivesse sido gerado pelo negócio lícito.

Note-se que é exatamente este o caso dos autos: valeu-se do Banco Rural, pela **cumplicidade que essa instituição bancária tinha com Marcos Valério e seus sócios** – cumplicidade essa **confirmada nos autos do inquérito do Mensalão, convertido em ação penal por este Plenário** – e misturaram-se os **fundos de origem aparentemente ilícita – objeto de crime de peculato** – com recursos de origem **lícita**, que seriam os **recursos da SMP&B Comunicação, em sua atividade empresarial**. O Procurador-Geral da República aponta **pertinentemente** a atividade de **publicidade** como uma daquelas que permitem a **movimentação de vultosos valores em dinheiro**, sem despertar a suspeita dos órgãos de investigação e fiscalização.

Para permitir a **lavagem**, o Banco Rural teria se utilizado de modo abusivo **das exceções à obrigação de identificar os beneficiários de saques efetuados na conta da SMP&B Comunicação e de comunicar aos órgãos de controle os saques em valores elevados, alguns deles cifrados em centenas de milhares de reais, outros até mesmo superiores a um milhão de reais, como se demonstrou ao longo deste voto, tudo conduzindo à fortíssima convicção acerca da presença dos indícios caracterizadores da prática do crime de lavagem de dinheiro**.

A investigação levada a efeito neste inquérito evidenciou a ocorrência, em abundância, de contratação de serviços para a campanha do acusado *Eduardo Azeredo* por meio do **pagamento em espécie aos prestadores e colaboradores**, de modo a tornar ainda mais difícil a localização dos recursos e a trilha por eles seguida (*paper trail*).

A propósito, colhe-se em *Callegari* (*Op. cit.*, p. 67/68):

(...) a lavagem de dinheiro é um **exercício de separação a partir do qual se procura o distanciamento de determinados bens a respeito de sua origem ilícita**.

(...)

> Segundo a doutrina, a primeira fase é a de **ocultação ou colocação**, na qual **se faz desaparecer a enorme quantidade de dinheiro** em notas derivadas de atividades ilegais, mediante o **depósito do mesmo em mãos de intermediários financeiros**. A segunda fase é a conversão. Com a redução da vultosa quantidade, o patrimônio resultante ficaria submetido em segunda instância a um **bom número de transações dirigidas a assegurar, no possível, o distanciamento desses bens de sua origem ilícita**, é dizer, é preciso **desaparecer o vínculo existente entre o delinquente e o bem procedente de sua atuação**, dificultando o seguimento da pegada ou rastro do dinheiro. O processo conclui-se com a fase da **integração**, na qual a riqueza obtém a **definitiva aparência de legalidade que se pretendia dar**, o que significa que **o dinheiro pode ser utilizado no sistema econômico e financeiro como se fosse dinheiro obtido licitamente**.

Por fim, é importante mencionar que a prática dos crimes de **peculato e lavagem de dinheiro** imputados ao acusado *Eduardo Azeredo* apresentam **inúmeras semelhanças com o caso denominado "Mensalão" (AP 470)**, tendo sido considerado, pelos órgãos de persecução estatal, como o **embrião dos episódios ocorridos em 2003 e 2004**, cuja eclosão, em 2005, permitiu a instauração do presente procedimento investigatório. Com efeito, **não só alguns dos agentes em tese envolvidos – Marcos Valério, Cristiano Paz, Ramon Hollerbach, Banco Rural – mas também o *modus operandi* – obtenção de empréstimos aparentemente fictícios para formação de caixa 2 de campanha, utilizando-se, como braço direito, dos serviços do tesoureiro do comitê de campanha – permitem a comparação**. No caso presente, contudo, parcela considerável do caixa 2 da campanha teria sido formado **com recursos públicos**, de que o acusado **Eduardo Azeredo tinha o controle, na qualidade de Governador do Estado de Minas Gerais**. Dessa maneira, **os crimes de peculato** teriam sido praticados com o fim de obter recursos extras para a campanha de reeleição de 1998, e **puderam ser utilizados com aparência lícita em razão dos mecanismos de lavagem de dinheiro** em tese utilizados pelo acusado e pelos corréus que responderão perante o juiz de primeiro grau, em consequência do desmembramento do inquérito.

Por ora, e **dentro do contexto revelado neste procedimento criminal**, os indícios do suposto conluio entre **Eduardo Azeredo** e outros acusados, e de sua **participação direta nos crimes narrados na inicial**, unem-se aos demais elementos que conferem base probatória mínima à acusação.

Como visto, os fatos foram narrados de modo escorreito na inicial acusatória, bem como todas as **circunstâncias** que os envolveram.

A **linguagem da denúncia é clara e objetiva**, de modo a permitir o pleno **exercício da ampla defesa** pelo acusado **Eduardo Azeredo**.

A individualização da conduta também é a tônica da peça acusatória, que, **seguidamente**, **identifica o papel e a função exercidos pelo denunciado no suposto esquema criminoso, como sobejamente ficou demonstrado ao longo deste voto**.

Considero, portanto, haver **suspeita fundada** e **indícios suficientes** da prática dos crimes de **lavagem de dinheiro** imputados ao acusado *Eduardo Azeredo*

(itens a.3 até a.5 da denúncia, fl. 6013 – mecanismos adotados em relação aos recursos advindos da *Copasa*, da *Comig* e do *Bemge*), além da **consistência das provas de sua materialidade**, que não decorrem de mera **criação mental** do Ministério Público Federal, como alegado pela defesa.

Ante o exposto, recebo a denúncia contra o acusado Eduardo Azeredo:

a) pelos crimes de **peculato** em detrimento da *Copasa* (imputação a.1), da *Comig* (imputação a.1) e do *Bemge* (imputação a.2);

b) pelos crimes de lavagem de dinheiro (imputações a.3, a.4 e a.5).

A exemplo do que decidiu este Plenário por ocasião do recebimento da denúncia no Inq 2.245, determino o **início imediato da instrução**, independentemente de eventual interposição e julgamento de embargos declaratórios desta decisão.

EXTRATO DA ATA

Inq 2.280/MG — Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Denunciante: Ministério Público Federal (Procurador: Procurador-Geral da República). Denunciado: Eduardo Brandão de Azeredo (Advogados: José Antero Monteiro Filho e outros e José Gerardo Grossi e outros).

Decisão: Após o voto do Ministro Joaquim Barbosa (Relator), declarando a extinção da punibilidade de José Cláudio Pinto de Rezende, em razão de sua morte (art. 107, I, do Código Penal), bem como de Ruy José Vianna Lage, Gilberto Botelho Machado e Maurício Dias Horta, pela prescrição da pretensão punitiva, tendo em vista as penas cominadas em abstrato aos crimes narrados na inicial e o fato de já possuírem, atualmente, mais de 70 anos de idade (art. 107, IV, c/c art. 115 do Código Penal), e recebendo a denúncia contra o acusado Eduardo Brandão de Azeredo, relativamente ao crime de peculato em detrimento da *Copasa*, da *Comig* e do *Bemge*, foi o julgamento suspenso. Falaram, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos, Procurador-Geral da República, e, pelo denunciado, o Dr. José Gerardo Grossi. Ausente, justificadamente, a Ministra Ellen Gracie.

Presidência do Ministro Gilmar Mendes. Presentes à sessão os Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Cármen Lúcia e Dias Toffoli. Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.

Brasília, 4 de novembro de 2009 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

EXPLICAÇÃO

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): Senhores Ministros, a única coisa que eu tenho a dizer é: esse recibo consta dos autos, é mencionado na denúncia. Não faço juízo de valor, limito-me a reproduzir o que consta dos autos, apenas.

Nós estamos em fase de recebimento de denúncia. A alusão a um documento constante dos autos não significa que eu já considere esse documento como autêntico.

E, por outro lado, volto a insistir: Cláudio Mourão, que elaborou esse documento e juntou esse recibo, posteriormente negou tê-lo elaborado, mas reconheceu a sua própria assinatura, ele reconhece a sua assinatura no documento. E mais: o Instituto Nacional de Criminalística reconheceu a autenticidade desse documento, disse textualmente que esse documento, essa chamada "lista Cláudio Mourão" não é fruto de manipulação, nem de montagem nem de nada. Eu me limitei a relatar, essa é a minha obrigação. Eu não podia omitir algo que constava da denúncia e que me chamou a atenção pelo fato de a defesa ter silenciado. O meu dever era relatar os fatos e eu o fiz sem emitir qualquer juízo de valor. É o que eu tenho a dizer.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Seria um recibo propriamente dito, ou estamos diante de esquema quanto ao financiamento do primeiro e segundo turnos e, portanto, ter-se-ia proposta de pagamento a terceiro para esse financiamento com a rubrica do Senador?

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): Eu não poderia dizer nada. Eu não sei.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: É o recibo, acusando que lhe teria sido entregue certo valor.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): Uma das conclusões parciais que tirei na assentada de ontem, a respeito desse documento, o que está dito nesse documento? Está dito que Marcos Valério, que é a pessoa acusada, notória, conhecida por essas atividades de lavagem de dinheiro, teria sido através de Marcos Valério o pagamento dessa quantia de R$ 4.500.000,00 (quatro milhões e quinhentos mil reais).

Ora, há uma alegação do acusado de que ele não tinha qualquer envolvimento na questão financeira da campanha. Esse documento é mais um dentre os muitos indícios. A conclusão que tirei, eu citei neste contexto, para mostrar que não é verdade que ele não tinha envolvimento nas questões financeiras da campanha. Porque há um documento nos autos, de natureza financeira...

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Então, seria um recibo, propriamente dito, e não esse esquema?

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): ...pago pela empresa que promoveu a lavagem, dizendo que ele recebeu R$ 4.500.000,00 (quatro milhões e quinhentos mil reais).

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Sim, sim, porque peguei folha dos autos do inquérito, a de número 5626, e há, em papel do Departamento da Polícia Federal, a reprodução de documento que estaria a revelar o pagamento a terceiro de R$ 4.500.000,00 (quatro milhões e quinhentos mil reais).

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): Não é o momento para...

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Sim, mas não seria então pagamento ao próprio denunciado?

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): Não. Há a tal "lista Cláudio Mourão", em que eles descrevem as diversas operações financeiras, e, anexada a essa "lista"...

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Vem a forma de pagamento: R$ 450.000,00 (quatrocentos e cinquenta mil reais) de sinal, em trinta de junho; R$ 675.000,00 (seiscentos e setenta e cinco mil reais) e outras parcelas. Esse documento teria sido assinado por Zilmar Fernandes?

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): Ministro, eu li no meu voto o seguinte:

> (...)
> Consta, ainda, dos autos, um **recibo assinado por Eduardo Azeredo**, com data de **13 de outubro de 1998, que Cláudio Mourão anexou à sua "Lista"**, no qual **o acusado afirma** o seguinte (fl. 341, vol. 2):
>
> "**Recebi da SMP&B e da DNA Propaganda, a importância de R$ 4.500.000,00 (quatro milhões e quinhentos mil reais)**, para **saudar** (sic) **compromissos diversos, por intermédio do Coordenador de campanha eleitoral, Sr. Cláudio Roberto Mourão da Silveira**, CPF n. 024.544.326-68 e CI n. Minas Gerais 699.771."

Esse é um dado que consta dos autos. Eu não poderia omiti-lo. Citei como uma demonstração de que não era verdadeira a afirmação do acusado de que ele não participava dos aspectos econômicos da campanha. Essa foi uma das demonstrações; não foi a única. Mas, não emiti nenhum juízo de valor. O momento para se apurar se esse documento é ou não verdadeiro, se ele é uma montagem, não é este.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Ficou esclarecido, realmente, que existem dois documentos, ambos a versarem R$ 4.500.000,00 (quatro milhões e quinhentos mil reais).

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): Isso.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Um revelando o que seria o esquema de pagamento para cobertura do primeiro e segundo turnos.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): Não. Não há essa informação, não.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: O outro seria o tal recibo subscrito pelo denunciado.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): Aqui, Ministro Marco Aurélio, o documento diz que é para saldar compromissos diversos.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Pois é, Ministro, é o que estou a esclarecer ou, pelo menos, tentando esclarecer.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): Esse documento consta de diversas passagens do meu voto. Não quis repeti-lo para não ficar insistindo na mesma tecla.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Estou tentando esclarecer que há dois elementos: um elemento seria esse que está à fl. 5626, também versando R$ 4.500.000,00 (quatro milhões e quinhentos mil reais), que diz respeito ao que

seria um ajuste, um verdadeiro ajuste para a cobertura do primeiro e segundo turnos. E, segundo anotação da Polícia Federal, esse documento, assinado por Zilmar Fernandes, possui certa anotação no canto superior direito.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): Não, isso é outra coisa.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Mas é justamente o que estou dizendo. É que Vossa Excelência utilizou um advérbio de negação quando tentei esclarecer. E esse documento, imaginei que não seria um recibo subscrito pelo próprio denunciado, mas Vossa Excelência acabou de apontar, e a Ministra Cármen Lúcia também, que há outro elemento.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): Posso explicar? Esses R$ 4.500.000,00 (quatro milhões e quinhentos mil reais) a que Vossa Excelência faz alusão foram pagos a Duda Mendonça. Daí a referência a Zilmar Fernandes, que é a sócia de Duda Mendonça.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Há a suposição do valor realmente satisfeito.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): Senhores Ministros, tenho aqui os autos com o recibo.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Não, eu sei, Ministro, não duvido. Não precisa me mostrar. Não duvido do Relator, Presidente. Se assevera alguma coisa, evidentemente a observo como verdadeira. Apenas fiquei esclarecido quando Sua Excelência apontou que, além desse documento à fl. 5626, há outro com a coincidência de valor, R$ 4.500.000,00 (quatro milhões e quinhentos mil reais).

Esse, Sua Excelência agora diz, foi um pagamento feito a Duda Mendonça, já o outro valor teria sido recebido pelo próprio denunciado.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): Está esclarecido?

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Vossa Excelência tem dúvida? Se não estivesse esclarecido, indagaria e Vossa Excelência me esclareceria, porque Vossa Excelência tem domínio – como demonstrado nesses dois dias em que estamos aqui reunidos e estivemos reunidos para ouvi-lo, dois dias dedicados ao recebimento da denúncia – maior dos autos. Não tive vista dos autos.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): É natural.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Não duvido da colocação feita por Sua Excelência, o Relator.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Ministro Joaquim Barbosa, estou confirmando a veracidade do relato de Vossa Excelência. À fl. 341 dos autos há, de fato, um recibo assinado por Eduardo Brandão de Azeredo nos termos reproduzidos por Vossa Excelência no seu relatório.

PEDIDO DE VISTA

O Sr. Ministro Dias Toffoli: Senhor Presidente, em primeiro lugar, gostaria de parabenizar o douto voto do ilustre Relator, como sempre demonstrando zelo,

denodo, dedicação, trabalho sem dúvida nenhuma extenuante ao qual o Relator se dedicou para trazer esse processo da melhor maneira a todos nós do Plenário para compreendê-lo na sua inteireza. Parabenizo, portanto, Sua Excelência, Ministro **Joaquim Barbosa**.

Eu já preparei voto sobre o tema. Ao longo dos dois dias de pronunciamento do voto de Sua Excelência, o Relator, o que mais me chamou a atenção foi exatamente esse documento, agora debatido e discutido, inclusive com a vinda do ilustre advogado à tribuna para esclarecer.

Eu adianto que vou pedir vistas do caso por conta desse documento. Mas gostaria de justificar, até porque já trouxe voto pronto. De fato, aquilo que mais me chamou a atenção foi o que identifiquei – sem adiantar posição porque depois trarei o meu voto –, a única coisa que materialmente me chamou a atenção como um ato praticado pelo então Governador Eduardo Azeredo, candidato à reeleição, é esse recibo. E eu li, reli, e "rerreli" a denúncia e os documentos.

Senhor Presidente, estou aqui com o CD; e ao longo dos dois dias fiquei com toda documentação no CD.

Na oportunidade, agradeço ao gabinete do Ministro **Joaquim Barbosa**, que me disponibilizou todos os documentos. Tive acesso e, assim, pude estudar, desde que aqui tomei posse, este caso.

Na denúncia, esse documento é referido no rodapé da fl. 5965, e não é citado o documento em si, mas a ação inicial indenizatória proposta em 2005 pelo senhor Cláudio Mourão contra o acusado. Nessa ação é que aparece um resumo, ou seja, só em 2005 vem a lume um resumo da movimentação financeira, do que ocorrido no ano de 1998, porque estou com ele aberto aqui no computador, à fl. 338 da inicial. Acompanhando esse resumo é que veio esse documento, não é isso?

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): Toda essa trama só veio à tona em 2005, após a implosão do caso "Mensalão", eu nada conhecia sobre esse caso.

O Sr. Ministro Dias Toffoli: Sim, mas esse documento surge em 2005. Vossa Excelência destacou esse documento várias vezes e, para formar a minha convicção...

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): Não, eu não destaquei, aliás, eu acho que esse documento tem uma importância periférica no caso.

O Sr. Ministro Dias Toffoli: Mas esse documento, para mim, tem uma importância muito grande.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): Eu mostrei inúmeros outros indícios. Eu indiquei reuniões em que o acusado participava. Eu indiquei um depoimento da prima do Cláudio Mourão, em que ela diz, textualmente, que havia reuniões para tratar das questões financeiras da campanha, e das quais participava o acusado. Esse documento não é o único, há vários outros.

O Sr. Ministro Dias Toffoli: Mas é fato que ele não foi apontado na inicial, apenas cita a inicial da ação indenizatória, proposta aqui no Supremo em 2005.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): Vossa Excelência tem o direito de pedir vista, evidente. Mas, se a justificativa é só para aclarar esse documento, *data venia*, ele não tem essa relevância.

O Sr. Ministro Dias Toffoli: Mas não é só esse documento, há outros elementos que me chamam a atenção – se me permite Vossa Excelência – esse documento e essa ação inicial fazem referência a valores em torno de noventa milhões.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): Isso não tem importância. O que está em jogo aqui são os recursos transferidos das estatais. É só isso. Eu somente fiz referência, mas isso eu li, Ministro Toffoli.

O Sr. Ministro Dias Toffoli: Gostaria de finalizar, Senhor Presidente, justificando que esse é o único documento.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): A referência a esses outros valores foi feita, única e exclusivamente, porque ela consta da chamada "lista Cláudio Mourão". Só isso.

O Sr. Ministro Dias Toffoli: Esse documento me chama a atenção porque é o único elemento que, a princípio, no meu entender, leva a uma vinculação material do acusado Eduardo Azeredo e ao qual não foi dado destaque. Para minha consciência, para minha formulação de voto, eu peço vênia à Corte, e especialmente a Vossa Excelência, depois desses dois dias.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): Vossa Excelência não tem que me pedir desculpa não, é uma prerrogativa sua pedir vista.

O Sr. Ministro Dias Toffoli: Eu me sinto na necessidade de aclarar esse tema para fazer o meu voto com mais tranquilidade.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): Só me permito chamar a atenção de Vossa Excelência para o seguinte: este processo tem enorme similaridade com o outro grande processo que temos a julgar. São dois processos que cuidam de corrupção política da mais alta gravidade. Esses dois processos, a meu ver, devem ser conduzidos com muito rigor, como eu venho conduzindo, com muita celeridade. Acho, inclusive, que esses dois processos devem ser julgados na mesma data para que não haja discrepância; para que não haja tratamento desigual. E os fatos relativos a esse processo datam de 1998.

O Sr. Ministro Dias Toffoli: Eu me comprometo a trazer o mais rápido possível.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Eu vou esperar o retorno dos autos, com o voto-vista do Ministro Toffoli.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Mas, quanto à prescrição, não há risco, porque, pela pena maior, o prazo se perfaz em dezesseis anos.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Mas, Ministro Joaquim Barbosa, eu vou esperar o retorno dos autos com o voto-vista do Ministro Toffoli.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Pelo menos à primeira vista, esse filme já é conhecido; o *script* é conhecido. Parece que estamos diante de *um dejà vu*, mas vou aguardar.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): E nós temos que dar a este caso o mesmo tratamento rigoroso que demos ao outro caso.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Penso não caber tratamento rigoroso. O tratamento tem que ser equidistante, considerado o que há, realmente, nos autos. Rigorosa é a lei, o juiz não precisa ser rigoroso.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): Estou preocupado com a questão da celeridade, porque, vejam bem, a denúncia data de dois anos, houve incidentes que me impediram de trazê-lo há mais tempo. O Procurador-Geral da República aditou a denúncia, foi aberta uma nova fase, depois houve o problema do agravo regimental decorrente do desmembramento.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Não há risco quanto à prescrição, Presidente, porque a pena-teto está em doze anos.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): Pode haver quanto à pena *in concreto*.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Não, não, porque o recebimento da denúncia, de qualquer forma, implica interrupção da prescrição. Volta-se à estaca zero.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): De qualquer forma, trata-se, como nós vimos, de matéria extremamente complexa; do contrário o Relator não teria consumido dois dias para ler o seu relatório e o seu voto.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): Muito complexa.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Portanto, plenamente justificado e justificável o pedido de vista do Ministro Dias Toffoli.

EXTRATO DA ATA

Inq 2.280/MG — Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Denunciante: Ministério Público Federal (Procurador: Procurador-Geral da República). Denunciado: Eduardo Brandão de Azeredo (Advogados: José Antero Monteiro Filho e outros e José Gerardo Grossi e outros).

Decisão: Prosseguindo no julgamento, após o voto do Relator, recebendo a denúncia contra acusado Eduardo Brandão de Azeredo pelos crimes de lavagem de dinheiro, pediu vista dos autos o Ministro Dias Toffoli. Ausente, justificadamente, a Ministra Ellen Gracie.

Presidência do Ministro Gilmar Mendes. Presentes à sessão os Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joalquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Cármen Lúcia e Dias Toffoli. Vice-Procuradora-Geral da República, Dra. Deborah Macedo Duprat de Brito Pereira.

Brasília, 5 de novembro de 2009 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Dias Toffoli: Rememoro o caso para uma perfeita compreensão.

Trata-se de inquérito instaurado para apurar a suposta prática dos crimes de peculato (sete vezes) e lavagem de dinheiro (seis vezes), previstos, respectivamente, no art. 312 do Código Penal e no art. 1º, inciso V, da Lei 9.613/1998, imputados ao Senador Eduardo Brandão de Azeredo em concurso material e de agentes com os acusados Walfrido dos Mares Guia, Cláudio Mourão, Clésio Andrade, Marcos Valério de Souza, Cristiano Paz, Ramon Hollerbach, Eduardo Guedes, José Afonso Bicalho, Fernando Moreira, Lauro Wilson, Renato Caporali, Sylvio Romero, Eduardo Mundim e Jair Alonso Oliveira.

O eminente Relator desmembrou o feito, mantendo nesta Suprema Corte apenas o seu processamento quanto ao então denunciado Eduardo Brandão de Azeredo.

Em sua defesa prévia, o denunciado alega, em síntese, que a denúncia é inepta, limita-se a atribuir a ele condutas criminosas sem nenhum respaldo fático-probatório, tratando-se "de uma denúncia do 'provavelmente', do 'aproximadamente', do 'notadamente'", o que a torna abusiva e impossibilita a defesa (fls. 6925 a 6937).

Após regular tramitação, nos dias 4 e 5-11-2009, o Ministro **Joaquim Barbosa**, Relator, trouxe o processo a julgamento, tendo ele votado pelo recebimento da denúncia. Ali, pedi vista dos autos para um melhor exame da matéria. **Recebidos os autos em meu gabinete em 20-11-2009, foram devolvidos para julgamento em 30-11-2009**.

É o breve relatório.

Inicialmente, com intuito de esclarecer a prescrição da pretensão punitiva no caso em apreço, destaco que os supostos crimes perpetrados pelo ora denunciado (peculato e lavagem de dinheiro) tiveram sua origem no período da campanha para Governador do Estado de Minas Gerais no ano de 1998.

Assim, é possível concluir que:

a) No crime de peculato (art. 312 do CP), o prazo prescricional é de dezesseis anos (art. 109, inciso II, do Código Penal), uma vez que a pena máxima cominada ao delito é de doze anos. Com essas informações, considerando a data do fato (art. 111, inciso I, do Código Penal) e a inexistência de marco interruptivo até o momento (art. 117 do CPP), a prescrição se consumará em 2014;

b) No crime de lavagem de dinheiro (art. 1º, inciso V, da Lei 9.613/1998), o prazo prescricional também é de dezesseis anos (art. 109, inciso II, do Código Penal), uma vez que a pena máxima cominada é de dez anos. Do mesmo modo, considerando a data do fato (art. 111, inciso I, do Código Penal) e igualmente a inexistência de marco interruptivo (art. 117 do CPP), a prescrição se consumará em 2014.

Dando continuidade, destaco que a denúncia será rejeitada se for manifestamente inepta (art. 395, inciso I, do CPP), se faltar pressuposto processual ou

condição para o exercício da ação penal (art. 395, inciso II, do CPP) ou se faltar justa causa para o exercício da ação penal (art. 395, inciso III, do CPP). Nesse sentido é a jurisprudência desta Corte (Inq 2.727/MG, Tribunal Pleno, Rel. Min. **Ellen Gracie**, *DJe* de 13-2-2009, entre outros).

Como relatado, o presente inquérito foi instaurado a pedido do então Procurador-Geral da República, Dr. **Antonio Fernando Barros e Silva de Souza**, para apurar suposta prática dos crimes de peculato, lavagem de dinheiro e contra o Sistema Financeiro Nacional, em virtude de fatos que estariam ligados aos que então eram investigados nos autos do Inq 2.245/MG.

Com o desmembramento do feito, requerido pelo Ministério Público Federal e deferido pelo eminente Relator, somente o ora denunciado, no que diz respeito aos supostos crimes por ele praticados, continua sendo processado nesta Suprema Corte (fls. 8946 a 8966).

O ponto de partida para o exame do recebimento ou não da presente denúncia é analisar os fatos descritos na inicial e identificar qual ação teria sido praticada pelo agora único denunciado nesta Corte apta a justificar o seu recebimento.

Os tipos penais relativos aos delitos de peculato (art. 312 do CP) e "lavagem" ou ocultação de bens (art. 1º, inciso V, da Lei 9.613/1998), supostamente praticados, estão descritos da forma seguinte:

1) Art. 312, *caput*, do Código Penal (peculato):

> Art. 312. Apropriar-se o funcionário público de dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tem a posse em razão do cargo, ou desviá-lo, em proveito próprio ou alheio:
> Pena – reclusão, de dois a doze anos, e multa.

As condutas típicas previstas no dispositivo referido consistem em o funcionário público *apropriar-se* ou *desviar* dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel, público ou particular, de que tenha posse em virtude do cargo, em proveito próprio ou alheio. São, portanto, dois os núcleos penais previstos neste dispositivo. O primeiro (1ª parte) é classificado pela doutrina como **peculato-apropriação**, que se dá no momento em que o agente apropria-se, assenhora-se, toma como propriedade sua, apossa-se de objeto material (dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel), público ou particular, de que tem a posse (abrangendo a detenção e a posse indireta, desde que lícita) em razão do cargo que ocupa (*ratione offici*). O segundo (2ª parte), é chamado de **peculato-desvio**: o funcionário público dá ao objeto material destino diverso daquele que lhe foi determinado, em benefício próprio ou de outrem.

O proveito, por sua vez, pode ser definido como qualquer vantagem material ou moral, não sendo necessariamente de natureza patrimonial. O termo funcionário público figura como elemento normativo jurídico, definido no art. 327 do Código Penal (assim, por exemplo: **Luiz Regis Prado**, **Cezar Roberto Bitencourt**, **Guilherme de Souza Nucci**).

O objeto material, como leciona **Celso Delmanto**, pode recair sobre "dinheiro, valor (títulos, apólices, ações etc.) ou qualquer outro bem móvel. A cláusula final deve ser entendida, à semelhança do objeto do crime de furto, como toda coisa móvel, infungível ou não, que possa ser transportada" (DELMANTO, Celso [et al.] *Código Penal Comentado*. 6. ed. atualizada e ampliada, Rio de Janeiro: Renovar, 2002. p. 618).

Luiz Regis Prado adverte, por outro lado, que "não basta a posse do dinheiro, valor ou qualquer outro bem móvel pelo agente, sendo essencial que esta advenha do cargo ocupado pelo funcionário público, impondo-se, assim, uma relação de causa entre este e aquela" (PRADO, Luiz Regis. *Comentários ao Código Penal*: doutrina: jurisprudência selecionada: conexões lógicas com os vários ramos do direito. 4. ed. revista, atualizada e ampliada, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 880).

Guilherme de Souza Nucci diz que a origem do bem recebido "pode ser de natureza pública – pertencente à administração pública – ou particular – pertencente a pessoa não integrante da administração –, embora em ambas as hipóteses necessite estar em poder do funcionário público em razão de seu cargo" (NUCCI, Guilherme de Souza. *Código Penal comentado*. 7. ed. revista, atualizada e ampliada, 2. tir., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 996).

> 2) Diz o art. 1º, inciso V, da Lei 9.613/1998 (lavagem de dinheiro):
>
> Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de crime:
>
> (...)
>
> V – contra a administração pública, inclusive a exigência, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, de qualquer vantagem, como condição ou preço para a prática ou omissão de atos administrativos;

A descrição da conduta consiste em ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de crime.

Celso Delmanto diz que "[a] expressão 'lavagem de dinheiro' busca abranger toda a atividade empregada para dar aparência lícita ao produto econômico de determinados crimes, viabilizando seu ingresso na economia formal e, desse modo, a sua efetiva e despreocupada utilização pelo agente, evitando-se o seu confisco" (DELMANTO, Celso Roberto. *Leis penais especiais comentadas*. São Paulo: Renovar, 2006. p. 543).

Rodolfo Tigre Maia afirma que "a lavagem de dinheiro é definida como: 'o conjunto complexo de operações, integrado pelas etapas de conversão (*placement*), dissimulação (*layering*) e integração (*integration*) de bens, direitos e valores, que tem por finalidade tornar legítimos ativos oriundos da prática de atos ilícitos penais, mascarando esta origem para que os responsáveis possam escapar da ação repressiva da justiça" (*apud* BALTAZAR Júnior, José Paulo [*et al.*]. *Lavagem de dinheiro:* comentários à lei pelos juízes das varas especializadas

em homenagem ao Ministro Gilson Dipp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 21).

André Callegari, conceituando o fenômeno, menciona que "cabe a análise de algumas fases ou técnicas de lavagem de dinheiro. A doutrina estrangeira já escreveu muito sobre os sistemas e métodos empregados para a lavagem de capitais. Como o tema tem recebido cada vez mais importância em nosso país, torna-se frequente em todos os tipos de publicações. O problema é que o tratamento jornalístico da questão é dirigido a enfatizar os aspectos menos importantes do fenômeno – corrupção, escândalos, conivência do poder público em determinados casos – que abordar de forma rigorosa a explicação dos procedimentos de lavagem. De outro lado, os procedimentos de lavagem são relativamente complexos e utilizam instrumentos, mecanismos e técnicas do sistema financeiro, de forma que sua explicação requer um prévio conhecimento deste sistema" (CALLEGARI, André Luís. *Imputação objetiva*: Lavagem de dinheiro e outros temas de Direito Penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 51).

E continua o doutrinador, ao afirmar que existem métodos ou etapas que normalmente se utilizam com a finalidade de lavar o dinheiro, *in verbis*:

> (...)
>
> **2.2.1. A primeira fase consiste na ocultação**
>
> De acordo com a doutrina, esta é a fase em que os delinquentes procuram desembaraçar-se materialmente das importantes somas em dinheiro que foram geradas pelas suas atividades ilícitas. O montante arrecadado é normalmente trasladado a uma zona ou local distinto daquele em que se arrecadou. Em continuação, coloca-se este dinheiro em estabelecimentos financeiros tradicionais ou em estabelecimentos não tradicionais (casas de câmbio, cassinos, etc.) ou, ainda, em outros tipos de negócios de condições variadas (hotéis, restaurantes, bares, etc.).
>
> A característica principal desta fase é a intenção dos criminosos de desfazerem-se materialmente das somas arrecadadas em dinheiro, sem ocultar, todavia, a identidade dos titulares.
>
> Isso ocorre porque os criminosos têm ciência de que a acumulação de grandes somas de dinheiro pode chamar a atenção em relação a sua procedência ilícita. Esta acumulação significa também o perigo constante de furto ou roubo, o que obriga de uma forma ou outra aos criminosos a despachar fisicamente grandes somas para fora do lugar de obtenção, com destino a outro lugar onde seja mais fácil ocultar a sua origem criminosa.
>
> Existem inúmeras formas de ocultação, mas não é objeto deste trabalho a análise de cada uma delas, portanto, somente faremos menção a elas. Assim, pode-se ocultar o dinheiro obtido de forma ilícita colocando-o através de entidades financeiras de forma fracionada; através da cumplicidade do próprio pessoal do banco; através de estabelecimentos financeiros não tradicionais; misturando-se fundos lícitos com ilícitos, através do contrabando de dinheiro (passando-o pela fronteira de outros países).
>
> **2.2.2. A segunda fase denomina-se mascaramento**
>
> A função desta fase consiste em ocultar a origem dos produtos ilícitos mediante a realização de numerosas transações financeiras. Se os "lavadores" de capitais têm êxito na primeira fase, tratarão agora de tornar mais difícil e complicada

a detecção dos bens mediante a realização de múltiplas transações que, como camadas, irão se amontoando uma depois da outra, dificultando o descobrimento da origem daqueles bens.

Portanto, nesta fase é preciso fazer desaparecer o vínculo existente entre o criminoso e o bem procedente de sua atuação, razão pela qual é usual o recurso à superposição e combinação de complicadas operações financeiras que tratam de dificultar o seguimento do que se conhece como "pegada ou rastro do dinheiro".

Assim, o propósito perseguido nesta fase é "desligar os fundos de sua origem, gerando para isso um complexo sistema de transações financeiras destinadas a apagar as pegadas contábeis destes fundos ilícitos". Esta forma complexa em que as transações são desenvolvidas, mescladas e superpostas tem como finalidade que se torne extremamente difícil para as autoridades detectar estes fundos.

As formas usualmente utilizadas nesta fase são a conversão do dinheiro em instrumentos financeiros; aquisição de bens materiais com dinheiro em espécie; transferência eletrônica de fundos, etc.

2.2.3. Por fim, a última fase denomina-se integração

Nesta etapa, o capital ilicitamente obtido já conta com aparência de legalidade que se pretendia que tivesse. De acordo com isso, o dinheiro pode ser utilizado no sistema econômico e financeiro como se se tratasse de dinheiro licitamente obtido. Consumada a etapa de mascarar, os "lavadores" necessitam proporcionar uma explicação aparentemente legítima para sua riqueza, logo, os sistemas de integração introduzem os produtos "lavados" na economia, de maneira que apareçam como investimentos normais, créditos ou investimentos de poupança.

Assim, os procedimentos de integração situam os valores obtidos com a lavagem na economia de tal forma que, integrando-se no sistema bancário, aparecem como produto normal de uma atividade comercial. Quando se chega nesse estágio, é muito difícil a detecção da origem ilícita destes valores. A menos que se tenha seguido seu rastro através das etapas anteriores, dificilmente se distinguirá os capitais de origem ilegal dos de origem legal.

Os métodos utilizados nesta etapa são: venda de bens imóveis; "empresas de fachada" e empréstimos simulados; cumplicidade dos banqueiros estrangeiros; faturas falsas de importação e exportação; sistemas bancários clandestinos ou irregulares; comércio cruzado; companhias de seguros; agentes da bolsa de valores, etc. (*Op. cit*., p. 51 a 54 – Grifei.)

Estabelecidos esses conceitos, vejamos então o que diz a inicial da denúncia no tocante aos fatos e aos atos que entende terem sido praticados pelo denunciado. Transcrevo:

(...)

O esquema envolveu as seguintes situações:

a) desvio de recursos públicos do Estado de Minas Gerais, diretamente ou tendo como fonte empresas estatais;

b) repasse de verbas de empresas privadas com interesses econômicos perante o Estado de Minas Gerais, notadamente empreiteiras e bancos, por intermédio da engrenagem ilícita arquitetada por Clésio Andrade, Cristiano Paz, Ramon Hollerbach e Marcos Valério, em conjunto com o Banco Rural; e

c) utilização dos serviços profissionais e remunerados de lavagem de dinheiro operados por Clésio Andrade, Cristiano Paz, Ramon Hollerbach e Marcos Valério, em conjunto com o Banco Rural, para garantir uma aparência de legalidade às

> operações referidas anteriormente, inviabilizando a identificação da origem e natureza dos recursos.
>
> A presente denúncia, considerando o comprovado envolvimento de Eduardo Azeredo e Walfrido dos Mares Guia, cujas presenças no polo passivo justificam a competência dessa Corte Suprema, abarca as imputações de desvios de recursos públicos praticados em detrimento da Companhia de Saneamento de Minas Gerais – Copasa e da Companhia Mineradora de Minas Gerais – Comig, no montante de um milhão e quinhentos mil reais cada um, o desvio de quinhentos mil reais do Grupo financeiro do Banco do Estado de Minas Gerais – Bemge, bem como as operações de lavagem de ativos empreendidas em decorrência dos desvios citados.
> (Fls. 5939/5940.)

Diz a denúncia que Eduardo Azeredo e outros denunciados "delinearam o modo de atuação que seria empregado para viabilizar a retirada criminosa de recursos públicos da Copasa, Comig e Bemge" (fl. 5940) e que "viabilizaram a saída de recursos públicos da Copasa, Comig e Bemge" (fl. 5941).

Extrai-se, ainda, daquela peça acusatória que "Eduardo Azeredo era Governador do Estado de Minas Gerais e foi o principal beneficiário do esquema implementado" (fl. 5942). Embora negue ter participado dos fatos, "as provas colhidas, como se verá ao longo da denúncia, desmentem sua versão defensiva" (fl. 5942).

As fls. 5945/5946 da denúncia descrevem a implantação do esquema, *in verbis*:

> (...)
>
> A decisão de implantar o esquema coube aos integrantes da cúpula do Estado de Minas Gerais e da campanha pela reeleição: Eduardo Azeredo, Walfrido dos Mares Guia, Cláudio Mourão e Clésio Andrade.
>
> Os acertos financeiros e de metodologia foram estabelecidos por Clésio Andrade, Cláudio Mourão, Marcos Valério, Cristiano Paz e Ramon Hollerbach.
>
> A forma de financiamento definida foi a seguinte:
>
> a) desvio de recursos públicos para a campanha (peculato); e
>
> b) empréstimos fictícios obtidos pelas empresas de Clésio Andrade, Marcos Valério, Ramon Hollerbach e Cristiano Paz em favor da campanha, cujo adimplemento seria com recursos públicos ou oriundos de empresas privadas interessadas economicamente no Estado de Minas Gerais (peculato e lavagem).

Alega a denúncia que Eduardo Azeredo "foi um dos principais mentores de toda a gama de ilicitudes praticada" (fl. 5955). Continua a peça inicial: "nesse contexto, tinha ciência que estava recebendo, em sua conta de campanha (aberta em seu nome), duzentos mil reais do esquema" (referindo-se a um depósito feito em sua conta de campanha pela empresa *Carbo*, que a denúncia diz ser, na verdade, um depósito proveniente de Clésio Andrade, seu candidato a vice-governador – fl. 5954).

A denúncia também imputa a Eduardo Azeredo que ele:

> (...) foi o principal beneficiário do esquema articulado. Como Governador do Estado de Minas Gerais, deu suporte para Eduardo Guedes, Secretário de Estado da

Casa Civil e Comunicação Social, ordenar os ilegais repasses da Copasa e Comig, bem como a garantir em nome do Estado o empréstimo n. 06.002241.4 (R$ 9.000.000,00).

Também determinou a entrega de valores do Bemge para a SMP&B Comunicação, parte (trezentos mil reais) amparada formalmente no evento Iron Biker, parte (duzentos mil reais) sem qualquer justificativa, ainda que meramente formal.

Embora negue conhecer os fatos, as provas colhidas desmentem sua versão defensiva.

Há uma série de telefonemas entre Eduardo Azeredo, Marcos Valério, Cristiano Paz e a empresa SMP&B, demonstrando intenso relacionamento do primeiro (Eduardo Azeredo) com os integrantes do núcleo que operou o esquema criminoso de repasse de recursos para a sua campanha.

O próprio Eduardo Azeredo reconhece ter conhecido Marcos Valério antes da campanha eleitoral de 1998.

Eduardo Azeredo indicou seu homem de confiança Cláudio Mourão para cuidar da parte financeira da eleição. Ele tinha, inclusive, uma procuração em nome de Eduardo Azeredo para administrar financeiramente a campanha.

(Fls. 5956/5957.)

Depois, a denúncia descreve a existência de um rompimento entre os integrantes do esquema, particularmente por parte de Cláudio Mourão, atribuindo tal ruptura a dívidas de empresa dos filhos deste último, ocasionadas pela derrota eleitoral de Eduardo Azeredo. Na parte que interessa, extraio da denúncia o seguinte excerto:

(...)

(...) a derrota eleitoral de Eduardo Azeredo deixou Cláudio Mourão com expressiva dívida que tinha sido contraída por sua empresa Locadora de Automóveis União Ltda, cujos sócios eram seus filhos.

Com o agravamento da sua situação financeira, Cláudio Mourão rompeu com Eduardo Azeredo e resolveu cobrar a dívida, que, segundo ele, era de um milhão e quinhentos mil reais.

Diante da pressão de Cláudio Mourão, que tinha sido peça chave no esquema da eleição de 1998, e, portanto, poderia incriminar gravemente Eduardo Azeredo e seus colaboradores da época, ele (Eduardo Azeredo) resolveu procurar os principais envolvidos nos crimes praticados em 1998 a fim de adotar providências para "acalmar" Cláudio Mourão, mediante o atendimento, pelo menos parcial, de suas exigências.

A pressão materializou-se, mostrando que Cláudio Mourão representava um risco sério e iminente, quando ele (Cláudio Mourão), utilizando a procuração outorgada por Eduardo Azeredo para gerir financeiramente a campanha, emitiu um título **[emitido em outubro de 2002 no valor de R$ 350.000,00 e cobrado no valor de R$ 900.000,00 decorrente dos juros e correções – fls. 408/409]** em favor das empresas Locadora de Automóveis União Ltda contra Eduardo Azeredo e o protestou em cartório. **[Pagamento do título ajustado no valor de R$ 700.000,00 – fls. 677/678 – recebidos de Eduardo Azeredo, por intermediação de Walfrido dos Mares Guia e pagos pelo cheque n. 007683, emitido em 18-9-2002, da conta pessoal de Marcos Valério – fls. 529 e 683.]**

A operação "abafa" é reveladora, pois reúne alguns dos principais personagens do esquema da campanha eleitoral de 1998; Eduardo Azeredo, Walfrido dos Mares Guia, Marcos Valério e Banco Rural.

Todos estavam preocupados com a possibilidade de Cláudio Mourão, pressionado por dívidas, revelar as operações delituosas ocorridas em 1998 e os incriminar em fatos delituosos graves. Basta lembrar que nessa época, 2002, todos os fatos verificados na campanha de reeleição de Eduardo Azeredo eram ainda completamente desconhecidos dos órgãos de investigação.

O risco era muito grande. Cláudio Mourão precisava ser neutralizado.

Por solicitação de Eduardo Azeredo, a operação foi intermediada por Walfrido dos Mares Guia.

Walfrido dos Mares Guia era Vice-Governador do Estado de Minas Gerais em 1998, eleito em 1994, quando foi o coordenador financeiro da campanha. Em 1998, lança-se como candidato a Deputado Federal e participa ativamente dos destinos financeiros e políticos da disputa eleitoral.

Ele negociou a contratação de Duda Mendonça, por intermédio de Zilmar Fernandes, pelo montante de quatro milhões e quinhentos mil reais, sendo que o valor oficialmente declarado foi de apenas setecentos mil reais. Eduardo Azeredo também teve ciência da negociação em curso.

Esse valor (quatro milhões e quinhentos mil reais) foi quitado pela cúpula da campanha por meio do numerário injetado criminosamente pelos mecanismos profissionais operados por Marcos Valério, Cristiano Paz, Ramon Hollerbach e Clésio Andrade.

Walfrido dos Mares Guia sabia da captação ilícita de recursos e concorreu para a engrenagem ilícita de financiamento, razão pela qual não hesitou em participar da operação destinada a atender exigência de Cláudio Moura, que cobrava de Eduardo Azeredo o pagamento da dívida. Atender a demanda de Cláudio Mourão significava impedir qualquer tipo de publicidade para os crimes perpetrados em 1998.
(Fls. 5957 a 5961.)

Logo adiante, narra a denúncia:

(...)

O problema é que Cláudio Mourão, tempos depois **[junho de 2005 – fls. 338/341]**, voltou à carga contra seus ex-companheiros de empreitada ilícita em 1998 em busca de mais dinheiro.

Nessa época, ele confeccionou, com o conhecimento de quem coordenou ativamente a área financeira da eleição de 1998, o documento intitulado "Resumo da movimentação financeira ocorrido no ano de 1998 na campanha para a reeleição ao governo do Estado de Minas Gerais, pelo atual Senador da República, Sr. Eduardo Brandão de Azeredo e do atual Vice-Governador, Sr. Clésio Soares Andrade. Eleição de 1998 – Histórico".

Em primeiro lugar, registre-se que o Instituto Nacional de Criminalística, por meio de Laudos de Exame Documentoscópico n.(s) 3319/05-INC (fls. 420/425) e 3328/05-INC (fls. 427/429), confirmou a autenticidade das rubricas e assinatura lançadas por Cláudio Mourão, bem como que não houve fraude documental no teor do documento (montagem, adulteração e outros vícios).

O documento, portanto, é autêntico.

(...)

Algumas informações constantes da denominada "Lista Cláudio Mourão" são bem interessantes. Por exemplo:

> "1º – Foram arrecadados para a campanha em 1998, mais de R$ 100.000.000,00 (cem milhões de reais) no decorrer da gestão final do Governo de Eduardo Brandão de Azeredo, destes recursos só as empresas SMP&B e

DNA movimentaram R$ 53.879.396,86 (cinquenta e três milhões, oitocentos e setenta e nove mil, trezentos e noventa e seis reais e oitenta e seis centavos)".

(Fls. 5962/5963.)

Neste ponto, Senhor Presidente, **a título de observação**, trago um quadro comparativo entre os valores que o Sr. Cláudio Mourão afirma em sua lista (fls. 338 a 340) terem sido arrecadados para a campanha de 1998 do aqui denunciado e o quanto oficialmente arrecadado naquela época na campanha do candidato eleito Itamar Franco ao Governo de Minas Gerais. Faço, ainda, um cotejo com as despesas das principais campanhas presidenciais dos anos 1998, 2002 e 2006.

Vejamos:

Eleições para Governador do Estado de Minas Gerais Ano de 1998			
Partido	**Prestação de contas**	**Arrecadação em R$**	**Despesa em R$**
PMDB	Candidato (eleito) **Itamar Franco**	R$ 2.867.225,00	R$ 2.727.882,72
PSDB	Candidato **Eduardo Azeredo**	R$ 100.000.000,00 (Lista Cláudio Mourão)	–
Eleições para Presidente da República Ano de 1998			
Partido	**Prestação de contas**	**Arrecadação em R$**	**Despesa em R$**
PDT	Comitê Financeiro Nacional	944.790,00	944.627,82
PFL	Comitê Financeiro Nacional	306.000,00	300.434,09
PPS	Comitê Financeiro Nacional	0,00	0,00
PPS	Candidato **Ciro Ferreira Gomes**	1.018.591,73	1.018.768,69
PRONA	Candidato **Enéas Ferreira Carneiro**	103.937,40	96.434,67
PRONA	Comitê Financeiro Nacional	0,00	0,00
PSDB	Comitê Financeiro Nacional	43.022.469,59	45.931.566,06
PT	Comitê Financeiro Nacional	2.242.430,12	2.976.246,62
Total		**47.638.218,84**	**51.268.077,95**
Eleições para Presidente da República Ano de 2002			
Partido	**Prestação de contas**	**Arrecadação em R$**	**Despesa em R$**

PPS	Candidato **Ciro Ferreira Gomes**	0,00	0,00
PPS	Comitê Financeiro Nacional	13.942.876,15	13.938.044,99
PSB	Candidato **Antony Willian Garotinho Matheus de Oliveira**	0,00	0,00
PSB	Comitê Financeiro Nacional	3.279.077,00	3.211.433,90
PSDB	Comitê Financeiro Nacional	28.540.261,80	34.703.479,43
PT	Candidato **Luiz Inácio Lula da Silva**	21.072.475,98	21.061.272,57
PT	Comitê Financeiro Nacional	18.313.322,86	18.307.219,39
PTB	Comitê Financeiro Nacional	2.395.257,71	2.374.057,40
Total		**87.543.271,50**	**93.595.507,40**
Eleições para Presidente da República Ano de 2006			
Partido	**Prestação de contas**	**Arrecadação em R$**	**Despesa em R$**
PDT	Candidato **Cristovam Buarque**	1.716.154,28	1.716.154,28
PDT	Comitê Financeiro Nacional	0,00	0,00
PSDB	Candidato **Geraldo José Rodrigues Alckmin Filho**	79.206.150,77	79.206.150,77
PSDB	Comitê Financeiro Nacional	62.022.370,45	62.018.812,92
PSOL	Candidato **Heloísa Helena Lima de Moraes Carvalho**	155.135,38	155.135,38
PSOL	Comitê Financeiro Nacional	371.663,16	371.656,05
PT	Candidato **Luiz Inácio Lula da Silva**	90.738.571,98	90.738.571,98
PT	Comitê Financeiro Nacional	76.769.196,25	76.769.196,25
Total		**310.979.242,27**	**310.975.677,63**

Diante desse quadro comparativo e da discrepância nitidamente vista entre o valor arrecadado na campanha do candidato eleito Itamar Franco e o arrecadado na campanha do denunciado, fica uma indagação: essa quantia astronômica estaria condizente com a realidade vivida no ano de 1998 para eleger um

candidato ao governo de qualquer ente federativo, sendo que nem se somadas, por exemplo, as despesas das principais campanhas à Presidência da República, ressalte-se, de abrangência nacional, naquele mesmo ano, alcançaríamos os **R$ 100.000.000,00 (cem milhões de reais)** mencionados pelo Sr. Cláudio Mourão em sua lista?

E digo mais, nem se somarmos as despesas das principais campanhas presidenciais do ano de 2002, que totalizaram, conforme dados oficiais, os montantes de **R$ 87.543.271,50, em arrecadação**, e **R$ 93.595.507,40, em despesa**. A meu ver, Senhores Ministros, essa soma de dinheiro não se coaduna com a realidade do nosso País à época, que convivia com as consequências decorrentes da crise da economia russa e de seu impacto sobre as bolsas de valores e as perspectivas de insolvência de outras economias, notadamente as da América Latina.

Ademais, a própria denúncia menciona, à fl. 5962, que "Cláudio Mourão, tempos depois, voltou à carga contra seus ex-companheiros de empreitada ilícita em 1998 em busca de mais dinheiro", bem como informa a existência de ação proposta por ele em 2005, neste Supremo Tribunal, contra Eduardo Azeredo e Clésio Andrade, da qual teria posteriormente desistido, tendo em vista que os fatos objeto do Inq 2.245/MG tornaram-se públicos (fls. 5965 a 5967).

Destaco, ainda, um dado que me chamou a atenção, por ser, no caso, conforme mencionei na última sessão (5-11-2009), supostamente a única coisa materialmente praticada pelo denunciado (recibo). Esse dado está presente na "Lista Cláudio Mourão", precisamente no item 9º, que assim dispõe:

> (...) 9º – Recursos destinados ao ex-Governador e hoje Senador da República, Sr. Eduardo Brandão de Azeredo, no valor de R$ 4.500.000,00 (quatro milhões e quinhentos mil reais), para compromissos diversos. (Questões pessoais). Obs. Repassado por mim com autorização das agências **SMP&B e DNA Propaganda**, conforme recibo em anexo.
> (Fl. 338.)

Ora, o simples fato de ter o denunciado supostamente assinado um recibo pelo qual atesta ter obtido das empresas veiculadas, destaque-se, **por intermédio do seu coordenador de campanha eleitoral, Sr. Cláudio Mourão da Silveira**, a importância ali descrita (R$ 4.500.000,00) não é motivo suficiente para se vislumbrar um liame subjetivo, mormente se considerarmos o que afirmado pelo próprio Cláudio Mourão na ação de indenização por ele ajuizada nesta Suprema Corte em 2005. Diz ele que "dispunha da total e irrestrita confiança e credibilidade junto aos Réus [**Eduardo Azeredo e Clésio Soares**], mormente perante o 1º réu, hoje Senador da República, que lhe concedeu, à época da campanha, todos os poderes para proceder a coordenação financeira da mesma (cópia procuração anexa), bem como o 2º réu lhe havia outorgado, embora tacitamente, mandato para gerir a campanha, contrair dívidas e tudo o mais que fosse necessário" (fl. 345). Esse fato mencionado pelo Sr. Cláudio Mourão, no meu entendimento, afasta o denunciado Eduardo Azeredo de qualquer ato praticado na administração financeira de sua campanha.

Traçando um paralelo sobre uma das hipóteses que excluem a imputação objetiva dos resultados produzidos (princípio da confiança), **André Callegari** colaciona que:

> (...)
> De acordo com este princípio, não se imputarão objetivamente os resultados produzidos por quem obrou confiando em que outros se manterão dentro dos limites do perigo permitido. O princípio da confiança significa que, apesar da experiência de que outras pessoas cometem erros, se autoriza a confiar – numa medida ainda por determinar – em seu comportamento correto (entendendo-o não como acontecimento psíquico, senão como estar permitido confiar). Exemplo: "A", conduzindo o seu carro, atravessa um cruzamento com o semáforo verde, sem tomar medida alguma de precaução para o caso de que algum automóvel que circule na outra direção não respeite o semáforo vermelho que proíbe sua passagem. "B" desrespeita o semáforo vermelho e colide com o carro de "A", resultando a morte de "B". Este resultado não se imputa a "A" objetivamente pelo efeito do princípio da confiança. Isso é assim porque não se pode imaginar que todo motorista tenha que dirigir seu carro pensando continuamente que o resto dos participantes no trânsito pode cometer imprudências ou que existem crianças ou idosos frente aos quais se deve observar um maior cuidado; se fosse assim as vantagens que o tráfego rodado nos oferece seriam bastantes escassas. (CALLEGARI, André Luís. *Imputação objetiva*: lavagem de dinheiro e outros temas de Direito Penal. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. p. 30/31.)

E continua o doutrinador:

> (...)
> Não obstante, ainda que desenvolvido para o trânsito, o princípio de confiança pode-se aplicar em todas aquelas atividades em que concorrem distintas condutas perigosas numa mesma situação. O princípio da confiança manifesta sua eficácia naqueles casos em que com a atuação infratora de um sujeito se misturam outros participantes na atividade de que se trate, que se encontram imersos no mesmo perigo criado pela infração.
> (*Op. cit*., p. 31.)

Por esse motivo é que entendo ser irrelevante se o recibo é verdadeiro ou falso, tendo em vista o princípio a que fiz menção.

Não dou fé a esta lista e aos documentos que a acompanharam.

De qualquer sorte, o fato é que, como afirmado pelo próprio Ministro Relator nos debates ao final da sessão de julgamento anterior, **"isso não tem importância. O que está em jogo aqui são os recursos transferidos das estatais"** (ao se referir ao recibo citado acima).

Assim, dou continuidade ao meu voto, para, **a partir de agora, analisar efetivamente o conteúdo objetivo da denúncia quanto ao acusado**.

E o conteúdo objetivo da denúncia é o desvio de recursos de estatais para abastecer – via lavagem de dinheiro – a campanha do acusado ao governo do Estado de Minas Gerais no ano de 1998.

Neste passo, descrevo tudo quanto a denúncia imputa, em cada caso concreto, como sendo ato praticado pelo acusado. Vejamos:

Do item II.3 da denúncia: Copasa: a etapa do repasse

Diz a denúncia, logo no início deste item, que:

> (...)
> Na função de Secretário de Estado da Casa Civil e Comunicação Social do Governo de Minas Gerais, Eduardo Guedes determinou, em nome do Estado de Minas Gerais, que a Copasa repassasse um milhão e meio de reais para a empresa SMP&B Comunicação Ltda sob a justificativa de aquisição de cota principal de patrocínio do evento Enduro Internacional da Independência.
> **O chefe imediato de Eduardo Guedes era Eduardo Azeredo, que foi um dos mentores do crime perpetrado e seu principal beneficiário**.
> (Fls. 5968/5969 – Destaquei.)

Ora, a referência que se faz a Eduardo Azeredo neste item é simplesmente de ser ele o chefe imediato de Eduardo Guedes, o que era fato. A partir daí o que se tem é uma declaração genérica de que "foi um dos mentores do crime perpetrado e seu principal beneficiário" (fl. 5969).

Do item II.4 da denúncia: Comig: a etapa do repasse

Diz a denúncia, logo no início deste item, que:

> (...)
> Na função de Secretário de Estado da Casa Civil e Comunicação Social do Governo de Minas Gerais, Eduardo Guedes determinou, em nome do Estado de Minas Gerais, que a Comig repassasse um milhão e meio de reais para a empresa SMP&B Comunicação Ltda sob a justificativa de aquisição de cota principal de patrocínio do evento Enduro Internacional da Independência.
> **O chefe imediato de Eduardo Guedes era Eduardo Azeredo, que foi um dos mentores do crime perpetrado e seu principal beneficiário**.
> (Fl. 5975 – Destaquei.)

À fl. 5980, a denúncia assevera que "o numerário repassado pela Comig para a SMP&B Comunicação foi desviado para a campanha eleitoral de Eduardo Azeredo e Clésio Andrade, como será detalhadamente descrito mais adiante. Pelas provas produzidas na fase inquisitorial, um valor ínfimo foi realmente destinado para o evento esportivo".

Neste ponto, mais uma vez, a referência que se faz a Eduardo Azeredo é simplesmente de ser ele o chefe imediato de Eduardo Guedes, e novamente torna a fazer declarações genéricas de que "foi um dos mentores do crime perpetrado e seu principal beneficiário" (fl. 5975).

Do item II.5 da denúncia: aspectos comuns envolvendo os repasses feitos pela Copasa e Comig

Diz a denúncia, à fl. 5985, que "o valor de três milhões de reais, supostamente destinado aos eventos esportivos, está evidentemente superfaturado para

proporcionar o desvio em benefício da campanha eleitoral de Eduardo Azeredo e Clésio Andrade, bem como a remuneração de Cristiano Paz, Ramon Hollerbach, Clésio Andrade e Marcos Valério pelos serviços criminosos".

Por sua vez, cita, às fls. 5986/5987, que:

> (...)
> Na linha do Relatório Final dos Trabalhos da CPMI "dos Correios" (documento n. 17 que instrui a denúncia, fl. 1038):
>
> "Técnicos do TCMG questionaram os responsáveis pela *Secom* em 1998, os Srs. Álvaro Brandão Azeredo e o Sr. Eduardo Pereira Guedes Neto, uma vez que partiram da *Secom* as ordens para as duas entidades desembolsarem R$ 1,5 milhões cada; também foram ouvidos os Srs. José Cláudio Pinto de Rezende e Ruy José Vianna Lage, dirigentes à época da *Comig* e da *Copasa* acerca de despesa paga à SMPB no valor de R$ 3.000.000,00 a título de prestação de serviços de propaganda, quando se referia a eventos esportivos (Enduro Internacional da Independência, Iron Biker e Mundial de Supercross) por não ter sido comprovada a efetiva prestação de tal serviço.
>
> O exame técnico constatou que a participação financeira do governo no evento enduro foi feito, até 1998, diretamente pela Secom, por meio dos seguintes valores: R$ 50.000 em 1995; R$ 50.000 em 1996; R$ 250.000 em 1997; e saltou para R$ 3.000.000 em 1998. Ainda, de acordo com a equipe técnica: "a cota patrocínio para esse evento, no ano de 1998, sofreu aumento nominal na ordem de 1.100%, em relação ao exercício de 1997 e de 5.900% em relação aos exercícios de 1995 e 1996. – negrito e sublinhado acrescidos."

Na minha concepção, não há neste item nenhuma conduta, uma referência sequer ao denunciado Eduardo Azeredo. Ao revés, o trecho citado do Relatório da CPMI dos Correios demonstra que os próprios técnicos do TC/MG não apontaram responsabilidade ao denunciado Eduardo Azeredo e sim a outros, consoante se depreende do excerto citado.

Do item II.6 da denúncia: o destino do montante repassado

Segundo a inicial:

> (...)
> A investigação comprovou que Clésio Andrade, Marcos Valério, Cristiano Paz e Ramon Hollerbach, em parceria principalmente com o Banco Rural, montaram um esquema de lavagem de dinheiro para financiar a campanha eleitoral de Eduardo Azeredo e Clésio Andrade em 1998.
>
> Esse esquema consistia nas seguintes etapas:
>
> a) uma das empresas de Marcos Valério, Clésio Andrade, Cristiano Paz e Ramon Hollerbach obtia [sic] um empréstimo fictício em uma instituição financeira;
>
> b) o empréstimo obtido tinha dupla finalidade:
>
> b.1) ser investido na campanha eleitoral de Eduardo Azeredo e Clésio Andrade; e
>
> b.2) remunerar Marcos Valério, Clésio Andrade, Cristiano Paz e Ramon Hollerbach pelos serviços criminosos prestados; e, por fim,

c) recursos públicos ou valores advindos de empresas privadas com interesses econômicos perante o Estado de Minas Gerais eram empregados para quitar o empréstimo.

Marcos Valério, em algumas oportunidades, também era remunerado por intermédio de repasses para sua esposa Renilda Souza.
(Fls. 5987/5988.)

E continua:

(...)

O numerário restante, ou seja, valor líquido do empréstimo menos remuneração pela lavagem de dinheiro, foi repassado para a campanha eleitoral de 1998 de Eduardo Azeredo e Clésio Andrade. Para obstruir o rastreamento, a forma de entrega foi em espécie, conforme operações descritas nos itens A, C e H do Quadro 26 acima transcrito.

Conscientes de que o dinheiro tinha origem em crime contra a Administração Pública, a não identificação dos reais beneficiários é uma manobra fraudulenta destinada a ocultar a natureza, origem, localização, disposição, movimentação e propriedade dos valores, caracterizando o crime de lavagem de ativos.

O Banco Rural, de forma dolosa e contribuindo em mais uma etapa da lavagem de dinheiro, permitiu que Marcos Valério, Clésio Andrade, Cristiano Paz e Ramon Hollerbach consignassem, nos documentos de controle, que os saques "destinar-se-iam a pagamentos de diversos compromissos de responsabilidade da SMP&B Comunicação" (Laudo Pericial 1998, fl. 31, apenso 33).

Ora, essa justificativa não explicita qual foi o real destinatário do montante aproximado de R$ 1.800.000,00 sacado em espécie. O Banco Rural, mais uma vez, atua para viabilizar a lavagem de ativos.

Graças ao trabalho desenvolvido na fase inquisitorial, identificou-se que o destinatário foi a campanha eleitoral de Eduardo Azeredo e Clésio Andrade, revelando que a estratégia de efetuar os saques em espécie tinha por objetivo impedir a identificação dos beneficiários (lavagem de dinheiro). O próprio Cláudio Mourão admitiu que recebeu valores em espécie da SMP&B, inclusive em sua sede comercial.
(Fls. 5991/5992.)

Após tais descrições de fatos, a inicial da denúncia aponta, à fl. 5994, que:

(...)

Eduardo Azeredo, Cláudio Mourão, Walfrido dos Mares Guia e Clésio Andrade (este último novamente figurou como devedor solidário) já tinham arquitetado o esquema pelo menos desde 28 de julho de 1998, data do primeiro empréstimo. Assim, em 07 de agosto de 1998 colocaram em prática a etapa do plano que compreendia o desvio de verbas públicas.

Eduardo Azeredo, Cláudio Mourão e Walfrido dos Mares Guia, com o envolvimento doloso de Eduardo Guedes, Ruy Lage e Fernando Moreira (no caso Copasa), entregaram um milhão e quinhentos mil reais para Cristiano Paz, Ramon Hollerbach, Marcos Valério e Clésio Andrade como forma de completar o ciclo dos crimes de peculato e lavagem de ativos.

Ora, do que até aqui transcrito da denúncia, como se dizer que Eduardo Azeredo entregou um milhão e quinhentos mil reais a outros codenunciados?

Aliás, a própria denúncia indica uma distinção entre Eduardo Azeredo e outros codenunciados ao não imputar àquele a prática de ação dolosa. Vejamos novamente o parágrafo segundo da fl. 5994 da denúncia:

> (...)
> Eduardo Azeredo, Cláudio Mourão e Walfrido dos Mares Guia, com o envolvimento doloso de Eduardo Guedes, Ruy Lage e Fernando Moreira (no caso Copasa), entregaram um milhão e quinhentos mil reais para Cristiano Paz, Ramon Hollerbach, Marcos Valério e Clésio Andrade como forma de completar o ciclo dos crimes de peculato e lavagem de ativos.

Não vejo também neste item a participação de Eduardo Azeredo a permitir o recebimento da denúncia contra sua pessoa.

Do item II.7 da denúncia: Comig: o destino do montante repassado

Não aponta tal item nenhum ato praticado pelo denunciado Eduardo Azeredo. **Apenas relata conclusões do conjunto probatório no sentido de ter havido destinação de valores oriundos de contratos com o governo do Estado de Minas Gerais para a campanha de Eduardo Azeredo**.

Do item II.8 da denúncia: Grupo Financeiro Bemge: repasse e destino

Também aqui não há indicação de nenhum ato praticado pelo denunciado Eduardo Azeredo. Apenas relata conclusões do conjunto probatório no sentido de terem sido destinados valores oriundos de contratos com o governo do Estado de Minas Gerais para a campanha de Eduardo Azeredo.

Item III da inicial: capitulação legal dos fatos descritos:

Ao concluir, a denúncia imputou ao denunciado os seguintes crimes:

> (...)
> a.1) 2 (duas) vezes nas reprimendas do **artigo 312**, combinado com o **artigo 327, parágrafo segundo**, ambos do Código Penal (Copasa e Comig);
> a.2) 5 (cinco) vezes nas reprimendas do **artigo 312**, combinado com o **artigo 327, parágrafo segundo**, ambos do Código Penal (Grupo Financeiro Bemge: Bemge S/A Administradora Geral, Financeira Bemge S/A, Bemge Administradora de Cartões de Crédito Ltda., Bemge Seguradora S/A e Bemge Distribuidora de Valores Mobiliários S/A);
> a.3) 3 (três) vezes nas reprimendas **do artigo 1º, inciso V**, da Lei n. 9.613/98 (três saques em espécie descritos no tópico II.6);
> a.4) 1 (uma) vez nas reprimendas **do artigo 1º, inciso V**, da Lei n. 9.613/98 (operação com empréstimo descritos no item II.6);
> a.5) 2 (duas) vezes nas reprimendas **do artigo 1º, inciso V**, da Lei n. 9.613/98 (saque em espécie e operação com empréstimos, ambos descritos no item II.7).
> (Fl. 6013.)

De acordo com o direito brasileiro, a denúncia deve conter a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado (ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo), a classificação do crime e, quando for o caso, o rol de testemunhas (CPP, art. 41). Tais exigências se

fundamentam na necessidade de precisar os limites da imputação, não apenas autorizando o exercício da ampla defesa, como também viabilizando a aplicação da lei penal pelo órgão julgador.

A verificação de fato típico, antijurídico e culpável, da inexistência de causa de extinção da punibilidade e da presença das condições exigidas pela lei para o exercício da ação penal (aí incluída a justa causa) revela-se fundamental para o juízo de admissibilidade da ação penal.

Rogério Greco assinala, invocando a lição de Nilo Batista, "que para que determinado resultado possa ser atribuído ao agente é preciso que a sua conduta tenha sido dolosa ou culposa. Se não houve dolo ou culpa, é sinal de que não houve conduta; se não houve conduta, não se pode falar em fato típico; e não existindo o fato típico, como consequência lógica, não haverá crime. Os resultados que não foram causados a título de dolo ou culpa pelo agente não podem ser a ele atribuídos, pois que a responsabilidade penal, de acordo com o princípio da culpabilidade, deverá ser sempre subjetiva" (*Curso de Direito Penal*, Parte Geral. 4. ed. Niterói: Impetus, 2004. p. 100).

Assim é porque a denúncia poderá ser rejeitada quando a imputação se referir a fato atípico certo e delimitado, apreciável desde logo, sem necessidade de produção de qualquer meio de prova, uma vez que o juízo é de cognição imediata, incidente, sobre a correspondência do fato à norma jurídica, "partindo-se do pressuposto de sua veracidade, tal como narrado na peça acusatória" (OLIVEIRA, Eugênio Pacelli de. *Curso de Processo Penal*. 4. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005. p. 138).

Importante destacar, por outro lado, que embora a peça acusatória narre longamente fatos supostamente tidos como criminosos, bem como as circunstâncias em que eles teriam ocorrido, **deixa de estabelecer a necessária vinculação da conduta individual do denunciado, como já mencionei, aos eventos delituosos**.

No caso, vislumbrando a ausência dessa necessária vinculação, a denúncia pode ser qualificada como inepta. Nesse sentido, transcrevo excerto do voto proferido pelo decano, o eminente Ministro **Celso de Mello**, por ocasião do julgamento do HC 84.580/SP, Segunda Turma, em 25-8-2009, que, com muita propriedade, bem definiu a responsabilidade penal objetiva. Transcrevo:

> (...)
> Tendo em vista **a natureza dialógica** do processo penal acusatório, **hoje impregnado**, em sua estrutura formal, **de caráter essencialmente democrático** (*José Frederico Marques*, "**O Processo Penal na Atualidade**", in Processo Penal e Constituição Federal, p. 13/20, 1993, Apamagis/Ed. Acadêmica), **não se pode desconsiderar**, na análise **do conteúdo** da peça acusatória – conteúdo esse **que delimita e que condiciona** o próprio âmbito temático da decisão judicial –, que o sistema jurídico vigente no Brasil **impõe**, ao Ministério Público, **quando** este deduzir **determinada** imputação penal contra alguém, **a obrigação** de expor, **de maneira individualizada**, **a participação** das pessoas acusadas **da suposta** prática de infração penal, **a fim** de que o Poder Judiciário, **ao resolver** a controvérsia

penal, **possa**, em obséquio **aos postulados essenciais** do direito penal da culpa **e** do princípio constitucional do *due process of law*, **e sem transgredir** esses vetores condicionantes da atividade de persecução estatal, **apreciar** a conduta individual do réu, **a ser analisada**, **em sua expressão concreta**, em face dos elementos abstratos **contidos** no preceito primário de incriminação.

Cumpre ter presente, desse modo, **que se impõe**, ao Estado, no plano da persecução penal, **o dever de definir**, **com precisão**, **a participação individual** dos autores **de quaisquer** delitos.

O Poder Público, tendo presente a norma **inscrita** no art. 41 do Código de Processo Penal, **não pode deixar de observar as exigências** que emanam desse preceito legal, **sob pena** de incidir em grave desvio jurídico-constitucional **no momento** em que exerce o seu **dever-poder** de fazer instaurar a *persecutio criminis* **contra** aqueles que, **alegadamente**, transgrediram o ordenamento penal do Estado.

Não foi por outra razão que o Supremo Tribunal Federal, **em decisão** de que foi Relator o saudoso Ministro *Barros Monteiro*, **deixou consignada** expressiva **advertência** sobre o tema ora em exame (**RTJ** 49/388):

> "*Habeas corpus*. Tratando-se de denúncia referente a crime de autoria coletiva, *é indispensável* que descreva ela, circunstanciadamente, sob pena de inépcia, os fatos típicos atribuídos a cada paciente. Extensão deferida, sem prejuízo do oferecimento de outra denúncia, em forma regular.
>
> (Grifei.)"

Esse entendimento – que tem sido prestigiado por diversos **e** eminentes autores (*Damásio E. de Jesus*, "**Código de Processo Penal Anotado**", p. 40, 10.ª ed., 1993, Saraiva; *Luiz Vicente Cernichiaro/Paulo José da Costa Jr*., "**Direito Penal na Constituição**", p. 84, item n. 8, 1990, RT; Rogério Lauria Tucci, "**Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro**", p. 212/214, item n. 17, 1993, Saraiva; *Joaquim Canuto Mendes de Almeida*, "**Processo Penal**, **Ação e Jurisdição**", p. 114, 1975, RT) – **repudia** as acusações genéricas, **repele** as sentenças indeterminadas **e adverte**, **especialmente no contexto dos delitos societários**, que "**Mera presunção de culpa**, decorrente unicamente do fato de ser o agente diretor de uma empresa, **não pode alicerçar** uma denúncia criminal", **pois** "A submissão de um cidadão aos rigores de um processo penal **exige um mínimo de prova** de que tenha praticado o ato ilícito, **ou** concorrido para a sua prática. **Se** isto **não** existir, **haverá** o que se denomina **o abuso do poder de denúncia**" (*Manoel Pedro Pimentel*, "**Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional**", p. 174, 1987, RT).

Essa orientação, que reputa ser **indispensável** a identificação, **pelo Estado**, na peça acusatória, da participação individual **de cada** denunciado, tem, **hoje**, o beneplácito **de ambas as Turmas** do Supremo Tribunal Federal (**HC 80.549/SP**, Rel. Min. Nelson Jobim – **HC 85.948/PA**, Rel. Min. *Carlos Britto* – **RHC 85.658/ES**, Rel. Min. *Cezar Peluso*, *v.g.*):

> "**1**. ***Habeas corpus***. **Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional** (Lei 7.492, de 1986). **Crime societário**. **2**. **Alegada inépcia da denúncia**, **por ausência de indicação da conduta individualizada dos acusados**. **3**. **Mudança de orientação jurisprudencial**, que, **no caso de crimes societários**, entendia ser apta a denúncia que não individualizasse as condutas de cada indiciado, bastando a indicação de que os acusados fossem de algum modo responsáveis pela condução da sociedade comercial sob a qual foram supostamente praticados os delitos. **Precedentes**: **HC 86.294/SP**, Segunda Turma, por maioria, de minha relatoria, *DJ* de 3-2-2006; **HC 85.579/MA**, Segunda Turma,

unânime, de minha relatoria, *DJ* de 24-5-2005; **HC 80.812/PA**, Segunda Turma, por maioria, de minha relatoria p/ o acórdão, *DJ* de 5-3-2004; **HC 73.903/CE**, Segunda Turma, unânime, Rel. Min. Francisco Rezek, *DJ* de 25-4-1997; **e HC 74.791/RJ**, Primeira Turma, unânime, Rel. Min. Ilmar Galvão, *DJ* de 9-5-1997. **4**. **Necessidade de individualização das respectivas condutas dos indiciados**. **5**. **Observância dos princípios** do devido processo legal (**CF**, art. 5º, LIV), da ampla defesa, contraditório (**CF**, art. 5º, LV) **e** da dignidade da pessoa humana (**CF**, art. 1º, III). **Precedentes**: **HC 73.590/SP**, Primeira Turma, unânime, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ* de 13-12-1996; **e HC 70.763/DF**, Primeira Turma, unânime, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ* de 23-9-1994. **6**. **No caso concreto**, **a denúncia é inepta porque não pormenorizou**, de modo adequado e suficiente, **a conduta** do paciente. 7. *Habeas corpus* **deferido**. (**HC 86.879/SP**, Rel. p/ o ac. Min. *Gilmar Mendes* – **Grifei**.)"

"***Habeas corpus*** – **Crime contra o sistema financeiro nacional – Responsabilidade penal** dos controladores ***e*** administradores de instituições financeiras – **Lei 7.492/86** (art. 25) – Denúncia **que não atribui** comportamento específico ao diretor de câmbio de instituição financeira **que o vincule**, com apoio em dados probatórios mínimos, ao evento delituoso – **Inépcia da denúncia – Pedido deferido. Processo penal acusatório – Obrigação de o Ministério Público formular denúncia juridicamente apta.**

O sistema jurídico vigente no Brasil – tendo presente **a natureza dialógica** do processo penal acusatório, **hoje impregnado**, em sua estrutura formal, de caráter **essencialmente** democrático – **impõe**, ao Ministério Público, **a obrigação de expor**, de maneira precisa, objetiva **e** individualizada, **a participação** das pessoas acusadas **da suposta** prática da infração penal, **a fim** de que o Poder Judiciário, **ao resolver** a controvérsia penal, **possa**, em obséquio aos postulados essenciais do direito penal da culpa **e** do princípio constitucional do *due process of law*, ter em consideração, **sem transgredir** esses vetores condicionantes da atividade de persecução estatal, **a conduta individual** do réu, a ser analisada, **em sua expressão concreta**, em face dos elementos abstratos contidos no preceito primário de incriminação. O ordenamento positivo brasileiro **repudia** as acusações genéricas **e repele** as sentenças indeterminadas.

A pessoa sob investigação penal tem o direito de não ser acusada com base em denúncia inepta.

A denúncia – enquanto instrumento formalmente consubstanciador da acusação penal – constitui peça processual de indiscutível relevo jurídico. **Ela**, antes de mais nada, **ao delimitar o âmbito temático** da imputação penal, **define** a própria *res in judicio deducta*.

A peça acusatória, por isso mesmo, **deve conter a exposição** do fato delituoso, **em toda** a sua essência **e** com todas as suas circunstâncias. Essa narração, **ainda que sucinta**, impõe-se ao acusador **como exigência derivada** do postulado constitucional **que assegura**, ao réu, o exercício, **em plenitude**, do direito de defesa. **Denúncia que não descreve**, adequadamente, **o fato criminoso e que também deixa de estabelecer a necessária vinculação** da conduta individual **de cada** agente ao evento delituoso **qualifica-se** como denúncia inepta. **Precedentes**.

Persecução penal dos delitos contra o sistema financeiro – Peça acusatória que não descreve, **quanto ao administrador de instituição**

financeira, **qualquer conduta específica que o vincule ao evento delituoso – Inépcia da denúncia**.

A mera invocação da condição de diretor em instituição financeira, **sem a correspondente e objetiva descrição de determinado** comportamento típico **que o vincule** ao resultado criminoso, **não constitui** fator suficiente **apto a legitimar** a formulação da acusação estatal **ou a autorizar** a prolação de decreto judicial condenatório.

A circunstância objetiva de alguém **meramente** exercer cargo de direção em instituição financeira **não se revela suficiente**, **só por si**, **para autorizar** qualquer presunção de culpa (**inexistente** em nosso sistema jurídico-penal) **e**, **menos ainda**, para justificar, como efeito derivado **dessa particular** qualificação formal, a correspondente persecução criminal em juízo.

As acusações penais não se presumem provadas: **o ônus da prova incumbe**, **exclusivamente**, **a quem acusa**.

Os princípios constitucionais que regem o processo penal **põem em evidência** o nexo de indiscutível vinculação **que existe entre a obrigação estatal** de oferecer acusação formalmente precisa **e** juridicamente apta, de um lado, **e o direito individual** à ampla defesa, de que dispõe o acusado, de outro. **É que**, para o acusado exercer, **em plenitude**, a garantia do contraditório, **torna-se indispensável** que o órgão da acusação descreva, **de modo preciso**, os elementos estruturais (essentialia delicti) **que compõem** o tipo penal, **sob pena** de se devolver, **ilegitimamente**, ao réu, o ônus (que sobre ele **não** incide) de provar que é inocente.

É sempre importante reiterar – na linha do magistério jurisprudencial que o Supremo Tribunal Federal **consagrou** na matéria – **que nenhuma acusação penal** se presume provada. **Não compete**, ao réu, **demonstrar** a sua inocência. **Cabe**, ao contrário, ao Ministério Público, **comprovar**, de forma inequívoca, **para além** de qualquer dúvida razoável, a culpabilidade do acusado. **Já não mais prevalece**, em nosso sistema de direito positivo, a regra, que, **em dado momento histórico** do processo político brasileiro (**Estado Novo**), **criou**, para o réu, **com a falta de pudor que caracteriza os regimes autoritários**, a obrigação **de o acusado** provar a sua própria inocência (**Decreto-Lei 88**, de 20-12-1937, art. 20, n. 5). **Precedentes.**
(**HC 83.947/AM**, Rel. Min. *Celso de Mello*.)"

"1. **Ação penal**. **Denúncia**. **Deficiência**. **Omissão dos comportamentos típicos que teriam concretizado a participação dos réus nos fatos criminosos descritos**. **Sacrifício do contraditório e da ampla defesa**. **Ofensa a garantias constitucionais do devido processo legal** (***due process of law***). **Nulidade absoluta e insanável**. **Superveniência da sentença condenatória**. **Irrelevância**. **Preclusão temporal inocorrente**. **Conhecimento da arguição em *habeas corpus***. **Aplicação do art. 5º, LIV e LV, da CF**. **Votos vencidos**. A denúncia que, eivada de narração deficiente ou insuficiente, dificulte ou impeça o pleno exercício dos poderes da defesa, é causa de nulidade absoluta e insanável do processo e da sentença condenatória e, como tal, não é coberta por preclusão.

2. **Ação penal**. **Delitos contra o sistema financeiro nacional**. **Crimes ditos societários**. **Tipos previstos nos arts. 21, parágrafo único, e 22, *caput*, da Lei 7.492/1986**. **Denúncia genérica**. **Peça que omite a descrição de comportamentos típicos e sua atribuição a autor individualizado, na qualidade**

> **de administrador de empresas**. **Inadmissibilidade**. **Imputação às pessoas jurídicas**. **Caso de responsabilidade penal objetiva**. **Inépcia reconhecida**. **Processo anulado a partir da denúncia**, **inclusive**. ***Habeas corpus* concedido para esse fim**. **Extensão da ordem ao corréu**. **Inteligência do art**. **5º**, **XLV e XLVI**, **da CF**, **dos arts**. **13**, **18**, **20 e 26 do CP e 25 da Lei 7.492/1986**. **Aplicação do art**. **41 do CPP**. **Votos vencidos**. **No caso de crime** contra o sistema financeiro nacional **ou de outro dito** '**crime societário**', **é inepta a denúncia genérica**, que omite descrição de comportamento típico e sua atribuição a autor individualizado, na condição de diretor ou administrador de empresa. (**HC 83.301/RS**, Rel. p/ o ac. Min. *Cezar Peluso*, *DJe* de 18-9-2009 – **Grifei**.)"

Ressalta, ainda, Sua Excelência, naquele julgado, que, "[**e**]**m matéria** de responsabilidade penal, **não se registra**, no modelo constitucional brasileiro, **qualquer** possibilidade de o Judiciário, **por simples** presunção **ou com fundamento** em meras suspeitas, **reconhecer a culpa** do réu. **Os princípios democráticos** que informam o sistema jurídico nacional **repelem** qualquer ato estatal **que transgrida** o dogma **de que não haverá** culpa penal por presunção **nem** responsabilidade criminal por mera suspeita" (grifos no original).

Na esteira desse entendimento, destaco o julgado proferido, em 18-12-2003, pelo Plenário da Corte, no julgamento do Inq 1.656/SP, Relatora a Ministra **Ellen Gracie**, *DJ* de 27-2-2004. Naquela oportunidade, ressaltou a eminente Relatora que, em se tratando "de crimes de autoria coletiva, as exigências do art. 41 do CPP foram, de certa forma, mitigadas. No entanto, tal entendimento não autoriza o oferecimento de denúncia genérica. Uma coisa é admitir-se uma acusação em que não haja minuciosa descrição da conduta do agente. Outra é intentar uma ação penal que, de tão abstrata, dela não se infere sequer qual a ação ou omissão delituosa imputada ao réu, de modo a tornar impossível sua defesa".

Ressaltou, ainda, que, naquele caso, "a denúncia, ao narrar os fatos, não [demonstrou] qualquer liame entre as condutas do acusado (...), seja por ação ou omissão, e os tipos penais nos quais estava sendo enquadrado" e, relativamente à descrição daquela denúncia quanto à materialidade do delito, concluiu a Ministra **Ellen Gracie** afirmando que não haveria, no caso, "qualquer referência, mesmo que breve, no tocante à materialidade descrita pela inicial, que descreva eventual conduta delituosa praticada pelo acusado [e] acolher tal acusação, acarretaria imputação penal por responsabilidade objetiva, inadmissível em nosso sistema jurídico penal (...)".

Nesse ponto, trouxe a Ministra, em seu voto, como precedente, o HC 80.549/SP, Segunda Turma, Relator o Ministro **Nelson Jobim**, *DJ* de 24-8-2001, do qual destaco o seguinte ponto:

> (...)
> O princípio da responsabilidade penal adotado pelo sistema jurídico brasileiro é o pessoal (subjetivo).
> A autorização pretoriana de denúncia genérica para os crimes de autoria coletiva não pode servir de escudo retórico para a não descrição mínima da participação de cada agente na conduta delitiva.

Uma coisa é a desnecessidade de pormenorizar.

Outra é a ausência absoluta de vínculo do fato descrito com a pessoa do denunciado.

Aliás, o magistério de **Tourinho Filho**, reproduzindo **José Frederico Marques**, ensina ser imprescindível que na imputação "se fixe, com exatidão, a conduta do acusado, descrevendo-a o acusador, de maneira precisa, certa e bem individualizada (*Elementos de Direito Processual Penal*, v. II, Rio de Janeiro: Forense, 1961, p. 153). Afirma o autor, ainda na mesma obra, que 'essa exigência de descrição circunstanciada, contida no art. 41 do CPP, torna-se mais essencial se a acusação é dirigida a diversas pessoas ou, melhor dizendo, quando convivem, na denúncia, várias acusações, e muito especialmente se essas pessoas são reunidas pela circunstância de exercerem cargos de direção ou serem sócias de uma empresa, sob pena de estarmos face a face com uma espécie de denúncia vazia, empregada essa expressão em todo o seu sentido semântico, gramatical'" (*Processo Penal*, v. I, 31. ed., São Paulo: Saraiva, 2009, p. 409/410).

Por tudo o que foi lido e analisado até agora, não é possível constatar o vínculo do indiciado à prática dos crimes apontados na denúncia pelo Ministério Público Federal. E, filiando-me ao entendimento anteriormente esposado, tenho que a peça acusatória, sem especificar de modo concreto a participação do investigado, vem a atribuir-lhe objetivamente responsabilidade pelos eventos tidos como delituosos, como explicitado na inicial, pelo fato de ser ele, à época, Governador do Estado de Minas Gerais (fl. 5935).

Assim como assim, e por não se registrar no modelo constitucional vigente, em matéria de responsabilidade penal, a possibilidade de o Poder Judiciário, por simples presunção ou com fundamento em meras suspeitas, reconhecer a suposta prática dos delitos pelo denunciado, peço vênia ao eminente Relator, Ministro **Joaquim Barbosa**, para rejeitar, *in totum*, a denúncia (art. 395, inciso I, do Código de Processo Penal).

É como voto.

VOTO
(Incidências)

O Sr. Ministro Dias Toffoli:

Esse valor (quatro milhões e quinhentos mil reais) foi quitado pela cúpula da campanha por meio do numerário injetado criminosamente pelos mecanismos profissionais operados por Marcos Valério, Cristiano Paz, Ramon Hollerbach e Clésio Andrade.

Walfrido dos Mares Guia sabia da captação ilícita de recursos e concorreu para a engrenagem ilícita de financiamento, razão pela qual não hesitou em participar da operação destinada a atender exigência de Cláudio Moura, que cobrava de Eduardo Azeredo o pagamento da dívida. Atender a demanda de Cláudio Mourão significava impedir qualquer tipo de publicidade para os crimes perpetrados em 1998.

Aproveito para fazer um comentário lateral. Aqui se acusa Walfrido dos Mares Guia de um pagamento, em 2002, por um ato de 1998. Por tudo que estudei dos autos, é um tanto confuso.

Digo eu:

> Logo adiante, narra a denúncia:
>
> "(...)
>
> O problema é que Cláudio Mourão, tempos depois **[junho de 2005 – fls. 338/341]**, voltou à carga contra seus ex-companheiros de empreitada ilícita em 1998 em busca de mais dinheiro.
>
> Nessa época, ele confeccionou, com o conhecimento de quem coordenou ativamente a área financeira da eleição de 1998, o documento intitulado 'Resumo da movimentação financeira ocorrido no ano de 1998 na campanha para a reeleição ao governo do Estado de Minas Gerais, pelo atual Senador da República, Sr. Eduardo Brandão de Azeredo e do atual Vice-Governador, Sr. Clésio Soares Andrade. Eleição de 1998 – Histórico'.
>
> Em primeiro lugar, registre-se que o Instituto Nacional de Criminalística, por meio de Laudos de Exame Documentoscópico n.(s) 3319/05-INC (fls. 420/425) e 3328/05-INC (fls. 427/429), confirmou a autenticidade das rubricas e assinatura lançadas por Cláudio Mourão, bem como que não houve fraude documental no teor do documento (montagem, adulteração e outros vícios).
>
> O documento, portanto, é autêntico.
>
> (...)
>
> Algumas informações constantes da denominada "Lista Cláudio Mourão" são bem interessantes. Por exemplo:
>
> > "1º – Foram arrecadados para a campanha, em 1998, mais de R$ 100.000.000,00 (cem milhões de reais) no decorrer da gestão final do Governo de Eduardo Brandão de Azeredo, destes recursos só as empresas SMP&B e DNA, movimentaram R$ 53.879.396,86 (cinquenta e três milhões, oitocentos e setenta e nove mil, trezentos e noventa e seis reais e oitenta e seis centavos)."
>
> Neste ponto, Senhor Presidente, **a título de observação**, trago um quadro comparativo entre os valores que o Sr. Cláudio Mourão afirma em sua lista (fls. 338 a 340) terem sido arrecadados para a campanha de 1998 do aqui denunciado e o quanto oficialmente arrecadado naquela época na campanha do candidato eleito Itamar Franco ao Governo de Minas Gerais. Faço, ainda, um cotejo com as despesas das principais campanhas presidenciais dos anos 1998, 2002 e 2006.

Inicialmente, na primeira tabela, eleições para Governador do Estado de Minas Gerais, ano de 1998. As informações que obtive no Tribunal Regional Eleitoral de Minas Gerais dão conta de que o candidato vitorioso naquela eleição, o ex-Presidente Itamar Franco, teve uma arrecadação de R$ 2.867.225,00 (dois milhões, oitocentos e sessenta e sete mil, duzentos e vinte e cinco reais) e uma despesa de R$ 2.727.882,72 (dois milhões, setecentos e vinte e sete mil, oitocentos e oitenta e dois reais e setenta e dois centavos).

Teriam sido, então, esses os valores gastos pelo candidato vitorioso contra os valores do Governador, candidato à reeleição, com suposta caixa de campanha,

que, segundo essa lista, surge apenas em 2005, no valor de R$ 100.000.000,00 (cem milhões de reais).

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): Ministro Dias Toffoli, uma pergunta a Vossa Excelência.

O Sr. Ministro Dias Toffoli: Eu poderia continuar o meu voto?

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): Eu gostaria de perguntar o que o Senhor Itamar Franco tem a ver com este processo?

O Sr. Ministro Dias Toffoli: Estou fazendo um comparativo do que teriam sido os gastos de campanha e aquilo que consta no Tribunal Regional Eleitoral. É o meu raciocínio, Senhor Ministro.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): Vossa Excelência está fazendo comparações absolutamente impertinentes.

O Sr. Ministro Dias Toffoli: Vossa Excelência apresentou o seu voto e eu não o interrompi.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): Isso está na denúncia do Procurador. Vossa Excelência há de separar o que está na denúncia do que eu, como Relator, digo.

O Sr. Ministro Dias Toffoli: Continuo o meu voto, Senhor Presidente, trazendo comparativos dos gastos que constam nessa suposta lista Cláudio Mourão, que teriam sido gastos de R$ 100.000.000,00 (cem milhões de reais) com as despesas, agora, das campanhas presidenciais de 1998.

As principais despesas da campanha presidencial de 1998 somam, em arrecadação, R$ 47.638.218,84 (quarenta e sete milhões, seiscentos e trinta e oito mil, duzentos e dezoito reais e oitenta e quatro centavos). Em despesas, somam-se R$ 51.268.077,95 (cinquenta e um milhões, duzentos e sessenta e oito mil, setenta e sete reais e noventa e cinco centavos).

Ou seja, todas as campanhas presidenciais de 1998, as principais, se somadas, em 98, no mesmo ano da chamada Lista Cláudio Mourão, teriam tido, de despesas, cinquenta e um milhões de reais.

Eleições para Presidente da República, agora já do ano 2002, dados que obtive no Tribunal Superior Eleitoral. As principais campanhas presidenciais, em 2002, arrecadaram R$ 87.543.271,50 (oitenta e sete milhões, quinhentos e quarenta e três mil, duzentos e setenta e um reais e cinquenta centavos) e tiveram uma despesa de R$ 93.595.507,40 (noventa e três milhões, quinhentos e noventa e cinco mil, quinhentos e sete reais e quarenta centavos).

As eleições para Presidente da República de 2006. As principais campanhas tiveram uma arrecadação de R$ 310.979.242,27 (trezentos e dez milhões, novecentos e setenta e nove mil, duzentos e quarenta e dois reais e vinte e sete centavos) e uma despesa de R$ 310.975.677,63 (trezentos e dez milhões, novecentos e setenta e cinco mil, seiscentos e setenta e sete reais e sessenta e três centavos).

Continuo após essa tabela e esse comparativo que fiz.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Esses trezentos e dez milhões cada um dos principais concorrentes a Presidente ou a soma de tudo?

O Sr. Ministro Dias Toffoli: É a soma das campanhas. Continuo e aqui explicito a minha análise desse quadro comparativo e explico o porquê desse quadro comparativo:

> Diante desse quadro comparativo e da discrepância, nitidamente vista, entre o valor arrecadado na campanha do candidato eleito Itamar Franco e o arrecadado na campanha do denunciado, fica uma indagação: essa quantia astronômica estaria condizente com a realidade vivida no ano de 1998 para eleger um candidato ao governo de qualquer ente federativo, sendo que nem se somadas, por exemplo, as despesas das principais campanhas à Presidência da República, ressalte-se, de abrangência nacional, naquele mesmo ano, alcançaríamos os **R$ 100.000.000,00 (cem milhões de reais)** mencionados pelo Sr. Cláudio Mourão em sua lista?
>
> E digo mais, nem se somarmos as despesas das principais campanhas presidenciais do ano de 2002, que totalizaram, conforme dados oficiais, os montantes de **R$ 87.543.271,50, em arrecadação**, e **R$ 93.595.507,40, em despesa**. A meu ver, Senhores Ministros, essa soma de dinheiro não se coaduna com a realidade do nosso País à época, que convivia com as consequências decorrentes da crise da economia russa e de seu impacto sobre as bolsas de valores e as perspectivas de insolvência de outras economias, notadamente as da América Latina.
>
> Ademais, a própria denúncia menciona, à fl. 5962, que "Cláudio Mourão, tempos depois, voltou à carga contra seus ex-companheiros de empreitada ilícita em 1998 em busca de mais dinheiro (...)".

A mim parece que essa lista é muito mais um produto para outras finalidades do que... E é isso que eu deduzo com a afirmação inclusive da própria denúncia. A própria denúncia diz que Cláudio Mourão, com isso, procurava obter vantagens e pressionar, obter mais dinheiro, "em busca de mais dinheiro". Isso tem um nome no tipo penal, chama-se extorsão, mas volto ao meu voto, Senhor Presidente:

> Ademais, a própria denúncia menciona, à fl. 5962, que "Cláudio Mourão, tempos depois, voltou à carga contra seus ex-companheiros de empreitada ilícita em 1998 em busca de mais dinheiro", bem como informa a existência de ação proposta por ele em 2005, neste Supremo Tribunal, contra Eduardo Azeredo e Clésio Andrade, da qual teria posteriormente desistido, tendo em vista que os fatos objeto do Inq 2.245/MG tornaram-se públicos (fls. 5965 a 5967).
>
> **Destaco, ainda, um dado que me chamou a atenção, por ser, no caso, conforme mencionei na última sessão (5-11-2009), supostamente a única coisa materialmente praticada pelo denunciado (recibo). Esse dado está presente na "Lista Cláudio Mourão", precisamente no item 9º, que assim dispõe:**
>
> "(...) 9º – Recursos destinados ao ex-Governador e hoje Senador da República...".

Aqui faço uma observação, pois, relendo pela enésima vez, acabei de perceber neste momento que a lista Cláudio Mourão, que diz respeito às eleições de 1998, já cita o acusado como ex-Governador e atual Senador. Ou seja, é uma prova material de que a lista foi feita quando Eduardo Azeredo já era Senador da República e não no momento em que era candidato à reeleição.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): Ministro Toffoli, Vossa Excelência me permite esclarecer? Esses fatos só vieram à tona em 2005, após a eclosão do Mensalão.

O Sr. Ministro Dias Toffoli: Mas eu estou dizendo isso. Estamos de acordo, só que eu valoro diferentemente de Vossa Excelência esses fatos. Estamos de acordo: eles só se tornaram conhecidos em 2005. Está no meu voto, é isso que eu estou afirmando. E, aliás, a denúncia, muito bem elaborada e muito bem posta, como sempre, pela Procuradoria-Geral da República, foi fiel aos fatos: isso aparece em 2005.

Continuo o meu voto, Senhor Presidente. Leio exatamente o item 9º da chamada lista Cláudio Mourão. É que fiz uma observação de algo que me veio às claras neste instante, Senhor Presidente. Então, volto a lê-lo:

> Item 9º – Recursos destinados ao ex-Governador e hoje Senador da República – Ex-Governador e hoje Senador da República – Sr. Eduardo Brandão de Azeredo, no valor de R$ 4.500.000,00 (quatro milhões e quinhentos mil reais, para compromissos diversos. (Questões pessoais). Obs. Repassado por mim com autorização das agências **SMP&B e DNA Propaganda**, conforme recibo em anexo.

Esse é o famoso recibo que foi contradito da tribuna pelo defensor do acusado, que trouxe a informação de que isso estaria tendo uma ação de falso em outra instância da Justiça. Consta, esse recibo aparece em anexo a essa lista Cláudio Mourão.

Digo eu:

> ora, o simples fato de ter o denunciado supostamente assinado [e eu parto aqui da premissa até que de que ele assinou] um recibo pelo qual atesta ter obtido das empresas veiculadas, destaque-se, **por intermédio do seu coordenador de campanha eleitoral, Sr. Cláudio Mourão da Silveira**, a importância ali descrita (R$ 4.500.000,00) não é motivo suficiente para se vislumbrar um liame subjetivo, mormente se considerarmos o que afirmado pelo próprio Cláudio Mourão na ação de indenização por ele ajuizada nesta Suprema Corte em 2005. Diz ele que "dispunha da total e irrestrita confiança e credibilidade junto aos réus [**Eduardo Azeredo e Clésio Soares**], mormente perante o 1º réu, hoje Senador da República, que lhe concedeu, à época da campanha, todos os poderes para proceder a coordenação financeira da mesma (cópia procuração anexa), bem como o 2º réu lhe havia outorgado, embora tacitamente, mandato para gerir a campanha, contrair dívidas e tudo o mais que fosse necessário" (fl. 345). Esse fato mencionado pelo Sr. Cláudio Mourão, no meu entendimento, afasta o denunciado Eduardo Azeredo de qualquer ato praticado na administração financeira de sua campanha.
>
> Traçando um paralelo sobre uma das hipóteses que excluem a imputação objetiva dos resultados produzidos (princípio da confiança), **André Callegari** colaciona que:
>
> "(...)
>
> De acordo com este princípio, não se imputarão objetivamente os resultados produzidos por quem obrou confiando em que outros se manterão dentro dos limites do perigo permitido. O princípio da confiança significa

> que, apesar da experiência de que outras pessoas cometem erros, se autoriza a confiar – numa medida ainda por determinar – em seu comportamento correto (entendendo-o não como acontecimento psíquico, senão como estar permitido confiar). Exemplo: 'A', conduzindo o seu carro, atravessa um cruzamento com o semáforo verde, sem tomar medida alguma de precaução para o caso de que algum automóvel que circule na outra direção não respeite o semáforo vermelho que proíbe sua passagem. 'B' desrespeita o semáforo vermelho e colide com o carro de 'A', resultando a morte de 'B'. Este resultado não se imputa a 'A' objetivamente pelo efeito do princípio da confiança. Isso é assim porque não se pode imaginar que todo motorista tenha que dirigir seu carro pensando continuamente que o resto dos participantes no trânsito pode cometer imprudências ou que existem crianças ou idosos..."

Para mim, tudo indica que aquele recibo é falso, inclusive o "saudar" está escrito com "u", sequer está escrito no vernáculo correto.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): Este é o momento para dizer isso?

O Sr. Ministro Dias Toffoli: É o momento que tenho para valorar as coisas.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): Não. Nós não estamos julgando o Senhor Eduardo Azeredo, estamos examinando indícios. Nessa fase, não se julga ninguém, não se examina se tal documento é legítimo ou não.

O Sr. Ministro Dias Toffoli: Senhor Presidente, gostaria de prosseguir o meu voto. Eu ouvi Sua Excelência, o Ministro Relator, durante dois dias, sem interrompê-lo.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): Até agora Vossa Excelência, parece-me, não me ouviu, não leu o que escrevi em meu voto e não leu os autos.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Vossa Excelência tem a palavra.

O Sr. Ministro Dias Toffoli:

> Por esse motivo é que entendo ser irrelevante se o recibo é verdadeiro ou falso, tendo em vista o princípio a que fiz menção.
>
> **Não dou fé a esta lista e aos documentos que a acompanharam.**
>
> De qualquer sorte, o fato é que, como afirmado pelo próprio Ministro Relator nos debates ao final da sessão de julgamento anterior, "**isso não tem importância. O que está em jogo aqui são os recursos transferidos das estatais**" [ao se referir ao recibo citado acima].
>
> Assim, dou continuidade ao meu voto, para, **a partir de agora, analisar efetivamente o conteúdo objetivo da denúncia quanto ao acusado**.
>
> E o conteúdo objetivo da denúncia é o desvio de recursos de estatais para abastecer – via lavagem de dinheiro – a campanha do acusado ao governo do Estado de Minas Gerais no ano de 1998.
>
> **Neste passo, descrevo tudo quanto a denúncia imputa, em cada caso concreto, como sendo ato praticado pelo acusado**. Vejamos.

Vou analisar cada ato que objetivamente a denúncia imputou como sendo aquele objeto da denúncia e não essas considerações gerais sobre lista, sobre campanha, que é apenas uma parte introdutória da denúncia, mas para observar

o que o denunciado teria praticado em relação àquelas estatais, em relação aos valores que, depois, teriam sido lavados, que somam, segundo a denúncia, três milhões e meio – quatro milhões e meio não têm nada a ver com isso.

Então, passo a descrever:

> **Do Item II.3 da denúncia: Copasa: a etapa do repasse**
> Diz a denúncia, logo no início deste item, que:
> "(...)
> Na função de Secretário de Estado da Casa Civil e Comunicação Social do Governo de Minas Gerais, Eduardo Guedes determinou, em nome do Estado de Minas Gerais, que a Copasa repassasse um milhão e meio de reais para a empresa SMP&B Comunicação Ltda sob a justificativa de aquisição de cota principal de patrocínio do evento Enduro Internacional da Independência.
> **O chefe imediato de Eduardo Guedes era Eduardo Azeredo, que foi um dos mentores do crime perpetrado e seu principal beneficiário.**"

De cada item, eu transcrevo o que se diz a respeito do denunciado neste Tribunal. Há outros denunciados que estão em outra esfera.

> Na função de Secretário de Estado da Casa Civil e Comunicação Social do Governo de Minas Gerais, Eduardo Guedes determinou, em nome do Estado de Minas Gerais, que a Comig repassasse um milhão e meio de reais para a empresa SMP&B Comunicação Ltda sob a justificativa de aquisição de cota principal de patrocínio do evento Enduro Internacional da Independência.
> **O chefe imediato de Eduardo Guedes era Eduardo Azeredo, que foi um dos mentores do crime perpetrado e seu principal beneficiário.**

Nesse item, a referência que se faz a Eduardo Azeredo é simplesmente de ser ele o chefe imediato de Eduardo Guedes, o Secretário que tem uma ordem expressa – e comprovada nos autos – de fazer esse repasse. Mas a imputação a Eduardo Azeredo é única e simplesmente de ele ser o chefe, enquanto Governador de Estado, do Secretário que deu aquela determinação.

Passo ao *Item* II.4 da denúncia, Senhor Presidente. Agora já na estatal *Comig* – a etapa do repasse:

> Diz a denúncia, logo no início deste item, que:
> "(...)
> Na função de Secretário de Estado da Casa Civil e Comunicação Social do Governo de Minas Gerais, Eduardo Guedes determinou, em nome do Estado de Minas Gerais, que a Comig repassasse um milhão e meio de reais para a empresa SMP&B Comunicação Ltda sob a justificativa de aquisição de cota principal de patrocínio do evento Enduro Internacional da Independência.
> **O chefe imediato de Eduardo Guedes era Eduardo Azeredo, que foi um dos mentores do crime perpetrado e seu principal beneficiário.**"
> (Fl. 5975 – Destaquei.)

À fl. 5980, a denúncia assevera que "o numerário repassado pela Comig para a SMP&B Comunicação foi desviado para a campanha eleitoral de Eduardo Azeredo e Clésio Andrade, como será detalhadamente descrito mais adiante. Pelas

provas produzidas na fase inquisitorial, um valor ínfimo foi realmente destinado para o evento esportivo.

Neste ponto, mais uma vez, a referência que se faz a Eduardo Azeredo é simplesmente de ser ele o chefe imediato de Eduardo Guedes, e novamente torna a fazer declarações genéricas de que "foi um dos mentores do crime perpetrado e seu principal beneficiário".

Do Item II.5 da denúncia: aspectos comuns envolvendo os repasses feitos pela Copasa e Comig

Agora a denúncia observa o que tem de comum nesses dois repasses de um milhão e meio feito por ordem de Eduardo Guedes, então Secretário de Estado Minas Gerais e o que há de comum nesses repasses.

Diz a denúncia, à fl. 5985:

> (...) o valor de três milhões de reais, supostamente destinado aos eventos esportivos, está evidentemente superfaturado para proporcionar o desvio em benefício da campanha eleitoral de Eduardo Azeredo e Clésio Andrade, bem como a remuneração de Cristiano Paz, Ramon Hollerbach, Clésio Andrade e Marcos Valério pelos serviços criminosos.
>
> Por sua vez, cita, às fls. 5986/5987, que [continua, então, a denúncia, fazendo uma citação dentro da citação que estou fazendo agora, que está contida na denúncia]:
>
> > "(...)
> >
> > Na linha do Relatório Final dos Trabalhos da CPMI 'dos Correios' (documento n. 17 que instrui a denúncia, fl. 1038):
> >
> > > 'Técnicos do TCMG questionaram os responsáveis pela *Secom* em 1998, os Srs. Álvaro Brandão Azeredo e o Sr. Eduardo Pereira Guedes Neto, uma vez que partiram da *Secom* as ordens para as duas entidades desembolsarem R$ 1,5 milhões cada; também foram ouvidos os Srs. José Cláudio Pinto de Rezende e Ruy José Vianna Lage, dirigentes à época da *Comig* e da *Copasa*, acerca de despesa paga à SMPB no valor de R$ 3.000.000,00 a título de prestação de serviços de propaganda, quando se referia a eventos esportivos (Enduro Internacional da Independência, Iron Biker e Mundial de Supercross) por não ter sido comprovada a efetiva prestação de tal serviço'."

Continua o documento citado na denúncia:

> O exame técnico constatou que a participação financeira do governo no evento enduro foi feito, até 1998, diretamente pela *Secom*, por meio dos seguintes valores: R$ 50.000 em 1995; R$ 50.000 em 1996; R$ 250.000 em 1997; *e saltou para R$ 3.000.000 em 1998*. Ainda, de acordo com a equipe técnica: "a cota patrocínio para esse evento, no ano de 1998, sofreu aumento nominal na ordem de 1.100%, em relação ao exercício de 1997 e de 5.900% em relação aos exercícios de 1995 e 1996." – negrito e sublinhado acrescidos.

É evidente que esses valores realmente são indutores de alguma criminalidade, de algum superfaturamento. Não desconheço isso.

Digo eu agora na retomada do meu voto:

Na minha concepção, não há neste item nenhuma conduta, uma referência sequer ao denunciado Eduardo Azeredo. Ao revés, o trecho citado do Relatório da CPMI dos Correios demonstra que os próprios técnicos do TC/MG não apontaram responsabilidade ao denunciado Eduardo Azeredo e sim a outros, consoante se depreende do excerto citado.

Passo ao *Item* II.6 da denúncia, que é sobre o montante repassado em relação a essas duas estatais:

Segundo a inicial:

"(...)

A investigação comprovou que Clésio Andrade, Marcos Valério, Cristiano Paz e Ramon Hollerbach, em parceria principalmente com o Banco Rural, montaram um esquema de lavagem de dinheiro para financiar a campanha eleitoral de Eduardo Azeredo e Clésio Andrade em 1998.

Esse esquema consistia nas seguintes etapas:

a) uma das empresas de Marcos Valério, Clésio Andrade, Cristiano Paz e Ramon Hollerbach obtia [sic] um empréstimo fictício em uma instituição financeira;

b) o empréstimo obtido tinha dupla finalidade:

b.1) ser investido na campanha eleitoral de Eduardo Azeredo e Clésio Andrade; e

b.2) remunerar Marcos Valério, Clésio Andrade, Cristiano Paz e Ramon Hollerbach pelos serviços criminosos prestados; e, por fim,

c) recursos públicos ou valores advindos de empresas privadas com interesses econômicos perante o Estado de Minas Gerais eram empregados para quitar o empréstimo.

Marcos Valério, em algumas oportunidades, também era remunerado por intermédio de repasses para sua esposa Renilda Souza".

(Fls. 5987/5988.)

EXPLICAÇÃO

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): Ministro Toffoli, quem se beneficiou dessa manobra não foi o Sr. Itamar Franco, foi o Sr. Eduardo Azeredo. Empréstimos simulados que montavam a catorze milhões de reais foram quitados pelo valor de dois milhões de reais. Isso é grave.

O Sr. Ministro Dias Toffoli: Senhor Ministro, em nenhum momento do meu voto citei o excelentíssimo ex-Presidente Itamar Franco como beneficiário desses valores. Queria só registrar, Senhores.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): Vossa Excelência não leu o meu voto. Estou tentando demonstrar isso. Eu mostrei aqui inúmeros indícios, nenhum desses indícios foi discutido no voto de Vossa Excelência, nenhum. Esse indício é um indício gravíssimo.

VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Senhor Presidente, trago algumas notas. Principio dizendo que a Constituição de 1988 cometeu ao Ministério Público, no art. 129, I, a relevante função de promover privativamente a ação penal.

Não se trata de mera faculdade ou de um direito cujo exercício se sujeita a um juízo de conveniência e oportunidade, mas de um poder/dever que foi outorgado pelos constituintes ao *parquet*. Ou seja, tendo notícia da prática de um crime, o Ministério Público está compelido a requerer a abertura da ação penal, dela não podendo mais desistir, uma vez instaurada, em razão dos princípios da obrigatoriedade e da indisponibilidade que regem sua atividade nesse âmbito. Claro que, ao exercer esse importante *munus* em defesa do Estado e da sociedade, o MP não age arbitrariamente, mas de forma vinculada. A sua atuação cinge-se aos lindes da lei, em especial aos parâmetros da lei processual.

No que concerne à denúncia, o Ministério Público deve observar os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal. São eles, em primeiro lugar, a exposição dos fatos criminosos com todas as suas circunstâncias; em segundo lugar, a qualificação do acusado; em terceiro lugar, a classificação do crime e, finalmente, em quarto lugar, o rol de testemunhas, se for o caso. É importante dizer o seguinte, a denúncia só pode ser rejeitada, na dicção do art. 395 do CPP, primeiro, se for inepta e, em segundo lugar, se ausente algum dos pressupostos da ação ou, em terceiro lugar, se faltar justa causa para sua instauração. Fora dessas hipóteses, não é possível coatar o exercício desse poder/dever do Ministério Público.

A denúncia aqui examinada, a meu ver, não é inepta. Descreve pormenorizadamente os fatos. Explicita a possível participação do acusado neles, de forma individualizada, aludindo a uma série de indícios que formam um quadro lógico e coerente. A par da inequívoca prova da materialidade do delito ou dos delitos, se quiserem, há vários indícios de autoria. Além do contestado recibo no valor de quatro milhões e quinhentos mil reais, supostamente assinado pelo acusado na época dos fatos, dando quitação desse valor às empresas SMP&B e da DNA Propaganda, justamente as duas empresas acusadas de serem as beneficiárias ou intermediárias das verbas obtidas, de modo supostamente ilegal das empresas públicas *Bemge*, *Copasa* e *Cemig*, mediante *modus operandi* minuciosamente descrito na exordial, que envolvia inclusive empréstimos fictícios, outros indícios também existem, encontrando expressão em diversos documentos, muitos deles levados à perícia criminológica, além de depoimentos prestados na polícia, ligações telefônicas, bem como o fato de o maior beneficiário do esquema alegadamente fraudulento seria o ora acusado.

As condições gerais para o desencadeamento da ação, por outro lado, também se encontram presentes, quais sejam: em primeiro lugar, a legitimidade da parte, ou seja, o Ministério Público; em segundo lugar, o interesse de agir. E, finalmente, em terceiro lugar, a possibilidade jurídica do pedido.

Não se pode cogitar, de outra banda, de falta de justa causa, pois os fatos imputados ao acusado, em tese, são típicos.

Ademais, a descrição dos fatos e o nexo causal entre estes e o acusado, tal como consignados na denúncia, permitem que ele exerça a ampla defesa que a Constituição Federal lhe assegura.

Entendo que não se trata, aqui, de atribuir ao acusado uma responsabilidade de índole meramente objetiva. Quer dizer, a denúncia não imputa ao acusado a responsabilidade pelos fatos tidos como delituosos, apenas por ter sido o governador ou o candidato à reeleição, à época, mas por que ele seria beneficiário direto das verbas públicas, alegadamente, desviadas como sugere: em primeiro lugar, o recibo que teria assinado, dando quitação de quatro milhões e quinhentos para as empresas SMP&B e DNA Propaganda. Em segundo lugar, os recursos recebidos em sua conta de campanha, oriundos dos empréstimos havidos como fraudulentos, como comprovam os laudos técnicos. Em terceiro lugar, os valores recebidos da firma SMP&B por setenta e nove colaboradores da campanha.

A denúncia explicita, ainda, que o acusado teria determinado, em especial, por meio de seus auxiliares diretos, secretários de Estado, a liberação irregular dos patrocínios, pelas empresas estatais em questão, para eventos esportivos em valores nunca d'antes praticados. Além desses indícios, há ainda o registro, nos autos, de setenta e duas ligações para o acusado, feitas a partir dos telefones de Marcos Valério e da SMP&B que, a rigor, não tinham qualquer ligação formal com a campanha.

Eu quero dizer que recebi o disquete com todos os volumes dos autos – são inúmeros volumes. Confrontei o voto do eminente Relator com o que se contém nos autos. Por isso é que me sinto com a firmeza necessária para veicular essas assertivas, que trago aqui em meu voto. Então eu concluo que avaliar se esses indícios se converterão ou não em provas aptas a uma condenação, é tarefa a ser levada a efeito ao longo da instrução penal, sob o crivo do contraditório, e que não pode ser ultimada no exame precário e efêmero que se realiza para o recebimento de uma denúncia.

Portanto, Senhor Presidente, até para guardar coerência com os votos que proferi, anteriormente, e com as decisões já prolatadas por este Plenário em casos análogos, que permitiram a instauração de ações penais com base em indícios muito mais tênues do que aqueles alinhavados pelo eminente Relator e, pedindo vênia à divergência, acompanho, pelo meu voto, Sua Excelência, o Ministro Joaquim Barbosa e, também, recebo a denúncia.

VOTO

O Sr. Ministro Eros Grau: Determinada empresa e o Banco Rural teriam operado a lavagem de dinheiro desviado do patrimônio público em favor da campanha de reeleição de Eduardo Azeredo ao Governo do Estado de Minas Gerais.

Dele diz a denúncia que delineou, com Walfrido dos Mares Guia, Cláudio Mourão e Clésio Andrade, "o modo de atuação que seria empregado para viabilizar a retirada criminosa de recursos públicos da Copasa, Comig e Bemge" e "foi o principal beneficiário do esquema implementado". Eduardo Azeredo teria conhecimento de todas as condutas delituosas adotadas visando ao custeio de sua campanha, definindo as diretrizes e orientando seus subordinados para tanto. Deu "suporte para Eduardo Guedes, Secretário de Estado da Casa Civil e Comunicação Social, ordenar os ilegais repasses da Copasa e Comig, bem como a garantir em nome do Estado o empréstimo n. 06.002241.4 (R$ 9.000.000,00)" e "determinou a entrega de valores do Bemge para a SMP&B Comunicação, parte (trezentos mil reais) amparada formalmente no evento Iron Biker, parte (duzentos mil reais) sem qualquer justificativa, ainda que meramente formal". Embora negue conhecer os fatos, as provas colhidas o desmentiriam, pois "[h]á uma série de telefonemas entre Eduardo Azeredo, Marcos Valério, Cristiano Paz e a empresa SMP&B, demonstrando intenso relacionamento (Eduardo Azeredo) com os integrantes do núcleo que operou o esquema criminoso de repasse de recursos para a sua campanha" E "[o] próprio Eduardo Azeredo reconhece ter conhecido Marcos Valério antes da campanha eleitoral de 1998", além de ter indicado "seu homem de confiança Cláudio Mourão para cuidar da parte financeira da eleição. Ele tinha, inclusive, uma procuração em nome de Eduardo Azeredo para administrar financeiramente a campanha (fls. 5956-5957)".

2. O Ministério Público aponta Eduardo Azeredo como corresponsável pelos delitos unicamente mercê da circunstância de ser o maior interessado nos seus frutos e, como Governador de Estado, deter poderes de comando sobre os demais envolvidos.

Sucede resultar inaceitável, no direito brasileiro, a atribuição de responsabilidade penal objetiva ao agente desta ou daquela conduta. O fato de Eduardo Azeredo exercer o cargo de Governador do Estado na época dos crimes, sendo o principal interessado na arrecadação de fundos para sua campanha à reeleição – ainda que associado à circunstância de conhecer e ter falado por telefone com determinadas pessoas – tão só esse fato não basta, por si só, para que se possa a ele imputar a prática de crimes de peculato e lavagem de dinheiro.

3. Reporto-me, neste ponto, a trecho de primoroso voto do Ministro Celso de Mello no HC 80.812:

> Cumpre ter presente, neste ponto, a advertência constante do magistério jurisprudencial desta Suprema Corte, que, ao insistir na **indispensabilidade** de o Estado identificar, **na peça acusatória**, com absoluta precisão, a participação individual de **cada** denunciado – **e considerada a inquestionável repercussão processual desse ato sobre a sentença judicial** –, observa que "Discriminar a participação de cada corréu é de todo necessário (...), porque, se, em certos casos, a simples associação pode constituir um delito *per se*, na maioria deles a natureza da participação de cada um, na produção do evento criminoso, é que determina a sua responsabilidade, porque alguém pode pertencer ao mesmo grupo, sem concorrer para o delito, praticando, por exemplo, atos penalmente irrelevantes, ou nenhum. Aliás, a necessidade

de se definir a participação de cada um resulta da própria Constituição, porque a responsabilidade criminal é pessoal, não transcende da pessoa do delinquente (...). É preciso, portanto, que se comprove que alguém concorreu com ato seu para o crime" (*RTJ* 35/517, **534**, Rel. Min. *Victor Nunes Leal*).

(...)

Tem-se, desse modo, que se revela **inepta** a denúncia, sempre que – **tal como no caso ocorre** – a peça acusatória, **sem** especificar a participação dos acusados, vem a atribuir-lhes virtual **responsabilidade solidária** pelo evento delituoso, **pelo só fato** de pertencerem ao corpo gerencial da empresa (**RHC 50.249**, Rel. Min. *Xavier de Albuquerque*).

A formulação de **acusações genéricas**, em delitos societários, culmina por consagrar uma **inaceitável** hipótese de responsabilidade penal objetiva, com todas as **gravíssimas** consequências que daí podem resultar (...).

4. Não encontro, na denúncia, a identificação, com absoluta precisão, da participação individual de Eduardo Azeredo na prática de conduta que constitua, desde a perspectiva penal, **causa** do desvio de verbas a que respeita.

A denúncia não indica de modo suficiente a relação de causa e efeito entre conduta do denunciado e os delitos. E não há de prosperar, no caso, o argumento de que nele seria de se exigir dilação probatória, a ponto de justificar o recebimento da denúncia. Pois ela não descreve qualquer indício concreto dessa prática pelo denunciado. Nela não há nem ao menos alusão a documento ou depoimento de qualquer testemunha a ensejar no mínimo a suspeita de sua participação nos delitos. De modo que não visualizo relação de causalidade entre qualquer ato do então Governador de Estado e o desvio de verbas do patrimônio público.

5. De outra banda, o fato de o Governador ter sido o titular de conta-corrente destinada ao custeio da campanha de reeleição no pleito de 1998 perde relevância na medida em que a denúncia esclarece que Denise Pereira Landim, Cláudio Roberto Mourão da Silveira e Theófilo Pereira eram seus mandatários – mandato passado por instrumento público – "para administrar financeiramente a campanha." (fl. 5957).

Neste passo uma vez mais me reporto a voto do Ministro Celso de Mello, desta feita no HC 73.271, cuja ementa diz o quanto segue:

Persecução penal – Ministério Público – Aptidão da denúncia. O Ministério Público, para validamente formular a denúncia penal, deve ter por suporte uma necessária base empírica, a fim de que o exercício desse grave dever-poder não se transforme em instrumento de injusta persecução estatal. O ajuizamento da ação penal condenatória supõe a existência de justa causa (...). A peça acusatória deve conter a exposição do fato delituoso em toda a sua essência e com todas as suas circunstâncias. Essa narração, ainda que sucinta, impõe-se ao acusador como exigência derivada do postulado constitucional que assegura ao réu o pleno exercício do direito de defesa. Denúncia que não descreve adequadamente o fato criminoso é denúncia inepta.

6. No Inq 2.245 rejeitei parcialmente a denúncia, em alguns subitens, em relação a Luiz Gushiken e a José Genoíno, porque fundada em ilações. Isso porque

tenho reiteradamente afirmado, inclusive nesta Corte, em votos anteriores, o que aprendi com o filósofo argentino Enrique Marí: o discurso da ordem abrange o lugar da racionalidade – a lei – e o lugar do imaginário social como controle das disciplinas das condutas humanas e da sua sujeição ao poder. A racionalidade veiculada pelo direito positivo, direito posto pelo Estado, pretende dominar não apenas os determinismos econômicos, mas também os arroubos emocionais da sociedade. Daí que a persecução criminal não pode ser empreendida a partir de simples ilações e o magistrado há de permanentemente preservar a sua independência, expressão de atitude firme e serena em face de influências provenientes do sistema social e do governo. Independência que lhe permite tomar não apenas decisões contrárias a interesses do governo – quando exige uma Constituição e a lei –, mas também impopulares, que a opinião pública não gostaria que fossem adotadas. A questão da legitimidade do exercício da função jurisdicional envolve a consideração daqueles dois planos, o da racionalidade da lei e o do imaginário social, cabendo sim, ao magistrado, no Estado de Direito, considerar as manifestações desse imaginário, sem, contudo, permitir que a ética da legalidade seja tragada pela emoção que pode conduzir não apenas a linchamentos, mas à indiferença face ao desprezo autoritário pelos direitos fundamentais.

Rejeito a denúncia.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Britto: Senhor Presidente, também, como fez o Ministro Ricardo Lewandowski, sempre que tenho de me pronunciar sobre o recebimento, ou não, de uma denúncia ministerial pública ou uma queixa-crime, louvo-me em dois dispositivos do Código de Processo Penal: o art. 41 e o art. 395.

O art. 41 corresponde a uma obrigação de fazer, por parte do Ministério Público, porque impõe à peça ministerial pública o necessário conteúdo, o conteúdo positivo. É o primeiro dever ou obrigação de fazer do Ministério Público. Claro que, se a denúncia for aceita, outros deveres surgirão como o de provar em juízo, já no curso da instrução penal, tudo o quanto alegara na peça inicial de acusação.

O segundo dispositivo é o art. 395, disse bem o Ministro Ricardo Lewandowski. Por esse artigo, a denúncia há de ter um conteúdo negativo, ou seja, não pode incidir, por nenhum modo, nessas impropriedades, sob pena de rejeição: inépcia da denúncia, faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal ou ausência de justa causa para o exercício dessa mesma ação penal.

No caso, prestei muita atenção na qualidade técnica de três peças essenciais submetidas à nossa apreciação: o inquérito policial, a denúncia em si e o relatório do Ministro Joaquim Barbosa. E, a meu sentir, são três peças de grande qualidade e que até sequenciam, do ponto de vista mais lógico possível, o tracejamento de fatos que, em tese, são criminosos como o peculato e a lavagem de dinheiro. E contém indícios, vamos dizer, convincentes, consistentes de autoria de fatos em tese delituosos.

Não me parece que a denúncia, por nenhum modo, incorre na pecha de inepta. Ela não faz também, por nenhuma forma, acusação meramente objetiva no sentido de que o acusado, aqui, faz parte da denúncia simplesmente pelo fato de ser Governador do Estado de Minas Gerais à época. Há liames, há vínculos subjetivos que me parecem – pelo menos nesse juízo prefacial, nesse juízo delibatório, que é próprio da apreciação de uma peça acusatória ministerial pública – vínculos subjetivos entre os protagonistas, entre os atores ou agentes daquilo que se tem como ações delituosas.

Enxergo, nas peças técnicas sob nossa apreciação – inquérito, denúncia e voto do eminente Ministro Relator –, uma unidade de desígnios, de ações e de proveito. Entendo também que, pelo menos nesse juízo primeiro, se montou mesmo, no Estado de Minas Gerais, um esquema de "caixa dois". "Caixa dois" é um modelo mais do que espúrio, é um modelo maldito de financiamento de campanha em nosso País. Financiamento de partidos, de comitês e de campanhas eleitorais. "Caixa dois" costuma ser o início de toda corrupção administrativa no Brasil e o fato que talvez mais desgrace os nossos costumes eleitorais. "Caixa dois" é uma desgraça no âmbito dos costumes político-eleitorais brasileiros. E o esquema, que tive a oportunidade de falar na última assentada, parece até reprise de um filme. Nós já vimos esse filme, já vimos o *script* e foi o modelo que fez escola – ao que parece, porque eu não estou fazendo juízo de acusação, que o momento não é para isso – os protagonistas, o *modus operandi*, o tipo de benefício, um agente central nesse processo, do ponto de vista da operacionalização, que não entendia nada de publicidade, mas entendia tudo de finanças e de como obter com extrema facilidade recursos financeiros para campanhas eleitorais. Então, sempre que ponho os olhos nas peças técnicas em causa, eu encontro motivos para sufragar o entendimento do Ministro Relator Joaquim Barbosa, *data venia* dos que seguiram o entendimento diametralmente oposto.

A descrição dos fatos, inclusive com a individualização das condutas de todos os supostos partícipes, se faz adequadamente. Nós temos decidido isso. Não se vai exigir, nesse momento, uma individualização precisa, pormenorizada, detalhada, tintim por tintim, ponto por ponto, porque isso será objeto da instrução criminal.

O Ministério Público se houve com competência e devoção suficiente para ver a sua peça de acusação recebida. Eu penso que sim, desincumbindo-se, portanto, do seu dever (é um poder-dever) de promover a ação penal pública nos termos do art. 129, I, da Constituição, quando se deparar com a materialidade de fatos teoricamente delituosos e indícios suficientes, convincentes, consistentes de autoria de tais fatos ou de protagonização de tais fatos.

Eu tenho aqui muitas anotações, Senhor Presidente, que robustecem, que confirmam o voto do Ministro Relator, mas vou me dispensar de lê-lo. Acho que há provas de todo tipo: documentais, testemunhais, há perícias e evidências de que tudo se passou segundo uma combinação, um concerto de atuação escalonado do ponto de vista administrativo, ou pelo menos afunilando num hierarca maior: o principal beneficiário dessa irrigação espúria de recursos, categorizando, a um

só tempo, peculato, porque há recursos públicos desviados de que se tinha posse, e lavagem de dinheiro.

Acompanho o Ministro Relator. Recebo a denúncia, com a devida vênia dos que rejeitaram a peça inicial de acusação, subscrita pelo Ministério Público.

É como voto.

VOTO

O Sr. Ministro Cezar Peluso: **1.** Senhor Presidente, também acompanho o eminente Relator, não sem antes tecer brevíssimas considerações acerca dos fatos narrados na peça inicial, posto exauridas no minucioso e bem fundamentado voto de Sua Excelência, o Ministro Joaquim Barbosa.

Tenho de modo incontroverso e nítido, dos autos, que a maneira de agir, operar e executar os crimes descritos na denúncia guarda relação embrionária com o *modus operandi* das condutas delituosas já apreciadas pela Corte, em 28-8-2007, quando deliberou pelo recebimento da denúncia oferecida nos autos do **Inq 2.245**.

É que as condutas apuradas naqueles autos, hoje, reautuados como *ação penal* (**AP 470**), teriam seguido um padrão até então considerado bem-sucedido, engendrado durante a campanha eleitoral para o cargo de Governador do Estado de Minas Gerais, em 1998.

Embora cronologicamente anteriores, os fatos delituosos ora apurados (**Inq 2.280**) revelaram-se durante as investigações perpetradas na mencionada fase pré-processual da **AP 470**.

Apurou-se que os fatos até então noticiados no **Inq 2.245**, sobretudo os que envolviam a atividade do empresário Marcos Valério de Souza Fernandes e seus sócios, por meio das empresas "DNA propaganda Ltda." e "SMP&B Comunicação", na concessão de empréstimos a políticos, se teriam iniciado no ano de 1998, durante a campanha para a reeleição do Governador *Eduardo Azeredo* ao governo do Estado de Minas Gerais, cujo candidato a vice-governador foi *Clésio Andrade*.

Daí, para melhor apuração dos fatos, instaurou-se este **Inq 2.280**, cuja distribuição, por prevenção, coube ao Ministro Joaquim Barbosa.

Segundo as investigações, o que ocorreu foi que Marcos Valério ingressou como sócio da empresa SMP&B Comunicação, em companhia de Clésio Andrade, no ano de 1996, situação que se manteve firme até 1998, ano em que o último se afastou, com o propósito de se candidatar na chapa do então Governador do Estado de Minas Gerais, Eduardo Azeredo.

Os fatos tidos por delituosos estão minuciosamente narrados na denúncia de fls. 5932-6015, da qual tiro trechos imprescindíveis à compreensão da acusação:

> (...)
> Aproximadamente dois anos após o ingresso de Clésio Andrade e Marcos Valério na estrutura empresarial, inicia-se a montagem do esquema que viabilizou o criminoso financiamento da campanha eleitoral de Eduardo Azeredo e Clésio Andrade.

O esquema envolveu as seguintes situações:

a) desvio de recursos públicos do Estado de Minas Gerais, diretamente ou tendo como fonte empresas estatais;

b) repasse de verbas de empresas privadas com interesses econômicos perante o Estado de Minas Gerais, notadamente empreiteiras e bancos, por intermédio da engrenagem ilícita arquitetada por Clésio Andrade, Cristiano Paz, Ramon Hollerbach e Marcos Valério, em conjunto com o Banco Rural; e

c) utilização dos serviços profissionais e remunerados de lavagem de dinheiro operados por Clésio Andrade, Cristiano Paz, Ramon Hollerbach e Marcos Valério, em conjunto com o Banco Rural, para garantir uma aparência de legalidade às operações referidas anteriormente, inviabilizando a identificação da origem e natureza dos recursos (fls. 5939-5940).

(...)

A partir da definição da chapa que concorreria ao cargo de Governador do Estado de Minas Gerais, composta por Eduardo Azeredo, integrante do Partido da Social Democracia – PSDB, e Clésio Andrade, filiado ao Partido da Frente Liberal, atual Democratas, teve início a operação para desviar recursos públicos da Copasa, da Comig e do Bemge em benefício pessoal dos postulantes aos cargos de Governador e Vice, respectivamente.

Diante da demanda de recursos que a campanha eleitoral exigiria, Eduardo Azeredo, Walfrido dos Mares Guia, Cláudio Mourão e Clésio Andrade, tendo em vista a condição de integrantes da cúpula do Estado de Minas Gerais e da organização da campanha eleitoral, delinearam o modo de atuação que seria empregado para viabilizar a retirada criminosa de recursos públicos da Copasa, Comig e Bemge.

Eduardo Azeredo, Walfrido dos Mares Guia e Cláudio Mourão, em concurso com Eduardo Guedes, Ruy Lage (fato prescrito), Fernando Moreira, José Cláudio Pinto Rezende (falecido), Lauro Wilson, Renato Caporali, José Afonso Bicalho, Gilberto Machado (fato prescrito), Sylvio Romero, Eduardo Mundim, Jair Afonso de Oliveira e Maurício Horta (fato prescrito) viabilizaram a saída de recursos públicos da Copasa, Comig e Bemge.

SMP&B Comunicação, por seu turno, adotaria expedientes criminosos (lavagem) para proporcionar que os recursos públicos desviados fossem utilizados, com aparência de licitude, na campanha de Eduardo Azeredo e Clésio Andrade (fls. 5940-5941).

(...)

Além dos desvios de recursos públicos do Estado de Minas Gerais, diretamente ou por meio de empresas estatais, empresas privadas com interesses econômicos perante o referido Estado puderam valer-se do esquema disponibilizado pelo grupo para repassar clandestinamente valores para a campanha eleitoral.

A decisão de implantar o esquema coube aos integrantes da cúpula do Estado de Minas Gerais e da campanha pela reeleição: Eduardo Azeredo, Walfrido dos Mares Guia, Cláudio Mourão e Clésio Andrade (fl. 5945).

(...)

Por orientação do grupo profissional de Clésio Andrade (Marcos Valério, Cristiano Paz e Ramon Hollerbach), Eduardo Azeredo, Walfrido dos Mares Guia e Cláudio Mourão, por ostentarem a função de cúpula do Estado de Minas Gerais, concordaram com o plano de que o repasse indevido de dinheiro público deveria ocorrer por meio do evento esportivo Enduro Internacional da Independência.

Como uma das empresas do grupo empresarial de Marcos Valério, Ramon Hollerbach, Cristiano Paz e Clésio Andrade (SMP&B Publicidade) tinha o direito de exploração exclusiva do evento, empresas estatais repassariam recursos milionários para o grupo empresarial sob o manto formal de que estariam patrocinando o Enduro Internacional da Independência. A transferência ilícita ocorreu assim:

a) Copasa – um milhão e quinhentos mil reais; e

b) Comig – um milhão e quinhentos mil reais.

Como o esquema criminoso de sangria dos cofres públicos ficaria muito exposto com a justificativa de apenas um evento por valor tão expressivo (três milhões de reais), os denunciados, em determinado momento da operação, passaram também a incluir outros dois eventos: Iron Biker – O desafio das Montanhas e Campeonato Mundial de Supercross.

Nesse ponto de mudança de planos, foi o evento Iron Biker que justificou formalmente a entrega de trezentos mil reais para a SMP&B Comunicação por parte do Bemge S/A Administradora Geral, Financeira Bemge S/A e Bemge Administradora de Cartões de Crédito Ltda (cem mil reais cada um). No episódio envolvendo os outros duzentos mil reais (Bemge Seguradora S/A e Bemge Distribuidora de Valores Mobiliários S/A), não houve nem preocupação em mencionar qualquer evento esportivo. O repasse foi puro e simples.

Todos os denunciados tinham consciência que a captação de recursos para a disputa eleitoral teria como formato o quadro criminoso acima descrito. Ressalte-se que o esquema não teria sucesso sem a participação de integrantes da cúpula do Estado de Minas Gerais e da campanha da reeleição. Na verdade, como visto, à exceção de Clésio Andrade, as duas cúpulas eram formadas, sem prejuízo da participação de outras pessoas, pelos mesmos personagens: Eduardo Azeredo, Walfrido dos Mares Guia e Cláudio Mourão (fls. 5946-5947).

(...)

Os denunciados admitem a existência de dois empréstimos obtidos pelo grupo Marcos Valério para financiar a campanha.

O primeiro foi obtido em 28 de julho de 1998 e tem as seguintes características (Laudo Pericial 1998, fl. 30, apenso 33): (fl. 5948).

(...)

Um detalhe já emerge do contrato de mútuo: Clésio Andrade, como pessoa física, figurou como devedor solidário. Isso demonstra que ele tinha plena ciência das fraudes em curso, bem como que sua suposta saída da empresa SMP&B Comunicação em 07 de julho de 1998 foi uma simulação.

Como será descrito no tópico próprio, recursos da Copasa foram empregados para quitar esse empréstimo.

O segundo empréstimo admitido pelos denunciados como direcionado para injetar recursos na campanha da eleição de 1998 foi contraído em 19 de agosto de 1998 e possui o seguinte perfil (Laudo Pericial 1998, fl. 12, apenso 33):(fls. 5948-5949).

(...)

O detalhe aqui é que recursos do Estado de Minas Gerais foram uma das garantias para a obtenção do contrato de mútuo, como se observa do item negritado acima.

Peça central dos crimes de peculato, Eduardo Guedes, o mesmo que já tinha assinado os Ofícios para a Copasa e a Comig (tópicos posteriores), autorizou, pelo Estado de Minas Gerais e por orientação do seu chefe Eduardo Azeredo, que o contrato público fosse dado em garantia.

> Isso revela, mais uma vez, que a cúpula do Estado de Minas Gerais estava absolutamente ciente do modelo criminoso de desvio implementado (fl. 5950).

Como se vê, a denúncia imputa ao parlamentar acusado a prática dos delitos de peculato (art. 312, c/c. art. 327, ambos do CP) e lavagem de dinheiro (inciso V do art. 1º da Lei 9.613/1998), ocorridos, em 1998, durante a campanha à reeleição ao Governo do Estado de Minas Gerais.

É que, na condição de Governador, Eduardo Azeredo teria participado ativamente de esquema criminoso de desvio de verbas estatais, valendo-se de mecanismos que lhes permitiriam a ocultação e possibilitariam o financiamento ilícito da sua candidatura na chapa PSDB/PFL.

Segundo consta, em síntese, o parlamentar denunciado teria ordenado ao Secretário Adjunto de Comunicação Social, Eduardo Guedes, a expedição de ofícios à *Copasa*, à *Comig* e ao *Bemge*, determinando aos seus Presidentes e Diretores Financeiros o patrocínio do evento esportivo *Enduro Internacional da Independência*. Outros dois eventos foram incluídos posteriormente: o *Iron Biker* e o *Campeonato Mundial de Supercross*.

Por essa razão, recursos estatais foram transferidos à empresa SMP&B Comunicação, responsável pela veiculação publicitária do evento.

Como destacou o Relator: "Na segunda etapa, através de acordo com os sócios da SMP&B Comunicação, Eduardo Azeredo teria planejado a aplicação desta verba não no Enduro Internacional da Independência, mas sim na sua campanha de reeleição ao Governo do Estado de Minas Gerais em 1998. Para tanto, e visando à ocultação da origem destes recursos, Marcos Valério, Cristiano Paz, Ramon Hollerbach e Clésio Andrade tomariam empréstimos junto ao Banco Rural, aplicando-os na campanha do acusado Eduardo Azeredo. Tais recursos públicos que a SMP&B Comunicação deveria destinar ao Enduro Internacional da Independência, em triangulação típica do crime de lavagem de dinheiro".

Acerca da participação ativa do ora denunciado nos delitos acima mencionados, muito embora impressione o documento de fl. 341, cujo conteúdo revela que Eduardo Azeredo teria recebido da empresa SMP&B e DNA Propaganda a importância de R$ 4.500.000,00, o ponto central da imputação é a engrenagem da movimentação da exorbitante quantia desviada dos cofres públicos do Estado de Minas Gerais.

A complexa operação de desvio de dinheiro público contou com empréstimos fraudulentos obtidos por Marcos Valério junto ao Banco Rural e, oportunamente, quitados com recursos públicos desviados das empresas mineiras **(i)**, utilização de cheques nominais à empresa SMP&B Comunicação e endossados à própria, para pagamento de pessoas não identificadas pela instituição financeira – posteriormente identificadas como prestadoras de serviço da campanha do ora denunciado à reeleição **(ii)**, e **(iii)** saques de dinheiro, em espécie, de modo a impedir a identificação dos beneficiários e a vinculação da origem dos recursos (crime de peculato), destinados, outrossim, à mencionada campanha à reeleição.

Fortes indícios acerca da participação do ora denunciado na prática dos delitos que lhe são imputados advêm sobremaneira de depoimentos longos e substanciosos, como o de Carlos Henrique Martins Teixeira (fls. 1861-1864), Vera Lúcia Mourão de Carvalho Veloso (fls. 559-560 e 561-572), Nilton Antônio Monteiro (fls. 39-43), cujos conteúdos têm em comum a afirmação de que Eduardo Azeredo teria conhecimento da origem ilícita dos recursos utilizados na sua campanha à reeleição ao Governo de Minas Gerais.

Narra o Procurador-Geral da República, com riqueza de pormenores, o modo pelo qual se teria operado a prática dos delitos em apreço, bem como sua estreita relação com os interesses de Eduardo Azeredo no financiamento da campanha eleitoral de 1998 junto à *Copasa* (Companhia de Saneamento de Minas Gerais) (fls. 5968-5975) e à *Comig* (Companhia Mineradora de Minas Gerais) (fls. 5975-5981), além de aspectos comuns que envolvem o destino dos vultosos repasses de dinheiro público (fls. 5987-6012).

Acerca do mecanismo adotado para a prática dos crimes de peculato e lavagem de dinheiro, especialmente em relação às verbas pertencentes à *Copasa*, tiro da denúncia:

> (...)
>
> Eduardo Azeredo, Cláudio Mourão, Walfrido dos Mares Guia e Clésio Andrade (este último novamente figurou como devedor solidário) já tinham arquitetado o esquema pelo menos desde 28 de julho de 1998, data do primeiro empréstimo. Assim, em 07 de agosto de 1998 colocaram em prática a etapa do plano que compreendia o desvio de verbas públicas.
>
> Eduardo Azeredo, Cláudio Mourão e Walfrido dos Mares Guia, com o envolvimento doloso de Eduardo Guedes, Ruy Lage e Fernando Moreira (no caso Copasa), entregaram um milhão e quinhentos mil reais para Cristiano Paz, Ramon Hollerbach, Marcos Valério e Clésio Andrade como forma de completar o ciclo dos crimes de peculato e lavagem de ativos.
>
> O valor de um milhão e quinhentos mil reais repassados da Copasa para a SMP&B Comunicação, no dia 24 de agosto de 1998, foi utilizado, na mesma data (!), para quitar o empréstimo n. 96.001137-1.
>
> Além das operações de lavagem viabilizadas pelos saques em espécie não identificados, essa específica operação de lavagem, mais sofisticada, foi composta das seguintes etapas:
>
> a) Empréstimo n. 96.001136-3 é revertido para a campanha eleitoral de Eduardo Azeredo e Clésio Andrade, além de remunerar os profissionais da lavagem;
>
> b) Empréstimo n. 96.001137-1 quita o empréstimo n. 96.001136-3;
>
> c) O valor de um milhão e quinhentos mil reais da Copasa quita o empréstimo n. 96.001137-1.
>
> A conclusão é que um milhão e quinhentos mil reais da Copasa foram investidos na campanha eleitoral de Eduardo Azeredo e Clésio Andrade (peculato), percorrendo, todavia, caminho transverso (lavagem).
>
> A outra parte do empréstimo foi quitada com recursos provenientes da empresa DNA Propaganda, originados, por sua vez, do contrato de mútuo n. 06.002241.4, firmado entre a DNA Propaganda e o Banco Rural, cujo objetivo também era financiar a campanha eleitoral de Eduardo Azeredo e Clésio Andrade.

> Enfim, e esse detalhe é importante para caracterizar Marcos Valério, Clésio Andrade, Cristiano Paz e Ramon Hollerbach como profissionais do ramo de lavagem de capitais, a conclusão a que se chega é que suas empresas não investiram um centavo sequer na quitação do empréstimo.
> (Fls. 5994-4995.)

Ou seja, segundo o Procurador-Geral da República, como bem observou, em seu voto, o Ministro Relator, mormente em relação ao crime de lavagem de dinheiro, os mecanismos supostamente empregados pelo acusado Eduardo Azeredo foram viabilizados por empréstimos tomados por Marcos Valério, Cristiano Paz e Ramon Hollerbach junto ao Banco Rural.

Em posse de tais recursos, Marcos Valério e seus sócios teriam efetuado o pagamento dos colaboradores e prestadores de serviço à campanha de Eduardo Azeredo à reeleição em 1998, por meio de valores em espécie, transferências bancárias ou depósitos na conta corrente dos beneficiários. Teriam, ainda, utilizado os recursos públicos desviados das estatais, para saldar os contratos de mútuo celebrados através de suas empresas.

Releva em seu voto o Ministro Relator: "Nos depoimentos que prestaram à Polícia Federal, Marcos Valério (fls. 1766/1770, vol. 9), Ramon Hollerbach (fls. 256/257, vol. 2), Cristiano Paz (fls. 258/259, vol. 2) e Cláudio Mourão (fls. 405/412, vol. 2) admitiram a obtenção de dois empréstimos para financiamento da campanha de Eduardo Azeredo em 1998, não explicando, contudo, os motivos pelos quais estes empréstimos foram tomados em nome da SMP&B Comunicação e da DNA Propaganda, nem a razão pela qual foram investidos na campanha do acusado. Com efeito, tais aportes financeiros à campanha de Eduardo Azeredo não encontram, aparentemente, qualquer justificativa plausível".

E remata: "Ou seja, os repasses de Marcos Valério e seus sócios à campanha do acusado Eduardo Azeredo não teriam qualquer garantia de pagamento, mesmo porque não foram sequer formalizados. É um indício forte de que os empréstimos eram fictícios e a sua contrapartida seriam os recursos públicos desviados, em tese, das estatais. Tais contratos de mútuo, celebrados pelas empresas de Marcos Valério exatamente com a mesma instituição financeira envolvida no escândalo do 'Mensalão' – o Banco Rural –, seriam fictícios, servindo apenas como um dos mecanismos de lavagem de dinheiro que dissimulariam a origem criminosa dos recursos utilizados na campanha do acusado Eduardo Azeredo, dando-lhes aparência lícita".

Tais recursos financeiros, como visto, oriundos dos empréstimos obtidos por Marcos Valério e seus sócios, **foram depositados**, conforme laudos periciais, **na conta da campanha do ora denunciado**.

Tenho por oportuno relembrar trecho do voto que proferi, nos autos do **Inq 2.245**, onde relevo a dicotomia entre duas grandes categorias de provas:

> (...)
> Quando se fala em prova – e isso é coisa elementar das primeiras aulas, nem diria de Direito Penal, mas de Introdução à Ciência do Direito –, no sistema do ordenamento brasileiro existem duas grandes categorias de provas: as provas diretas,

também chamadas histórico-representativas, e as provas indiretas, chamadas provas indiciárias ou crítico-lógicas. As provas diretas são aquelas de cujo suporte irradia-se imediatamente um juízo de certeza, e as provas indiretas basicamente consistem numa operação intelectual e podem, de certo modo, mas sem conotação pejorativa, ser chamadas de ilações, mas ilações fundadas. E fundadas por quê? Porque consistem em tirar, de um fato provado, uma relação lógica com outro fato, que é desconhecido, mas que se tem por provado mediante a ilação.

Exemplo escolar é o do veículo que abalroa outro pela traseira, autorizando a ilação de que quem o fez pela traseira é o culpado. O fato conhecido é que houve o abalroamento pela traseira; a culpa já é uma ilação, mas fundada na experiência de que quem bate pela traseira ou não estava atento, ou não guardava a distância regulamentar, etc. O que teria de ser provado é o fato extraordinário de que o carro da frente parou de repente e deu marcha a ré! Isso é que não pode ser objeto da ilação.

Aqui no caso temos vários fatos encadeados que estão provados, a partir dos quais me é lícito, como julgador, fazer uma ilação, uma inferência, que constitui prova indiciária, suficiente para recebimento da denúncia.

Impressiona, por fim, o documento intitulado "Resumo da movimentação financeira ocorrida no ano de 1998 na campanha para a reeleição ao Governo do Estado de Minas Gerais, pelo atual Senador da República Sr. Eduardo Brandão de Azeredo e do atual Vice-Governador, Sr. Clésio Soares de Andrade. Eleição de 1998 – Histórico" (fls. 338-340).

Tal documento é rubricado e assinado por Cláudio Mourão (cf. Laudo Documentoscópico de fls. 420-425) –, então responsável pela parte financeira da campanha eleitoral de 1998. Seu conteúdo revela o valor movimentado pelas empresas SMP&B e DNA e referente aos recursos arrecadados durante a campanha eleitoral **(i)**, as operações do Governo para angariar recursos financeiros **(ii)**, os valores destinados ao ora denunciado, e é instruído com o já mencionado recibo, firmado pelo próprio Eduardo Azeredo, no valor de R$ 4.500.000,00 (fl. 341, vol. 2) **(iv)**, além da afirmação de que o parlamentar denunciado teve ciência de toda movimentação até então em curso **(v)**.

Ao fim e ao cabo, o que a extensa peça inicial atribui aos acusados é a prática dos delitos de peculato (art. 312 do CP) e lavagem de dinheiro (inciso V do §1º da Lei 9.613/1998).

2. A acusação é apta.

A Constituição da República, no art. 5º, LV, assegura aos acusados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes. Dentre tais meios, o Pacto de São José da Costa Rica prevê, no art. 8º, 2, *b*, garantia judicial da comunicação prévia e pormenorizada da imputação.

Pressuposto lógico necessário do exercício da defesa é o direito fundamental de o acusado ser informado da imputação que pesa contra si. O direito de conhecer o teor da acusação constitui, dessa forma, requisito intransponível ao pleno exercício do direito de defesa e ao próprio contraditório. A fim de cumprir a exigência, a informação deve ser clara, precisa, completa, minuciosa, explícita e, portanto, efetiva.

Em consonância com tal orientação constitucional, posto lhe sendo anterior, o Código de Processo Penal determina, no art. 41, que a acusação – denúncia ou queixa – deve conter a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime e, quando necessário, o rol de testemunhas.

Deve, pois, responder às chamadas sete questões do injusto penal, na lição clássica de **João Mendes de Almeida Júnior**,

> é uma exposição narrativa e demonstrativa. Narrativa, porque deve revelar o fato com todas as suas circunstâncias, isto é, não só a ação transitiva, como a pessoa que a praticou (*quis*), os meios que empregou (*quibus auxiliis*), o malefício que produziu (*quid*), os motivos que a determinaram a isso (*cur*), a maneira por que a praticou (*quomodo*), o lugar onde praticou (*ubi*), o tempo (quando). Demonstrativa, porque deve descrever o corpo de delito, dar as razões de convicção ou presunção e nomear as testemunhas e informante[2].

Sabedor da imputação fática que lhe é feita, imersa em toda a sua circunstancialidade, e ciente de que a sentença somente poderá apreciar aquela realidade, o acusado pode bem preparar a defesa, prefigurando-se as consequências jurídicas do que lhe é arguido.

A denúncia formulada contra os ora acusados responde a todas as questões do injusto. A descrição não é genérica, nem de outro modo ofensiva à regra do art. 41 do Código de Processo Penal.

Basta, entretanto, para o recebimento da denúncia, nos estreitos limites desse juízo de admissibilidade, que os fatos narrados se ajustem a tipo penal abstrato. **Magalhães Noronha**[3], com apoio em **Vincenzo Manzini**, retrata a doutrina comum:

> O inciso I exige que o fato narrado, na forma do art. 41, tenha tipicidade, isto é, corresponda ou se subsuma em um tipo da lei penal. Não é mister, entretanto, que seja provado, pois isso é objeto da instrução. A denúncia é meio de promoção da ação e "*Promover la acción penal no significa necesariamente investir al juez con acto que exija el castigo del imputado, sino simplemente requerir del juez una decisión 'positiva' o también 'negativa' sobre la imputación, o sea, sobre la pretensión punitiva*".

A materialidade de ambos os delitos encontra reflexo nos autos do inquérito, notadamente na farta documentação que o instrui.

Não tenho dúvidas, pois, acerca da correspondência dos fatos narrados na denúncia aos tipos penais descritos no art. 312 do Código Penal e no inciso V do art. 1º da Lei 9.613/1998.

---

[2] *O processo criminal brasileiro*. 4. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1959. p. 183.

[3] NORONHA, E. Magalhães. *Curso de direito processual penal*. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 1969. p. 29.

E, se a prática delituosa está descrita de modo claro e objetivo na peça inicial, oferecida, sob forma jurídica, com base em indícios suficientes de autoria e prova da materialidade do delito, há de ser recebida a denúncia:

> Se a denúncia contém exposição clara e objetiva dos fatos delituosos, vale dizer, a narrativa do crime em tese, possibilitando citada narrativa a defesa do acusado, deve ser recebida (cf. Pleno, **Inq 1.622**, Rel. Min. **Carlos Velloso**, *DJ* de 28-5-2004).

Ao meu ver, a denúncia está em harmonia com o disposto no art. 41 do Código Penal, por conter a exposição dos fatos criminosos, com todas as suas circunstâncias e a classificação do delito.

3. Do exposto, como já havia adiantado, acompanho o eminente Ministro Relator e **recebo** a denúncia formulada às fls. 5932-6015, contra o Senador da República *Eduardo Brandão de Azeredo*.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, faço uma observação. O Ministério Público não atua em causa própria, atua em prol da sociedade. Este inquérito, Presidente, teve origem nos fatos alusivos a um outro, em relação ao qual já houve o recebimento da denúncia. Confesso que imaginei, nessas três sessões, que estivéssemos até mesmo não a deliberar, não a prolatar uma decisão interlocutória de recebimento da denúncia, ou uma decisão terminativa do inquérito quanto ao arquivamento. Imaginei que já estivéssemos, ante fatos veiculados, a deliberar sobre a culpa ou a inocência do acusado!

Presidente, em boa hora o inquérito foi desmembrado, observando-se que a competência do Supremo é de direito estrito, ou seja, faz-se presente o que se contém na Constituição Federal, que tomo como um documento rígido, e não como um documento flexível, capaz de ser alterado por normas instrumentais, alusivas à continência e à conexão, que estão no Código de Processo Penal. Devemos considerar, no tocante a outros catorze acusados, que houve o desmembramento e teremos, para fazer um contraponto com a nossa decisão, a do juízo a respeito da matéria.

A fase, Presidente, é embrionária. Só podemos cogitar, segundo o Código de Processo Penal, de não recebimento da denúncia – recebimento que há de se fazer hoje, principalmente considerada a defesa prévia, que é direito linear quanto às persecuções criminais, de forma fundamentada – quando não atenda o figurino formal previsto no código, quando a historinha contada pelo Ministério Público não consubstancie, em si, crime, quando já tiver incidido a prescrição e inexistirem indícios.

Vê-se uma peça que revela a dedicação exemplar à causa pública do ex-Procurador-Geral da República Dr. Antonio Fernando. Uma peça minuciosa, reportando-se o autor a depoimentos, elementos, entrelaçamentos de fatos, viabilizada a defesa. Penso que estes autos já têm inúmeros volumes, vale dizer, há uma farta documentação. Se essa documentação é conducente, ou não, a chegar-se à con-

denação do envolvido, é outra história, que deverá ser estampada, se recebida a denúncia, na decisão final do Tribunal, condenando ou absolvendo.

Presidente, não se requer a demonstração inequívoca da culpa para o recebimento da denúncia. Surgiu a questão referente ao recibo, se ele seria – creio que envolvendo quatro milhões de reais – autêntico ou falso. Acontece que a peça primeira da ação penal não remete, como causa de pedir do recebimento da denúncia, a esse recibo. Também, na defesa preliminar – por isso mesmo, pelo silêncio da denúncia –, não houve exploração maior quanto ao referido documento.

O que nos vem, Presidente, da denúncia ofertada? Vem-nos narração de fatos que consubstanciam os crimes de peculato e de lavagem de dinheiro. Quanto à materialidade, a meu ver, não há dúvidas a respeito. Diz-se inexistirem, no caso, indícios a direcionar a uma possível – não estou afirmando que existe – responsabilidade do hoje Senador da República Eduardo Azeredo, mas a leitura da denúncia revela justamente o contrário. Revela justamente o contrário a partir da forma mediante a qual foram levantadas importâncias de sociedades de economia mista – creio que também há uma empresa pública envolvida. E, então, ao aludir ao esquema montado visando a lograr numerário para a campanha de reeleição, ter-se-iam desviado recursos públicos do Estado de Minas Gerais, diretamente, ou tendo como fonte empresas estatais.

O Ministério Público, na longa peça apresentada de 84 folhas, mostrou-se minucioso no exame dos elementos já coligidos. Asseverou que, "(...) em detrimento da Companhia de Saneamento de Minas Gerais – Copasa e da Companhia Mineradora de Minas Gerais – Comig" ter-se-ia o desvio em detrimento dessas empresas de valores substanciais – um milhão e quinhentos mil reais – de cada uma dessas empresas. E o desvio de "quinhentos mil reais do Grupo Financeiro Banco do Estado de Minas Gerais – Bemge".

Cogitou-se do pano de fundo quanto à exigência de recursos que seriam justamente os revelados pelos gastos da campanha eleitoral. Afirmou-se, claramente, em mais de uma passagem, que o beneficiário dessa arrecadação, apontada como à margem da ordem jurídica, seria aquele que tentava a reeleição, considerado o cargo maior do Estado de Minas Gerais, o então Governador do Estado. Remeteu-se na peça às provas colhidas e passou-se, então, ao exame dessas provas, tendo um realce importante o papel desempenhado pelo então Secretário e, portanto, auxiliar do Governador do Estado, Secretário de Administração do Estado de Minas Gerais, que depois se tornou inimigo – por isso ou por aquilo – do Governador, Cláudio Mourão, que se afastou para assumir a coordenação financeira da campanha de Eduardo Azeredo e de Clésio Andrade. Disse o Ministério Público que Cláudio Mourão já era homem de confiança de Eduardo Azeredo desde o início da década de 1990, o que justifica, até certo ponto, a assunção da Secretaria do Estado e também a escolha dele, Cláudio Mourão, para capitanear a coordenação financeira da campanha.

Consta, Presidente, à fl. 15, alusão a repasse de dinheiro público que deveria ocorrer – segundo afirma o Ministério Público e deverá comprovar isso – presente certo evento esportivo: o Enduro Internacional da Independência, o patrocínio da realização desse evento. As empresas estatais repassariam recursos – como disse – substanciais, um milhão e meio cada qual, para um grupo empresarial que, sob o manto formal, estaria organizando o Enduro Internacional – e houve referência aos valores.

Ocorreu, de forma simultânea, a liberação desses valores e a obtenção de empréstimos vultosos por Marcos Valério, para financiar a campanha. Não há a menor dúvida. Parece incontroverso que os empréstimos foram levantados realmente para financiamento das campanhas.

Apontou-se, por exemplo, no Contrato de Mútuo 96001136 – Banco Rural, que o valor principal da operação seria de dois milhões e trezentos, valor líquido, e que haveria uma nota promissória emitida pelo devedor e aval de intervenientes e devedores solidários em favor do credor.

Veio à balha um detalhe a estampar enorme coincidência. Um dos sócios de Marcos Valério, depois deixou a empresa, mostrava-se vice-governador, candidato, portanto, juntamente com o governador, à reeleição, Clésio Andrade. E figurou como devedor solidário. Há referência, em nota de rodapé, ao desvio dos recursos e que, no caso, haveria outros recursos, mas que não ocorria a imputação, nesta denúncia ora apreciada, tendo em conta a inexistência de elementos. Houve um segundo empréstimo. No caso, afirmou-se que Eduardo Guedes, o mesmo que já havia assinado os ofícios para a *Copasa* e a *Comig* e, evidentemente, não atuou em via de independência maior, autorizou – e quem personifica o Estado não é o secretário, o secretário é um auxiliar do governador –, por orientação do seu chefe, diria de seu chefe maior, Eduardo Azeredo, que o contrato público fosse dado em garantia do empréstimo, um contrato que evidentemente teria objeto próprio.

A denúncia prossegue. Alude-se ao laudo de exame econômico-financeiro e à caução-penhor implementada e aponta-se que, do empréstimo em valor maior, a quantia de R$ 325.000,00 foi repassada para a empresa que tinha entre os sócios o senhor Clésio Andrade. Fez-se referência a negócios envolvendo a DNA Propaganda e a empresa de Clésio de Andrade.

Na sequência, remete-se a relatório de análise e informação da Divisão de Pesquisa, mais uma vez revelando que certo saque, certa transação bancária, teve como beneficiário o atual Senador da República Eduardo Brandão de Azeredo.

O que se constata? Que há entrelaçamento muito grande, presente certo patrocínio, a meu ver, exacerbado, tendo em conta o passado, nesse campo, das empresas públicas, e a obtenção – com coincidência de datas, daí haver referido à simultaneidade –, a concessão dos empréstimos com a caução a que me referi. Segue com mais elementos indiciários a denúncia.

Não vou cansar muito os colegas, porquanto estamos ao término da tomada de votos e já se gastaram três sessões com este processo, visando ao simples recebimento da denúncia.

Prossegue, no caso, a peça do Ministério Público abordando contratos de mútuos celebrados à época da campanha de 1988 – e foram colhidos depoimentos no sentido de que esses contratos objetivavam justamente levantar as importâncias –, asseverando-se que Eduardo Azeredo foi o principal beneficiário do esquema articulado. Como Governador do Estado de Minas Gerais, deu suporte – e somente o ingênuo imagina que um secretário de Estado tivesse autonomia para determinar às empresas, sem exame técnico pelos órgãos competentes, patrocínios de monta, como já vimos, cada qual na base de um milhão e quinhentos mil reais – e a ordem foi cumprida de imediato pelos presidentes das empresas, sem convocar-se assembleia para deliberar a respeito, se convinha ou não o patrocínio do evento esportivo – os ilegais repasses da *Copasa* e *Comig*, bem como garantir um empréstimo de 9 milhões.

Alude-se que o Secretário também determinou a entrega de valores do *Bemge* para a empresa de Marcos Valério e de Clésio, amparada formalmente em um evento – menciona o evento. Menciona também os telefonemas entre Eduardo Azeredo, Marcos Valério, Cristiano Paz e a empresa SM&P, demonstrando intenso relacionamento do primeiro – o denunciado neste inquérito – com os integrantes do núcleo que operou o esquema criminoso de repasse de recursos para a campanha.

Vou pular algumas folhas, Presidente, para revelar dados interessantes quanto a esses patrocínios, em que houve modificação substancial, por parte das empresas, nesse campo. Antes, os patrocínios eram comedidos em termos de valores.

O que se apurou na espécie, presentes os patrocínios? Que houve aumento que, em relação a certo ano, chegou a 5.900% (cinco mil e novecentos por cento), tendo em conta patrocínio anterior.

Presidente, fica até difícil sustentar-se o óbvio, sustentar-se a existência de elementos indiciários e não estou aqui alçando os indícios à apoteose, mas eles servem ao recebimento da denúncia. Dizer que, na espécie, não há dados capazes de conduzir ao recebimento da denúncia! Ninguém, principalmente neste Colegiado, que é de alto nível, caminha no sentido de pensar em responsabilidade objetiva no campo penal – isso é uma heresia.

O que estamos a perquirir é se existem, ou não, dados – e aqui não se exige, evidentemente, confissão de culpa por parte do denunciado – para receber-se a denúncia.

Como ressaltou o Ministro Relator, com absoluta fidelidade, a situação concreta é muito mais favorável ao recebimento da denúncia do que a situação concreta que nos levou a receber a denúncia, de ponta a ponta, no denominado processo do "Mensalão".

Presidente, uma profissão de fé: o Supremo não é cemitério de inquéritos e ações penais contra quem quer que seja.

O Supremo atua a partir dos elementos coligidos nos autos, a partir dos elementos do processo, se já instaurada a ação penal, e chega, num ambiente

democrático revelado pelo Colegiado, a certa conclusão a respeito, tornando prevalecente a ordem jurídica, especialmente a ordem jurídica constitucional.

Digo e registro, torno estreme de dúvidas, que não se está a condenar. Estamos numa fase embrionária, perquirindo se tem a peça que atende aos aspectos formais impostos pelo Código de Processo Penal e se há a materialidade criminal, considerada, em tese, a história contida nessa peça, não incidindo a prescrição, como é estreme de dúvidas que não incide, e se se conta, já a esta altura – e ficaria até perplexo se não se contasse com isso ante a extensão do voto do Relator, no que trouxe as vísceras dos autos à tona –, com indícios para receber-se a peça acusatória. Mais do que isso, apenas o testemunho de que o acusado estará muito bem defendido pelo proficiente, dedicado, exemplar advogado, doutor José Gerardo Grossi.

Acompanho o Relator no voto proferido, com a compreensão dos que dele divergem.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Senhores Ministros, eu ouvi com atenção, já são agora talvez umas vinte horas de debate.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Não é brincadeira! Apenas para receber uma denúncia, Presidente. Vejam: quando comecei a estagiar no Ministério Público do Rio de Janeiro, denúncia era recebida quase mediante simples carimbo. Às vezes, a própria secretaria da Vara preparava o ato. O que se apontava era uma decisão interlocutória rotulada de despacho. Hoje, há de se ter um cuidado maior com a fundamentação, ante o fato de viabilizar-se – e se viabiliza para alguma coisa – a defesa prévia, visando à análise, para que haja um contraponto e se possa deliberar com maior segurança, quanto ao recebimento ou não da denúncia.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Felizmente esses tempos são passados e devem ser passados, porque, de fato, a denúncia recebida mediante carimbo é um grave risco para a sociedade e para a comunidade.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Não estou placitando a prática, atente Vossa Excelência. Estou dizendo apenas como era quando comecei a estagiar, e já se vão alguns anos, mais de trinta, porque, só de ofício judicante, tenho trinta e um. Não preconizo a adoção desse sistema. Ao contrário, se me defrontar com *habeas corpus*, ressaltando-se, como causa de pedir, a ausência de fundamentação, como se trata de requisito inclusive constitucional para as decisões do Judiciário, concederei a ordem e tornarei insubsistente a decisão interlocutória singelamente proferida.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): É nossa jurisprudência, inclusive nas duas Turmas.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Tanto que, muito embora acompanhando o Relator – sigo lição de um velho juiz do Tribunal Regional do Trabalho que dizia que, para divergir é que se deve sustentar –, lancei as razões. Não placito, Presidente, nenhum de nós o faz, o recebimento da denúncia mediante carimbo.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Tanto é que a evolução que se dá na própria legislação é hoje de se exigir que se faça o recebimento da denúncia mediante fundamentação, e que permite depois o controle judicial, inclusive mediante *habeas corpus*, que nós estamos acostumados a fazer essa verificação nas Turmas; todo dia isso ocorre, e nós fazemos essa checagem. Não são poucos os *habeas corpus* que são deferidos, é um índice bastante alto exatamente em razão da inépcia da denúncia. Tenho a impressão de que essa talvez seja a causa mais explícita de concessão de *habeas corpus* nas Turmas. Ressalte-se também que não é baixo o índice de concessão de *habeas corpus*. Eu tinha os dados do ano passado, mas é em torno de trinta, trinta e cinco por cento dos *habeas corpus* admissíveis os que acabam resultando em concessão; portanto, é um dado realmente interessante.

E também é da práxis desta Corte – e já há algum tempo é conhecido que, de fato, embora se fale retoricamente que se trate de um processo simples e de um contraditório em que se apresentam apenas os indícios, se fosse apenas isso, certamente nós não estaríamos já com quase vinte horas sentados e não teríamos ouvido o Relator por dias seguidos, por duas sessões, e repetição por parte do voto ainda hoje.

Certamente não se trata, portanto, de uma questão simples, e a tradição tem sido essa.

Eu me lembro e aqui vivenciei sustentações memoráveis de pessoas como Sepúlveda Pertence, José Guilherme, saudoso José Guilherme Villela, já assisti a sustentações brilhantes, como a do doutor Grossi e tantos outros, que trouxeram o embate sempre nessa fase da denúncia. Foi nessa fase que o Tribunal rejeitou a célebre denúncia contra Fernando Collor de Mello. O Tribunal entendeu de rejeitar uma série de incidentes, exatamente por entender que não havia – que poderia haver responsabilidade política – responsabilidade penal, que a responsabilidade aqui é subjetiva. Foi nessa fase, não foi no julgamento final.

Portanto, o Tribunal tem feito esse tipo de avaliação, ao longo do tempo, em vários casos. Recentemente, nós discutimos isso no caso Palloci.

É preciso haver algum tipo de indício, especialmente agora, que as investigações são tão cabais. No caso Pallocci, eu alvitrava dizer que, diante de todos os levantamentos, de todas as quebras verificadas, a não ser que houvesse um tipo de confissão, não era mais possível fazer quase que qualquer prova. Todos os levantamentos haviam sido feitos: quebra de sigilo telefônico, comunicação do Ministério da Fazenda, de sua casa, tudo havia sido feito nessa fase que instruiu a denúncia.

De modo que, parece-me que nós realmente fazemos bem quando fazemos esse exame da denúncia às vezes no seu detalhe. Por quê? Porque não se trata de um simples processo. Receber uma denúncia para depois ter que absolver alguém em um processo dessa complexidade, com o ônus político que isso representa, realmente é algo extremamente grave. Não se trata de dizer: "É mais um processo, depois vamos verificar". Nós sabemos da gratuidade de tantos processos, brincava-se com isso numa dada época, mas isso tem consequência.

É evidente que esse tipo de prática – se ela se desenvolve, e se nós a chancelamos –, sem dúvida nenhuma, ela vai configurar atentado a vários princípios, inclusive o princípio da dignidade da pessoa humana, que diz o que na sua significação elementar? Diz exatamente que não se deve transformar o homem em objeto do processo estatal; é disso que se cuida. Portanto, parece-me que cuidamos bem quando realmente somos severos no que diz respeito ao recebimento de denúncias e quando também fazemos a adequada verificação do recebimento das denúncias por outras instâncias.

Eu já tive oportunidade de me manifestar em outro momento, ressaltando que a jurisprudência deste Tribunal tem se firmado no sentido de que no processo penal, a denúncia, além de uma peça de acusação – e isso ressai inclusive, com todos os grifos, nas manifestações do Ministro Celso de Mello:

> Constitui um instrumento do exercício da ampla defesa e do contraditório e, portanto, uma garantia fundamental do indivíduo ante o aparato persecutório penal do Estado. Esse entendimento vem se consolidando em diversos julgados.

O art. 41 do Código de Processo Penal já foi aqui explicitado:

> Art. 41. A denúncia ou queixa conterá a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo, a classificação do crime, e quando necessário, o rol das testemunhas.

A exigência legal de exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, tem duas finalidades básicas e precípuas: 1) permitir o exercício do direito de defesa, em toda a sua amplitude; 2) viabilizar a correta aplicação da lei penal, permitindo ao órgão jurisdicional dar ao fato descrito a adequada correspondência normativa. Em suma, a exigência legal fundamenta-se no direito fundamental à ampla defesa e na tutela da efetividade do processo penal.

Daí a importância de que haja esse contraditório prévio nesse tipo de processo, para que a ação penal não se banalize e até para que, nos casos em que ela venha a ser banalizada, haja a tipificação eventual até de abuso de autoridade, quem perpetra a ação sem a devida responsabilidade.

Nos crimes praticados por mais de um agente, a peça acusatória deve delimitar, com a maior precisão possível, quais as ações praticadas por cada denunciado, especificando, no caso, de autoria e de participação, as condutas praticadas pelos autores (condutas típicas) e as praticadas pelos partícipes. Nesse sentido, observo que, nos termos do próprio art. 29 do Código Penal, os autores e partícipes respondem pelo crime na exata medida da sua culpabilidade.

Já é repetida, cansei de ver isso repetido em vários textos, a célebre lição de João Mendes de Almeida Júnior, Processo Criminal Brasileiro, quando ele diz que a denúncia:

> É uma exposição narrativa e demonstrativa. Narrativa, porque deve revelar o fato com todas as suas circunstâncias, isto é, não só a ação transitiva, como a pessoa

que a praticou, os meios que empregou, o malefício que produziu, os motivos que o determinaram a isso, a maneira por que a praticou, o lugar onde a praticou, o tempo. Segundo enumeração de Aristóteles, na Ética a Nincomaco.

Demonstrativa, porque deve descrever o corpo de delito, dar as razões de convicção ou presunção e nomear as testemunhas e informantes.

Assim, nas palavras do Ministro Celso de Mello,

> a análise de qualquer peça acusatória impõe que nela se identifique, desde logo, a narração objetiva, individuada e precisa do fato delituoso, que, além de estar concretamente vinculada ao comportamento de cada ente, deve ser especificado e descrito, em todos os seus elementos estruturais e circunstanciais, pelo órgão da acusação penal. Uma das principais obrigações jurídicas do Ministério Público no processo penal consiste no dever de apresentar denúncia que veicule, de modo claro e objetivo, com todos os elementos estruturais, essenciais e circunstanciais que lhe são inerentes, a descrição do fato delituoso, em ordem a viabilizar o exercício legítimo da ação penal e a ensejar, a partir da estrita observância dos pressupostos estipulados no art. 41 do CPP, a possibilidade da efetiva atuação da cláusula constitucional da plenitude de defesa.
>
> Em alguns casos, o Supremo Tribunal Federal exige que a denúncia indique a presença, em tese, de elementos específicos do tipo. Assim, no célebre "caso Collor" (denúncia contra o então Presidente Collor com fundamento em corrupção passiva), alegava-se a prática de crime de corrupção passiva (CP, art. 317).
>
> O Tribunal entendeu inepta a denúncia "em virtude não apenas da inexistência de prova de que a alegada ajuda eleitoral decorreu de solicitação que tenha sido feita direta ou indiretamente, pelo primeiro denunciado, mas, também, por não ter sido apontado ato de ofício configurador de transação ou comércio com o cargo então por ele exercido".

Esta é a conhecida, a clássica AP 307.

Portanto, este é um bom exemplo para mostrar que essa é uma doutrina que o Tribunal não logrou superar. Fôssemos trabalhar com indícios, com presunções, com recepção da denúncia para depois se verificar, certamente o caso teria que ser julgado de outra maneira.

Repito, o Tribunal entendeu inepta a denúncia em virtude não apenas – este é o caso "Collor" – da inexistência de prova de que a alegada ajuda eleitoral decorreu de solicitação que tenha sido feita, direta ou indiretamente, pelo primeiro denunciado. Mas, também, por não ter sido apontado o ato de ofício configurador de transação ou comércio no cargo então por ele exercido.

E veja, era uma decisão em que já não havia nenhuma discussão sobre a responsabilidade política desse agente, tanto é que este próprio Tribunal negaralhe mandado de segurança capaz de impedir o processo de *impeachment*.

Portanto, o Tribunal tem reconhecido que a fase de recebimento da denúncia é crucial também para o resguardo de direitos fundamentais do indivíduo denunciado – e essa é uma boa doutrina que deve ser preservada. É nessa fase em que o Tribunal se depara, em maior intensidade, com a complexa relação conflituosa entre o interesse público de efetiva persecução penal e os direitos

e garantias fundamentais individuais, assumindo, portanto, a difícil tarefa e a pesada responsabilidade de decidir sobre a submissão do indivíduo à tormentosa via-crúcis do processo penal.

Em casos de apreciação de constrangimento ilegal, em razão de injusta persecução penal, o Supremo tem declarado que não é difícil perceber os danos que a mera existência de uma ação penal impõe ao indivíduo, o qual, uma vez denunciado, vê-se obrigado a despender todos os seus esforços em um campo não meramente cível, mas eminentemente penal, com sérias repercussões para a dignidade pessoal.

Mais do que uma peça processual que deve cumprir os requisitos do art. 41 do CPP, a denúncia é o instrumento por meio do qual o órgão julgador pode avaliar a efetiva necessidade de submeter o indivíduo às agruras do processo penal.

Ressalte-se que a responsabilidade penal no sistema brasileiro é, e continua a ser e deve ser, eminentemente subjetiva, estando o indivíduo no centro das preocupações do processo penal.

Daí a necessidade de rigor e de prudência por parte não só daqueles que têm o poder de iniciativa nas ações penais, mas também daqueles que podem decidir sobre o seu curso. A análise de uma denúncia deve ser revestida dos maiores cuidados por parte de todos nós, julgadores, sempre tendo em vista a imposição constitucional de resguardo de direitos e garantias fundamentais.

Quando se fazem imputações incabíveis, dando ensejo à persecução criminal injusta, viola-se, também, o princípio da dignidade da pessoa humana, o qual, entre nós, tem base positiva no art. 1º, III, da Constituição. Na sua acepção originária, este princípio proíbe a utilização ou transformação do homem em objeto dos processos e ações estatais.

Não se pode perder de vista que a boa aplicação dessas garantias configura elemento essencial de realização do princípio da dignidade humana na ordem jurídica. Assim, não se afigura admissível o uso do processo penal como substitutivo de uma pena que se revela tecnicamente inaplicável ou a preservação de ações penais ou de investigações criminais cuja inviabilidade já se divisa de plano. Há, nesses casos, flagrante ofensa ao princípio da dignidade da pessoa humana, princípio este que, assim como a garantia do devido processo legal, cumpre função subsidiária em relação às garantias constitucionais específicas do processo.

A aplicação rigorosa desses entendimentos já fixados na jurisprudência desta Corte reveste de extrema complexidade a fase de recebimento da denúncia e impõe ao órgão julgador a máxima cautela na apreciação de todas as circunstâncias fáticas e jurídicas presentes no caso concreto.

Há, portanto, uma exigência constitucional de exame pormenorizado das descrições fáticas e jurídicas contidas na denúncia e de fundamentação suficiente da decisão que a recebe ou não.

Dessa forma, muitas vezes a análise quanto à presença dos indícios de materialidade e de autoria delitiva pode levar o órgão julgador a se pronunciar, ainda que de forma preliminar e precária, sobre a própria existência e conformação dos fatos delituosos, bem como sobre a configuração e os modos de participação e de autoria criminosa dos denunciados.

O pronunciamento antecipado do órgão julgador a respeito da materialidade e da autoria é, assim, inevitável em alguns casos; porém, é resultado da atitude diligente e responsável desse órgão numa fase processual em que está em jogo a própria dignidade do indivíduo denunciado.

Então, essas são premissas que me parecem irretorquíveis da jurisprudência do Tribunal. Em relação, portanto, ao caso, já tivemos uma série de discussões e várias considerações a propósito do tema, inclusive quanto à discussão sobre o recibo, mencionado uma vez na denúncia, e sobre a responsabilidade penal do denunciado. Na denúncia, chega-se a afirmar que:

> Fato provado que Eduardo Azeredo foi um dos principais mentores de toda a gama de ilicitude praticada.

Ouvimos hoje o Relator dizer que não há nenhum elemento que diga isso, mas tudo leva a crer que ele seja o mentor por ser o beneficiário. Na denúncia se diz também que:

> Nesse contexto, tinha ciência que estava recebendo em sua conta aberta em seu nome R$ 200.000,00 (duzentos mil reais) do esquema.

Quem já acompanhou minimamente qualquer campanha eleitoral sabe que, se se admitir esse tipo de afirmação, tem que se admitir aqui uma responsabilidade objetiva. Ninguém retira do candidato a responsabilidade pelo que ocorre em sua campanha em termos de eleição. Essa é a jurisprudência que emana do Tribunal Superior Eleitoral, e é correto que assim seja. Mas, quando nós estamos na esfera penal, me parece que aqui salta aos olhos que se está a trabalhar com um plano de responsabilidade objetiva.

Em geral, são essas as afirmações. É evidente, não há dúvida, não poderia ser de outra forma, são esses os elementos que marcam a participação de Azeredo na denúncia. Inúmeras testemunhas foram ouvidas no inquérito, sendo que a única testemunha que diz que ele poderia ter uma participação é a tal prima dessa testemunha especial que apresenta esse recibo, também bastante peculiar, e essa soma que o Ministro Toffoli teve oportunidade de mostrar: gastos de R$ 100.000.000,00 (cem milhões de reais) numa campanha, em 1998, quando as nacionais de 2002 não chegavam sequer perto disso. Os dados de 2002 revelam, portanto, com toda correção, que todas as despesas das principais campanhas chegaram a R$ 93.000.000,00 (noventa e três milhões de reais).

Portanto, parece-me que se nós estivéssemos discutindo a questão da responsabilidade política ou da responsabilidade em sede eleitoral, sem dúvida alguma outro poderia ser e deveria ser o juízo, mas nós estamos em sede penal,

não custa lembrar. E, nesse contexto, eu, também, tal como já foi apontado aqui no voto do Ministro Toffoli, não consigo encontrar base para receber a denúncia, com todas as vênias do Relator, por peculato e lavagem de dinheiro.

De modo que são essas as premissas que me levam a filiar à corrente vencida, inaugurada pelo Ministro Toffoli, depois seguida pelo Ministro Eros Grau, no sentido da plena rejeição da denúncia, tendo em vista inclusive as premissas assentes em meu voto.

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): Senhor Presidente, eu gostaria de lembrar que no meu voto eu insisti, a exemplo do que nós decidimos no Inq 2.245, que a instrução se iniciasse imediatamente, independentemente da eventual interposição de embargos de declaração. Nós decidimos dessa maneira.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Senhor Presidente...

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): O Ministro Marco Aurélio ficou vencido nessa...

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Tenho adotado, como regra, a necessidade de formalização da decisão da Corte. No caso concreto, não há risco de ocorrer a prescrição, pelo menos ante as penas abstratas. Não estou imaginando a condenação do Senador...

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa (Relator): Não, Ministro Marco Aurélio, é porque nós sabemos a demora.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Daqui a pouco vamos suprir essa formalidade que é essencial à valia do ato, ou seja, ter-se a materialização do que decidido pelo Tribunal e a possibilidade, se houver contradição, obscuridade ou omissão, de a parte, até mesmo o Ministério Público, interpor os declaratórios. Receio muito – algo que para a ilustrada maioria mostrou-se excepcional, não para mim, porque não admito que se parta para a eficácia precoce, temporã e, diria, perdoe-me, açodada, do que decidido – que se coloque na vala comum todo e qualquer caso, principalmente todo e qualquer caso que envolva, no campo penal, parlamentar ou detentor da prerrogativa de foro. E vou repetir algo que digo sempre: o que fazemos repercute nos demais tribunais. Daqui a pouco teremos essa prática adotada pelas cortes do País e são muitas.

VOTO
(Sobre proposta)

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Senhor Presidente, eu tenho a impressão de que, conforme lembrou o Ministro Relator, teria sido eu um dos que propuseram, na AP 470, que fosse iniciada a instrução, independentemente da publicação do acórdão. É que naquele caso a complexidade da instrução era evidente. Aqui, não, nós temos um caso mais simples: um único denunciado, com provas aparentemente de produção mais simples. De modo que, neste caso aqui, parece-me que não se deveria aplicar o precedente.

O Sr. Ministro Dias Toffoli: Senhor Presidente, eu não participei do julgamento anterior, mas comungo das preocupações esposadas pelo Ministro **Marco Aurélio**.

Então eu vou acompanhar a divergência inaugurada pelo Ministro **Marco Aurélio** e que se aguarde a publicação da decisão. Trata-se de processo penal que repercute na liberdade do cidadão e nesse sentido está na nossa Constituição o devido processo legal, com todos os seus rigores. Então, dessa forma, uma vez que não participei do julgamento anterior, fico à vontade, Senhor Presidente, para acompanhar a divergência.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: E há mais um detalhe, Presidente. Já houve uma época em que a confecção do acórdão demorava muito, porque dependia da revisão das notas taquigráficas. Hoje, tem-se norma regimental que viabiliza a juntada das notas taquigráficas, mesmo sem revisão, quando não ocorre em certo prazo.

VOTO
(Sobre proposta)

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Senhor Presidente, vou pedir vênia ao eminente Relator, tenho entendido e expressado isso de forma bastante reiterada, sobretudo, no Tribunal Superior Eleitoral, de que é preciso aguardar a publicação dos acórdãos e a eventual interposição de embargos.

Portanto, acompanho a divergência.

VOTO
(Sobre proposta)

O Sr. Ministro Carlos Britto: Senhor Presidente, também eu não inicio, desde já, a instrução.

Peço vênia ao eminente Relator.

EXTRATO DA ATA

Inq 2.280/MG — Relator: Ministro Joaquim Barbosa. Denunciante: Ministério Público Federal (Procurador: Procurador-Geral da República). Denunciado: Eduardo Brandão de Azeredo (Advogados: José Antero Monteiro Filho e outros e José Gerardo Grossi e outros).

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, declarou a extinção da punibilidade de José Cláudio Pinto de Rezende, em razão de sua morte (art. 107, I, do Código Penal), bem como de Ruy José Vianna Lage, Gilberto Botelho Machado e Maurício Dias Horta, pela prescrição da pretensão punitiva, tendo em vista as penas cominadas em abstrato aos crimes narrados na inicial e o fato de já possuírem, atualmente, mais de 70 anos de idade (art. 107, IV, c/c art. 115 do Código Penal). Por maioria e nos termos do voto do Relator, o Tribunal recebeu

a denúncia contra o acusado Eduardo Brandão de Azeredo pelos crimes de peculato em detrimento da *Copasa* (imputação a.1), da *Comig* (imputação a.1) e do *Bemge* (imputação a.2), e de lavagem de dinheiro (imputações a.3, a.4 e a.5), vencidos os Ministros Dias Toffoli, Eros Grau e Gilmar Mendes (Presidente). O Tribunal rejeitou a questão de ordem suscitada pelo Relator no sentido do início imediato da instrução independentemente da publicação do acórdão. Ausentes, justificadamente, o Ministro Celso de Mello, a Ministra Ellen Gracie e, neste julgamento, a Ministra Cármen Lúcia. Plenário.

Presidência do Ministro Gilmar Mendes. Presentes à sessão os Ministros Marco Aurélio, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Eros Grau, Cármen Lúcia e Dias Toffoli. Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.

Brasília, 3 de dezembro de 2009 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

MEDIDA CAUTELAR NA
AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 3.929 — DF
(ADI 3.929-MC-QO na *RTJ* 205/130)

Relatora: Ministra Presidente

Requerente: Governador do Estado de São Paulo — Requerido: Senado Federal

Ação direta de inconstitucionalidade. Medida cautelar concedida. Referendo. Resolução 7, de 21-6-2007, do Senado Federal. Suspensão *erga omnes* da eficácia de todo o texto de leis relativas à cobrança do ICMS no Estado de São Paulo. Declaração de inconstitucionalidade anteriormente estendida, no exercício do controle difuso, apenas aos dispositivos que haviam prorrogado a majoração de alíquota e a sua vinculação a uma finalidade específica. Plausibilidade jurídica da alegação de ofensa ao art. 52, X, da Constituição Federal. Perigo na demora igualmente demonstrado.

1. O ato normativo impugnado, ao conferir eficácia *erga omnes* a um julgado singular, revela sua feição geral e obrigatória, sendo, portanto, dotado de generalidade, abstração e impessoalidade. Precedentes.

2. O exame minucioso das decisões plenárias proferidas nos autos dos RE 183.906, 188.443 e 213.739 demonstra que a declaração de inconstitucionalidade dos atos normativos que sucederam à Lei estadual paulista 6.556/1989 alcançaram, tão somente, os dispositivos que tratavam, exclusivamente, da majoração da alíquota do ICMS e sobre a vinculação desse acréscimo percentual ao fundo criado para o desenvolvimento de determinado programa habitacional.

3. O Senado Federal, em grande parte orientado por comunicações provenientes da Suprema Corte, acabou por retirar do mundo jurídico dispositivos das Leis paulistas 7.003/1990 e 7.646/1991, que, embora formalmente abarcados pela proclamação da inconstitucionalidade do próprio diploma em que inseridos, em nenhum momento tiveram sua compatibilidade com a Constituição Federal efetivamente examinada por este Supremo Tribunal. Plausibilidade da tese de violação ao art. 52, X, da Carta Magna.

4. Deferimento de medida cautelar referendado pelo Plenário.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, na conformidade da ata do julgamento e

das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, referendar a medida cautelar deferida, nos termos do voto da Presidente.

Brasília, 29 de agosto de 2007 — Ellen Gracie, Relatora e Presidente.

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Presidente): Exponho, inicialmente, o teor da decisão liminar que proferi, em 25-7-2007, nos autos da presente ADI 3.929, proposta pelo Governador do Estado de São Paulo em face da Resolução 7, de 21-6-2007, do Senado Federal (fls. 248-255):

> 1. Em 18-9-1997, o Plenário desta Suprema Corte iniciou a apreciação, em sede de controle difuso, da constitucionalidade da Lei 6.556, de 30-11-1989, do Estado de São Paulo, que, ao majorar a alíquota genérica do ICMS daquela unidade federada de 17 para 18 por cento, destinou a arrecadação obtida com o novo acréscimo ao financiamento de determinado programa habitacional. Tratava-se do julgamento do RE 183.906, de que foi Relator o eminente Ministro Marco Aurélio.
>
> Naquela oportunidade, este Supremo Tribunal Federal reconheceu, por maioria, que a referida legislação paulista violava o comando constitucional que proíbe, expressamente, a vinculação da receita obtida na cobrança de impostos (CF, art. 167, IV). Esta Casa, valendo-se de precedente sobre a matéria (RE 97.718, Rel. Min. Soares Muñoz, *DJ* de 24-6-1983), ainda assentou que a constatada inconstitucionalidade da vinculação comprometia, desde a origem, o próprio aumento de ICMS estipulado. Com o provimento do recurso, foi declarada, incidentur tantum, a inconstitucionalidade do art. 3º ao art. 9º da Lei 6.556/1989, do Estado de São Paulo.
>
> Após essa decisão, seguiu-se, na sessão de 6-5-1998, o julgamento conjunto dos RE 188.443 e 213.739, ambos, também, da relatoria do eminente Ministro Marco Aurélio. Naquela assentada, além do já reconhecido vício material dos arts. 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º e 9º, todos da Lei 6.556/1989, foi incidentalmente declarada a inconstitucionalidade de três leis estaduais posteriores àquela primeira de 1989 (7.003/1990, 7.646/1991 e 8.207/1992) que, nas palavras do eminente Relator, "implicaram mera prorrogação do acréscimo", irregularmente vinculado, de 1% (um por cento) na alíquota do ICMS.
>
> Já nas sessões de 29-3-1999, 8-6-1999 e 4-10-2000, renovou-se no Plenário a apreciação de cada um dos três apelos extremos já citados, agora para o julgamento de embargos de declaração interpostos. O mais relevante do exame dos referidos declaratórios deu-se, em 4-10-2000, no julgamento do último deles, opostos contra o acórdão prolatado no RE 183.906. Nessa última sessão, explicitou-se que a declaração de inconstitucionalidade da Lei 6.556/1989, anteriormente proclamada, também deveria alcançar, inequivocamente, os dispositivos dos atos normativos posteriores que haviam prolongado temporalmente os efeitos daquele diploma originário para os anos de 1990, 1991 e 1992. Nesse sentido, foram então declarados inconstitucionais, especificamente, os arts. 1º, 2º, 3º, 4º e 5º da primeira das leis que continham, dentre outras previsões, a prorrogação de prazo da majoração impugnada (Lei estadual 7.003, de 27-12-1990).
>
> Todavia, antes mesmo dessa importante definição, na sessão plenária de 4-10-2000, dos exatos limites da declaração de inconstitucionalidade levada a efeito, esta Corte já havia comunicado ao Senado Federal, em 30-6-1999, de forma

genérica e abrangente, a declaração de inconstitucionalidade "dos arts. 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º e 9º da Lei 6.556, de 30 de novembro de 1989, bem assim das Leis 7.003, de 27 de dezembro de 1990; 7.646, de 26 de dezembro de 1991; e 8.207, de 30 de dezembro de 1992, todas do Estado de São Paulo" (Ofício STF 93-P/MC). Após o envio desse primeiro expediente, relativo ao RE 188.443, este Tribunal ainda encaminhou àquela Casa Legislativa os Ofícios 125-P/MC, de 23-9-1999, e 3-P/MC, de 21-2-2001, concernentes, respectivamente, às decisões proferidas nos RE 213.739 e 183.906. Apenas neste último expediente, do ano de 2001, indicou-se ao Senado Federal, de maneira um pouco mais específica, que a declaração de inconstitucionalidade abrangia, além dos dispositivos do ato primitivo (Lei 6.556/89), os arts. 1º, 2º, 3º, 4º e 5º da Lei 7.003/1990.

Após a análise conjunta dessas três comunicações do Supremo Tribunal, o Senado Federal, no exercício da competência prevista no art. 52, X, da CF, promulgou, em 21-6-2007, a Resolução 7, que suspendeu a execução de todas as normas indicadas naquele primeiro Ofício STF 93-P/MC, expedido por esta Casa em 30-6-1999 (fls. 21-25).

2. Daí a pretensão deduzida pelo Governador do Estado de São Paulo na presente ação direta de inconstitucionalidade, na qual alega que a suspensão indiscriminada, levada a efeito pela Resolução 7/2007, do Senado Federal, da eficácia de todo o texto das Leis estaduais 7.003/1990 e 7.646/1991 ofendeu materialmente o art. 52, X, da CF, e causa gravíssimos prejuízos ao erário público paulista, uma vez que atingiu importantes normas relativas à arrecadação de ICMS naquela unidade federada, mas que não guardam qualquer relação com a majoração fulminada ou com a prorrogação de sua cobrança. Afirma que estão nessa situação os arts. 6º e 7º da Lei 7.003, de 27-12-1990 e os arts. 4º, 8º, 9º, 10, 11, 12 e 13 da Lei 7.646/1991 (fls. 395-398).

Assevera, ademais, que não há transtornos na suspensão integral da Lei 8.207, de 30-12-1992, uma vez que todas as disposições desse Diploma trataram, unicamente, da prorrogação dos efeitos da Lei 6.556/1989 (fl. 399). Afirma, por outro lado, que a Lei 7.646/1991 possui dispositivo cuja suspensão indevida provoca especial preocupação, por fixar tal comando nova alíquota de ICMS para os serviços de telecomunicações (de 18% para 25%), responsáveis, segundo declara, por relevante parcela da arrecadação desse tributo. Apresenta cálculo da perda estimada dessa arrecadação até o final do presente exercício financeiro, pela inesperada redução da alíquota, no montante de mais de um bilhão e trezentos milhões de reais, circunstância que comprometeria a execução orçamentária no Estado de São Paulo.

Requer, ao final, a suspensão liminar da Resolução 7/2007, do Senado Federal, e, no mérito, a declaração de sua inconstitucionalidade, no que diz respeito aos arts. 6º e 7º da Lei 7.003/1990 e os arts. 4º, 8º, 9º, 10, 11, 12 e 13 da Lei 7.646/1991, do Estado de São Paulo.

Os presentes autos foram submetidos a esta Presidência nos termos do art. 13, VIII, do Regimento Interno da Corte. Por outro lado, o *caput* do art. 10 da Lei 9.868/1999 prevê, expressamente, a excepcional e necessária apreciação monocrática do pedido de medida cautelar formulado em ação direta de inconstitucionalidade proposta no curso do período de recesso forense.

Restrinjo-me, portanto, nesse momento, ao exame do pedido de concessão de medida liminar.

3. Verifico, inicialmente, que a presente ação direta tem como objeto resolução do Senado Federal, espécie de atos normativos que, segundo a jurisprudência

desta Corte, "se equiparam às leis ordinárias no sentido material, ainda que formalmente possam ser baixados, sem a observância de semelhante processo legislativo" (ADI 1.222, Rel. Min. Sydney Sanches, *DJ* de 11-4-2003). Conforme ressaltado pelo eminente Ministro Francisco Rezek no voto que proferiu pelo deferimento da liminar requerida na ADI 871, há, nos atos dessa natureza, "conteúdo normativo e não mera expressão da potestade administrativa" (ADI 871-MC, Rel. Min. Francisco Rezek, 18-6-1993).

As excepcionais circunstâncias que permeiam o presente caso guardam maior proximidade com precedente que, lembrado pelo eminente Ministro Gilmar Mendes em seu artigo intitulado "O papel do Senado Federal no controle de constitucionalidade: um caso clássico de mutação constitucional", foi firmado por esta Suprema Corte na já distante sessão plenária de 25-5-1966 por ocasião do julgamento do MS 16.512, de que foi Relator o eminente Ministro Oswaldo Trigueiro.

O referido mandamus foi impetrado contra resolução editada pelo Senado Federal, que, provocado pela Fazenda do Estado de São Paulo, entendeu que a suspensão, determinada por resolução anterior, da eficácia de norma tributária paulista havia extrapolado os limites da declaração de inconstitucionalidade originada desta Suprema Corte. O ato objeto daquele writ, ao revogar a resolução anteriormente promulgada pelo próprio Senado Federal, restringiu, portanto, a hipótese em que a cobrança de determinado imposto estadual deveria ser considerada inconstitucional.

Naquele histórico julgamento, asseverou-se que o ato então contestado possuía inequívoca natureza normativa, pois, nas palavras do eminente Ministro Prado Kelly, "desde que se estendem erga omnes os efeitos de um julgado a singulis, temos caracterizada a feição geral e obrigatória do ato político". Em seguida, o Plenário considerou inconstitucional a iniciativa do Senado que, a pretexto de melhor definir a extensão do ato de suspensão da eficácia de determinada norma legal, acabou por revisar o próprio juízo de constitucionalidade emitido, no caso concreto, pelo Supremo Tribunal Federal. Assim, após o acolhimento de proposta do Procurador-Geral da República pelo conhecimento do mandado de segurança impetrado como representação, esta Corte declarou, no exercício do controle concentrado de normas, a inconstitucionalidade da resolução revogadora do Senado. A ementa do julgado possui o seguinte teor (*DJ* de 31-8-1966):

> "Resolução do Senado Federal, suspensiva da execução de norma legal cuja inconstitucionalidade foi declarada pelo Supremo Tribunal Federal. Inconstitucionalidade da segunda resolução daquele órgão legislatório, para interpretar a decisão judicial, modificando-lhe o sentido ou lhe restringindo os efeitos. Pedido de segurança conhecido como representação, que se julga procedente."

Assim, diante das premissas fixadas no precedente analisado, parece-me não haver dúvidas quanto ao cabimento da presente ação direta de inconstitucionalidade, bem como quanto à generalidade, abstração e impessoalidade do ato normativo ora em exame, a Resolução 7, de 21-6-2007, do Senado Federal.

4. Entretanto, mostra-se evidente que no presente caso o Senado Federal não pretendeu, em momento algum, reajustar a interpretação dada por esta Corte aos atos normativos cuja declaração de inconstitucionalidade motivou a resolução ora atacada. Aqui, parece-me ter batido às portas do Senado Federal comunicação que representou uma incorreta tradução do que fora realmente declarado inconstitucional por esta Casa.

Na exposição inicial do caso em questão, busquei detalhar, de maneira sistemática, as decisões que, proferidas em três recursos extraordinários sobre o mesmo tema (RE 183.906, RE 188.443 e RE 213.739, todos já transitados em julgado), formaram a convicção do Plenário desta Corte sobre a inconstitucionalidade da vinculação e, por conseguinte, da própria majoração de alíquota promovida, originariamente, pelos arts. 3º a 9º da Lei 6.556/1989 e, depois, prorrogada (1) pelos arts. 1º a 5º da Lei 7.003/1990, (2) pelos arts. 1º, 2º, 3º, 5º, 6º e 7º da Lei 7.646/1991 e (3) pela íntegra da Lei 8.207/1992.

Conforme já destacado, é possível extrair claramente do complexo decisório analisado que a declaração de inconstitucionalidade dos atos normativos que sobrevieram à Lei 6.556/1989 alcançam, tão somente, os dispositivos que tratam, exclusivamente, sobre a majoração da alíquota genérica do ICMS de 17 para 18 por cento e sobre a vinculação desse acréscimo percentual ao fundo criado para o desenvolvimento de programa habitacional.

É o que se verifica, por exemplo, no julgamento do RE 188.443, ocorrido em 6-5-1998, no qual o eminente Relator, Ministro Marco Aurélio, declara, na parte dispositiva de seu voto, a inconstitucionalidade dos Diplomas de 1990, 1991 e 1992, "que implicaram mera prorrogação do acréscimo" impugnado. Já no julgamento dos embargos declaratórios opostos pelo contribuinte no RE 183.906, ocorrido em 4-10-2000, Sua Excelência, de forma ainda mais específica, proclama, tanto no voto como no acórdão, a inconstitucionalidade dos arts. 1º, 2º, 3º, 4º e 5º da Lei 7.003/1990, "que implicaram a reedição de diploma anterior – Lei 6.556/1989 – já declarado inconstitucional por esta Corte".

5. Resta evidente, portanto, que as comunicações enviadas por este Supremo Tribunal ao Senado Federal, por meio dos Ofícios 93-P/MC e 125-P/MC, de junho e setembro de 1999, não refletiram fielmente o entendimento firmado nesta Corte quando informaram àquela Casa Legislativa, de maneira inespecífica e abrangente, que havia declarado a inconstitucionalidade das Leis 7.003/1990, 7.646/1991 e 8.207/1992, sem qualquer referência a quais dispositivos pertencentes a esses Diplomas poderiam ser efetivamente atingidos pela suspensão de eficácia. Nem mesmo o detalhamento presente no terceiro e último expediente, o Ofício 3-P/MC, de 21-2-2001, no sentido de que da Lei 7.003/1990 somente haviam sido declarados inconstitucionais os arts. 1º a 5º, o que excluiria da suspensão, portanto, seus arts. 6º e 7º, não foi capaz de evitar a danosa indução do Senado Federal à edição de uma resolução suspensiva da íntegra das leis paulistas envolvidas.

Dessa impropriedade, resultou a promulgação pelo Senado, nos termos do art. 52, X, da CF, da Resolução 7, de 21-6-2007, que suspendeu, com eficácia *erga omnes*, os efeitos de dispositivos outros, contidos, principalmente, nas Leis 7.003/1990 e 7.646/1991, do Estado de São Paulo, que são completamente alheios à discussão travada nos recursos extraordinários já comentados e que dispõem, por exemplo, (1) sobre a relevante fixação de alíquota reduzida do ICMS nas operações de circulação de produtos alimentícios essenciais para a população de baixa renda como arroz, feijão, pão, sal, farinha, mandioca e carne (art. 6º da Lei 7.003/1990), (2) sobre a majoração da alíquota relativa à prestação de serviços de comunicação (art. 4º da Lei 7.646/1991), (3) sobre a possibilidade de abatimento e de parcelamento na quitação dos débitos fiscais relativos ao tributo em questão (art. 8º da Lei 7.646/1991), ou mesmo (4) sobre a possibilidade de liquidação de débitos de ICM ou de ICMS mediante dação em pagamento de bens imóveis desonerados (art. 12 da Lei 7.646/1991).

6. Por todos esses motivos, encontro forte plausibilidade jurídica na alegação de inconstitucionalidade da Resolução SF 7/2007, por ofensa ao art. 52, X, da CF. Ainda que o Senado, diferentemente da situação enfrentada no já mencionado MS 16.512, tenha agido de maneira quase que involuntária, já que se pautou nas balizas pouco translúcidas fornecidas pelo próprio Supremo Tribunal nos ofícios antes referidos, não há dúvida, por outro lado, de que a resolução impugnada retirou a plena e regular eficácia de normas editadas pelo Estado de São Paulo que não haviam recebido, no julgamento de processos subjetivos que tramitaram nesta Corte, a pecha da inconstitucionalidade. Por conseguinte, a resolução do Senado, no que diz respeito aos dispositivos que não foram declarados inconstitucionais por esta Casa, tornou-se verdadeira norma revogadora de lei estadual anterior, em clara afronta aos princípios federativos e da reserva legal.

7. Ante todas essas circunstâncias, entendendo terem sido bem demonstradas, no caso, a fumaça do bom direito e o perigo da demora, já que ocorrida a brusca suspensão da eficácia, pelo Senado Federal, de relevantes normas tributárias editadas pelo legislador paulista e que não foram objeto de controle de constitucionalidade exercido pelo Plenário deste Supremo Tribunal Federal, **defiro** o pedido de medida cautelar formulado, ad referendum do Plenário e até o julgamento final desta ação, para suspender os efeitos da Resolução 7, de 21-6-2007, do Senado Federal, **tão somente** com relação aos arts. 6º e 7º da Lei 7.003/1990 e aos arts. 4º, 8º, 9º, 10, 11, 12 e 13 da Lei 7.646/91, ambas do Estado de São Paulo.

Diante da excepcionalidade do caso ora em análise, trago a referendo deste Plenário a presente medida cautelar, por mim concedida durante o último período de recesso dos trabalhos desta Corte.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Presidente): Conforme tentei demonstrar ao proferir a decisão ora analisada, após esta Corte, num primeiro momento, ter declarado a inconstitucionalidade da íntegra das leis estaduais prorrogadoras de número 7.003/1990, 7.646/1991 e 8.207/1992, houve um terceiro e último julgado em sede de embargos de declaração que, precisamente, declarou inconstitucionais os arts. 1º, 2º, 3º, 4º e 5º da Lei 7.003/1990. Esse acórdão, prolatado pelo Plenário, em 4-10-2000, nos autos do RE 183.906, teve o condão de excluir da declaração de inconstitucionalidade os arts. 6º e 7º daquele Diploma, cujo teor, a seguir transcrito, de fato não guarda nenhuma relação com a majoração e a prorrogação atacadas, *verbis:*

Art. 6º O item 3, § 1º, do art. 34, da Lei 6.374, de 1º de março de 1989, alterado pelo art. 1º da Lei 6556, de 30 de novembro de 1989, passa a vigorar com a seguinte redação:

"3 – 12% (doze por cento) nas operações com arroz, feijão, pão, sal, farinha de mandioca e produtos comestíveis resultantes do abate de ave, coelho ou de gado, em estado natural, resfriados ou congelados, e charque."

Art. 7º Esta lei entrará em vigor na data de sua publicação.

Após esse julgamento, seguiu para o Senado Federal o Ofício 3-P/MC, de 21-2-2001, da Presidência desta Casa, pelo qual foi encaminhado, para os efeitos do art. 52, X, da CF, "cópia dos acórdãos proferidos no recurso extraordinário mencionado, que declarou a inconstitucionalidade dos arts. 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º e 9º da Lei 6.556, de 30-11-1989, e nos embargos de declaração a ele opostos, que estenderam a inconstitucionalidade aos arts. 1º, 2º, 3º, 4º e 5º da Lei 7.003, de 27-12-1990, ambas do Estado de São Paulo".

Da leitura do Parecer 444, de 7-2-2007, da Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania do Senado Federal, de que foi relator o respeitável Senador Jefferson Peres, é possível verificar que, embora os três expedientes enviados por esta Corte tenham sido reunidos para apreciação conjunta, não passou despercebido por aquela Casa Legislativa a referida peculiaridade contida no resultado do julgamento dos embargos declaratórios interpostos no RE 183.906, pois foi devidamente registrado, naquele documento, o acolhimento do recurso "de forma a estender a declaração de inconstitucionalidade aos arts. 1º a 5º da Lei 7.003, de 1990, do Estado de São Paulo" (fl. 23). Todavia, provavelmente por influência da generalidade presente nas duas comunicações anteriores, o mesmo relatório propôs, na sua parte final, a "suspensão dos arts. 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º e 9º, da Lei 6.556, de 30 de novembro de 1989, **e das Leis 7.003, de 27 de dezembro de 1990; 7.646, de 26 de dezembro de 1991; e 8.207, de 30 de dezembro de 1992**, todas do Estado de São Paulo" (fl. 25).

Assim, não há dúvida de que a Resolução promulgada em 21-6-2007, ou seja, há mais de seis anos após o envio ao Senado do citado Ofício 3-P/MC, de 21-2-2001, suspendeu em evidente excesso a eficácia dos arts. 6º e 7º da Lei paulista 7.003/1990, violando, assim, o próprio art. 52, X, da CF.

2. No tocante às Leis 7.646/1991 e 8.207/1992, a constatação do extravasamento na atuação do Senado Federal demanda exame mais acurado. Isso porque o Plenário deste Supremo Tribunal Federal, no julgamento dos RE 188.443 e 213.739, ocorrido em 6-5-1998, limitou-se a declarar a inconstitucionalidade genérica desses Diplomas, por partir do pressuposto de que os mesmos somente haviam cuidado da dilatação temporal dos efeitos previstos na legislação primitiva, a Lei 6.556/1989.

Essa conclusão acabou mostrando-se acertada no tocante à Lei 8.207/1992, mas não com relação à Lei 7.646/1991, que possui, além dos dispositivos concernentes à prorrogação do aumento de alíquota de ICMS inconstitucionalmente vinculado à finalidade específica (arts. 1º, 2º, 3º, 5º, 6º, 7º), outros comandos normativos completamente estranhos à matéria tratada nos apelos extremos já referidos, conforme se verifica na leitura de seus enunciados:

> Art. 4º Ficam acrescentados à Lei 6.374, de 1º de março de 1989, os seguintes dispositivos:
>
> I – ao § 1º do art. 34, o item 8:
>
> "8 – 25% (vinte e cinco por cento), nas prestações de serviço de comunicação";

II – ao § 5º do art. 34, o item 25:

"25 – álcool carburante, gasolina e querosene de aviação classificados nos códigos 2207.10.0100, 2207.10.9902, 2710.00.03 e 2710.00.0401."

Art. 8º Os débitos fiscais do Imposto de Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviço, relativos a operações ocorridas até 30 de junho de 1991, corrigidos monetariamente, poderão ser pagos, em qualquer fase em que se encontrem:

I – integralmente até 28 de janeiro de 1992, com abatimento de 90% (noventa por cento) de multas, juros de mora e acréscimos;

II – em até 4 (quatro) parcelas mensais, iguais e sucessivas, com abatimento de 75% (setenta e cinco por cento) de multas, juros de mora e acréscimos;

III – em até 7 (sete) parcelas mensais, iguais e sucessivas, com abatimento de 50% (cinquenta por cento) de multas, juros de mora e acréscimos.

§ 1º Somente gozarão do benefício previsto nos incisos II e III os contribuintes que:

1 – requererem o parcelamento de todos os débitos declarados ou apurados pelo fisco, relativos a operações realizadas até 30 de junho de 1991;

2 – comprovarem o recolhimento ou o parcelamento da totalidade do tributo declarado ou apurado pelo fisco, a partir de 1º de julho de 1991.

§ 2º Os parcelamentos de que tratam os incisos II e III serão requeridos pelos contribuintes à Secretaria da Fazenda, dentro do mesmo prazo previsto no inciso I, devendo a primeira parcela ser recolhida até a data da protocolização do pedido.

§ 3º A apresentação do requerimento implica confissão irretratável do débito fiscal e expressa renúncia a qualquer defesa ou recurso administrativo, bem como desistência dos já interpostos.

§ 4º O não pagamento, na data aprazada, de qualquer das parcelas ou do imposto devido pelas operações ocorridas no curso do prazo do parcelamento previsto nesta lei acarretará a resolução do acordo.

§ 5º Aos acordos de parcelamento anteriormente firmados, aplica-se o disposto neste artigo, no que couber, em relação ao saldo devedor na data da publicação desta lei.

Art. 9º Ficam cancelados os débitos fiscais do Imposto de Circulação de Mercadorias e do Imposto de Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços relativos a multas regulamentares, correspondentes a infrações praticadas até 30 de junho de 1991, em relação às quais não haja a exigência simultânea de pagamentos do imposto.

Art. 10. O disposto nos arts. 8º e 9º não se aplica aos débitos decorrentes dos autos de infração e imposição de multa que cominem penalidades pelas práticas das infrações descritas nas alíneas *f* a *i* do inciso I, *g* do inciso II, *b, c, d, f, m, o* e *p* do inciso IV, *b, f* e *o* do inciso V e *g* do inciso VI, do art. 85 da Lei 6.374, de 1º de março de 1989.

Art. 11. Os benefícios de que trata esta lei não autorizam a restituição de importância já depositada ou recolhida.

Art. 12. Os débitos relativos ao Imposto de Circulação de Mercadorias ou ao Imposto de Circulação de Mercadorias e Prestação de Serviços apurados até 31 de julho de 1991 e inscritos na Dívida Ativa poderão, nas condições estabelecidas pelo Poder Executivo, ser liquidados mediante dação em pagamento, à Fazenda do Estado, de bens imóveis desonerados, de propriedade do contribuinte, de seus sócios ou de terceiros, desde que requerido até 28 de fevereiro de 1992.

§ 1º A apresentação do requerimento implica confissão irretratável do débito fiscal e expressa renúncia a qualquer defesa ou recurso, administrativo ou judicial, bem como desistência dos já interpostos.

§ 2º Aplica-se ao *caput* deste artigo o disposto no art. 8º, inciso I.

Art. 13. Esta lei entrará em vigor na data de sua publicação.

Com a declaração incidental de inconstitucionalidade da Lei 7.646/1991, proclamada, reitere-se, no julgamento dos RE 188.443 e 213.739 e depois confirmada na apreciação dos respectivos embargos declaratórios, seguiu-se a remessa ao Senado dos Ofícios 93-P/MC, de 30-6-1999 e 125-P/MC, de 23-9-1999. Como visto, foi com base nessas comunicações do Supremo Tribunal Federal que aquela Casa suspendeu, com eficácia *erga omnes*, os efeitos das três leis sucessivas que prorrogaram a majoração inicialmente prevista na Lei estadual 6.556/1989.

Assim, parece claro que a suspensão de eficácia promovida pela Resolução impugnada atingiu dispositivos da Lei 7.646/1991 que, embora formalmente abarcados pela proclamação da inconstitucionalidade do próprio Diploma em que inseridos, em nenhum momento tiveram sua compatibilidade com a Constituição Federal efetivamente examinada por este Supremo Tribunal Federal. Da leitura da parte final do voto que o relator, o eminente Ministro Marco Aurélio, proferiu no julgamento do RE 188.443 e do RE 213.739, é possível constatar a percepção que teve esse julgador, naquele momento, de que as Leis 7.003/1990, 7.646/1991 e 8.207/1992 apenas e tão somente provocavam a dilatação temporal do aumento de alíquota inaugurado pelos arts. 3º a 9º da Lei 6.556/1989. Nesse sentido, assim consignou Sua Excelência:

> Destarte, conheço deste extraordinário e o provejo para, assentando a inconstitucionalidade dos arts. 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º e 9º da Lei 6.556, de 30 de novembro de 1989, do Estado de São Paulo, bem como das Leis que se seguiram, de números 7.003/1990, 7.646/1991 e 8.207/1992, também daquele Estado **e que implicaram mera prorrogação do acréscimo**, declarar desobrigada a Recorrente de satisfazer a majoração em tela.

3. Entendo, por tudo que já foi exposto, que a inequívoca constatação da inexistência de impugnação recursal e de uma expressa manifestação da Corte sobre a constitucionalidade ou a inconstitucionalidade de um determinado conjunto de normas é circunstância que, no presente caso, deve prevalecer sobre a declaração indiscriminada de inconstitucionalidade da lei em que inseridos aqueles mesmos preceitos, mas que teve como alvo certo um outro grupo de comandos também pertencentes ao mesmo diploma. Entendimento contrário levaria à absurda situação de retirada do mundo jurídico de importantes normas tributárias originadas da legítima vontade do legislador do Estado de São Paulo que não foram contestadas pelos contribuintes em nenhuma das instâncias judiciais percorridas e que, por isso mesmo, não tiveram a sua constitucionalidade examinada, rejeitada ou reconhecida por este Supremo Tribunal Federal.

A Resolução 7/2007 do Senado Federal, repita-se, acabou por suspender a eficácia de normas da Lei 7.646/1991 que não foram substancialmente analisadas

e declaradas inconstitucionais por esta Suprema Corte. Deu-se, ainda que de forma involuntária, uma distorcida aplicação do art. 52, X, da Constituição e uma verdadeira revogação de normas incompatível com o ordenamento constitucional vigente. Relevante ressaltar, ainda, que em nenhum momento foi detectada, nos recursos extraordinários apreciados, a existência de inconstitucionalidade formal, o que de fato invalidaria por completo as leis envolvidas na questão. Reconheceu-se, ao contrário, a ocorrência de vício material na majoração, na vinculação e na prorrogação objetivamente previstas nos arts. 3º a 9º da Lei 6.556/1989, nos arts. 1º a 5º da Lei 7.003/1990, nos arts. 1º, 2º, 3º, 5º, 6º e 7º da Lei 7.646/1991 e na íntegra da Lei 8.207/1992, por ofensa ao art. 167, IV, da CF.

4. Além do encaminhamento pelo referendo da cautelar concedida, que suspendeu os efeitos da Resolução 7, de 21-6-2007, do Senado Federal, tão somente com relação aos arts. 6º e 7º da Lei 7.003/1990 e aos arts. 4º, 8º, 9º, 10, 11, 12 e 13 da Lei 7.646/1991, ambas do Estado de São Paulo, comunico aos eminentes Colegas que já iniciei um trabalho preventivo de verificação de eventuais equívocos em todas as demais comunicações de mesma natureza enviadas ao Senado e que ainda não originaram novos atos de suspensão.

É como voto.

ESCLARECIMENTO

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Presidente e Relatora): Senhores Ministros, fiz encaminhar a todos os Colegas cópia do Relatório, no qual transcrevo a decisão liminar que proferi. É uma decisão extensa. O Ministro Marco Aurélio é o Relator das decisões das quais se originou esta comunicação da Presidência.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Mas a matéria não estava colocada para referendo; era só a questão de saber se Vossa Excelência relataria ou não.

Em ótimas mãos, continua o processo.

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Presidente e Relatora): Vou detalhar aos Colegas: o Ministro Marco Aurélio, há muitos anos, examinou três recursos extraordinários, nos quais, incidentalmente, se declarou a inconstitucionalidade de legislação do Estado de São Paulo que majorava o ICMS em 1%, destacando essa majoração especificamente para um programa habitacional. Era, se não me engano, uma legislação do tempo do Governo Mário Covas, muito bem intencionada, mas que esbarrava na proibição constitucional de vinculação de receitas. Então, com base nesse vício, o Ministro Marco Aurélio declarou a inconstitucionalidade dessa majoração vinculada.

Havia outras leis posteriores que também mantinham o mesmo percentual majorado, e essas também foram atingidas pela declaração de inconstitucionalidade. Vossas Excelências hão de ver nesse meu despacho, que é extenso, houve, inclusive, embargos de declaração. Posteriormente, a Presidência da Casa comunicou ao Senado e, em pelo menos duas dessas comunicações, já que eram três os processos, a informação foi genérica, de declaração de inconstitucionalidade

das leis tais e quais; enquanto que, num terceiro ofício, realmente se fez a especificação que era adequada.

Passaram-se os anos, isso ocorreu, se não me engano, em 1999, e agora, em 2007, editou-se então a Resolução do Senado, com base nessa nossa comunicação, um tanto falha, fazendo por abranger dispositivos que nada tinham a ver com a declaração originária de inconstitucionalidade. Dispositivos que tratavam, por exemplo, da imposição da contribuição sobre serviços de telecomunicações e outros.

Com base em toda essa argumentação, deferi a medida cautelar requerida pelo Estado de São Paulo e, agora, trago a referendo.

ESCLARECIMENTO

O Sr. Ministro Carlos Britto: Senhora Presidente, eu só queria pontuar que a resolução do Senado, suspendendo a execução de uma lei abstrata, configuradora de comandos genéricos impessoais e abstratos, essa resolução é também abstrata; ou seja, o caráter abstrato da lei alvo se comunica à resolução do Senado.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Excelência, admiti, por isso entendo válido o instrumental utilizado.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Entendi que Vossa Excelência fez a ressalva de que não considerava.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Não; eu não considero o ato, que se mostre tão somente circunscrito à suspensão da execução de uma lei, abstrato, autônomo, principalmente diante da decisão do Supremo no controle difuso de constitucionalidade. Mas, neste caso, ante o equívoco no envio da comunicação, como se a Corte tivesse glosado a lei por inteiro, acabou-se atuando com abrangência maior.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Não entendi mal; é que entendo que a natureza abstrata da lei é comunicada à própria resolução do Senado. É uma oposição frontal à de Vossa Excelência, com todas as vênias.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Neste caso concreto, sim, por via indireta, o Senado acabou legislando.

VOTO

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Senhora Presidente, gostaria de fazer duas notas, lembrando que, em 1966, o Supremo se defrontou com uma situação singular no MS 16.512, da relatoria do Ministro Oswaldo Trigueiro. É também um caso de São Paulo, mencionado na decisão de Vossa Excelência, em que realmente se disputou a possibilidade de o Senado revogar uma resolução depois de emiti-la; e o Supremo, então, entendeu que não podia.

Esse é um caso singular, envolvendo essas questões mencionadas, aqui, pelos Ministros Marco Aurélio e Carlos Britto, porque o mandado de segurança

reclamava desse ato revogatório que alterava aquela primeira resolução, que dava curso à decisão do Supremo Tribunal Federal.

O Supremo entendeu que o Senado tinha seus poderes, à época dominava a ideia da conveniência do Senado, mas dizia-se – o Supremo deixou isso bem claro – que o Senado podia suspender ou não, mas não podia, na verdade, suspender além nem aquém daquilo que o Supremo fixou.

Mas, processualmente, esse é um caso que desperta alguma singularidade. O Supremo entendeu que o mandado de segurança não era cabível, porque impugnava ato em tese. Por isso, o Procurador-Geral, Alcino Salazar, formulou uma representação de inconstitucionalidade oral; e o Tribunal, então, prosseguiu no julgamento como se tratasse de uma arguição abstrata de inconstitucionalidade.

Veja, portanto, que essas dúvidas já permeavam aquela sessão de 1966.

Com essas brevíssimas considerações, acompanho a decisão de Vossa Excelência.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, eu já tinha adiantado o entendimento.

Houve, realmente, um equívoco, a declaração de inconstitucionalidade foi parcial e a comunicação se fez como se fosse integral. Cumpre corrigir o quadro.

Acompanho Vossa Excelência, referendando a decisão.

EXPLICAÇÃO

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Presidente e Relatora): Gostaria ainda de esclarecer aos Colegas que, na esteira dessa perplexidade surgida com a edição da Resolução 7, iniciei um trabalho preventivo de verificação de eventuais equívocos em todas as nossas comunicações, porque, vejam que, neste caso, mediaram seis anos entre a comunicação e a edição da Resolução. Existem tantas outras comunicações que ainda não foram convertidas em Resolução que estamos preventivamente revisando.

Da mesma forma, também, a comissão de senadores, que esteve comigo, prontificou-se em fazer, desde logo, uma revisão na Câmara alta, para verificar e agilizar esse processo de transformar as nossas decisões em Resoluções suspensivas.

EXTRATO DA ATA

ADI 3.929-MC/DF — Relatora: Ministra Presidente. Requerente: Governador do Estado de São Paulo (Advogado: PGE-SP – Marcos Fábio de Oliveira Nusdeo). Requerido: Senado Federal.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, referendou a medida cautelar deferida, nos termos do voto da Presidente, Ministra Ellen Gracie.

Presidência da Ministra Ellen Gracie. Presentes à sessão os Ministros Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa, Eros Grau, Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia. Vice-Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.

Brasília, 29 de agosto de 2007 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

———

REFERENDO EM MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.190 — RJ

Relator: O Sr. Ministro Celso de Mello

Requerente: Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil – Atricon — Requerida: Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro — Interessado: Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro

Ação direta de inconstitucionalidade – Associação dos membros dos Tribunais de Contas do Brasil (Atricon) – Entidade de classe de âmbito nacional – Legitimidade ativa *ad causam* – Autonomia do Estado-membro – A constituição do Estado-membro como expressão de uma ordem normativa autônoma – Limitações ao poder constituinte decorrente – Imposição, aos conselheiros do Tribunal de Contas, de diversas condutas, sob pena de configuração de crime de responsabilidade, sujeito a julgamento pela Assembleia Legislativa – Prescrição normativa emanada do legislador constituinte estadual – Falta de competência do Estado-membro para legislar sobre crimes de responsabilidade – Competência legislativa que pertence, exclusivamente, à União Federal – Promulgação, pela Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, da EC 40/2009 – Alegada transgressão ao estatuto jurídico-institucional do Tribunal de Contas Estadual e às prerrogativas constitucionais dos conselheiros que o integram – Medida cautelar referendada pelo Supremo Tribunal Federal.

Atricon – Entidade de classe de âmbito nacional – Pertinência temática – Legitimidade ativa *ad causam*.

– A Atricon qualifica-se como entidade de classe de âmbito nacional investida de legitimidade ativa *ad causam* para a instauração, perante o Supremo Tribunal Federal, de processo de controle abstrato de constitucionalidade, desde que existente nexo de afinidade entre os seus objetivos institucionais e o conteúdo material dos textos normativos impugnados. Precedentes.

Constituição estadual e Tribunais de Contas: Conselheiros do Tribunal de Contas Estadual – A questão das infrações político-administrativas e dos crimes de responsabilidade – Competência legislativa para tipificá-los e para estabelecer o respectivo procedimento ritual (Súmula 722/STF).

– A Constituição estadual representa, no plano local, a expressão mais elevada do exercício concreto do poder de auto-organização deferido aos Estados-membros pela Lei Fundamental da República. Essa prerrogativa, contudo, não se reveste de caráter absoluto, pois se acha submetida, quanto ao seu exercício, a limitações jurídicas impostas pela própria Carta Federal (art. 25).

– O Estado-membro não dispõe de competência para instituir, mesmo em sua própria Constituição, cláusulas tipificadoras de crimes de responsabilidade, ainda mais se as normas estaduais definidoras de tais ilícitos tiverem por finalidade viabilizar a responsabilização política dos membros integrantes do Tribunal de Contas.

– A competência constitucional para legislar sobre crimes de responsabilidade (e, também, para definir-lhes a respectiva disciplina ritual) pertence, exclusivamente, à União Federal. Precedentes. Súmula 722/STF.

– A questão concernente à natureza jurídica dos denominados crimes de responsabilidade. Controvérsia doutrinária. O *status quaestionis* na jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal. Ressalva da posição pessoal do Relator (Ministro Celso de Mello).

Prerrogativa de foro dos Conselheiros do Tribunal de Contas estadual, perante o Superior Tribunal de Justiça, nas infrações penais comuns e nos crimes de responsabilidade (CF, art. 105, I, *a*).

– Compete, originariamente, ao Superior Tribunal de Justiça, processar e julgar os membros dos Tribunais de Contas estaduais nos crimes de responsabilidade e nos ilícitos penais comuns, assim definidos em legislação emanada da União Federal.

– Mostra-se incompatível com a Constituição da República – e com a regra de competência inscrita em seu art. 105, I, *a* – o deslocamento, para a esfera de atribuições da Assembleia Legislativa local, ainda que mediante emenda à Constituição do Estado, do processo e julgamento dos Conselheiros do Tribunal de Contas estadual nas infrações político-administrativas.

Equiparação constitucional dos membros dos Tribunais de Contas à magistratura – Garantia de vitaliciedade: impossibilidade de perda do cargo de Conselheiro do Tribunal de Contas local, exceto mediante decisão emanada do poder judiciário.

– Os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado-membro dispõem dos mesmos predicamentos que protegem os magistrados, notadamente a prerrogativa jurídica da vitaliciedade (CF, art. 75 c/c art. 73, § 3º), que representa garantia constitucional destinada a impedir a perda do cargo, exceto por sentença judicial transitada em julgado. Doutrina. Precedentes.

– A Assembleia Legislativa do Estado-membro não tem poder para decretar, *ex propria auctoritate*, a perda do cargo de Conselheiro do Tribunal de Contas local, ainda que a pretexto de

exercer, sobre referido agente público, uma (inexistente) jurisdição política.

A posição constitucional dos Tribunais de Contas – Órgãos investidos de autonomia jurídica – Inexistência de qualquer vínculo de subordinação institucional ao Poder Legislativo – Atribuições do Tribunal de Contas que traduzem direta emanação da própria Constituição da República.

– Os Tribunais de Contas ostentam posição eminente na estrutura constitucional brasileira, não se achando subordinados, por qualquer vínculo de ordem hierárquica, ao Poder Legislativo, de que não são órgãos delegatários nem organismos de mero assessoramento técnico. A competência institucional dos Tribunais de Contas não deriva, por isso mesmo, de delegação dos órgãos do Poder Legislativo, mas traduz emanação que resulta, primariamente, da própria Constituição da República. Doutrina. Precedentes.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a Presidência do Ministro Gilmar Mendes, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em referendar a liminar concedida, nos termos do voto do Relator. Votou o Presidente.

Brasília, 10 de março de 2010 — Celso de Mello, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Celso de Mello: **Trata-se** de ação direta, com pedido de medida cautelar, que, **proposta** pela Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil – Atricon, **visa** à declaração de inconstitucionalidade **do § 5º e do § 6º** do art. 128 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, **acrescentados** pela EC 40/2009.

Os preceitos normativos em questão **possuem** o seguinte conteúdo material (fl. 60):

> ***Art. 128*** *(...)*
> *(...)*
> ***§ 5º São infrações administrativas*** *de Conselheiro do Tribunal de Contas,* ***sujeitas*** *a julgamento pela Assembleia Legislativa* ***e sancionadas****, mesmo na forma tentada,* ***com o afastamento do cargo****:*
> ***I*** *– impedir o funcionamento administrativo de Câmara Municipal ou da Assembleia Legislativa;*

***II** – desatender, sem motivo justo, pedido de informações, de auditoria ou de inspeção externa, formulado por Câmara Municipal ou pela Assembleia Legislativa;*

***III** – não cumprir prazo constitucional ou legal para o exercício de sua atribuição;*

***IV** – deixar de prestar contas à Assembleia Legislativa;*

***V** – incidir em quaisquer das proibições do art. 167 da Constituição da República;*

***VI** – praticar, contra expressa disposição de lei, ato de sua competência ou omitir-se na sua prática;*

***VII** – omitir-se ou negligenciar na defesa de bens, rendas, direitos ou interesses, sujeitos à administração do Tribunal de Contas;*

***VIII** – proceder de modo incompatível com a dignidade e o decoro do cargo.*

***§ 6º Assegurados** o contraditório **e** a ampla defesa, **o processo administrativo** por fato descrito no parágrafo anterior **obedecerá** ao seguinte rito:*

***I** – a notícia, por escrito e com firma reconhecida, poderá ser formulada por qualquer pessoa;*

***II** – a instauração do processo administrativo dependerá de aprovação pela maioria absoluta da Assembleia Legislativa, após a leitura da notícia em Plenário;*

***III** – constituir-se-á comissão processante especial, composta por cinco Deputados sorteados, os quais elegerão o Presidente e o Relator;*

***IV** – recebidos os autos, o Presidente determinará a citação do noticiado, remetendo-lhe cópia integral do processo administrativo, para que, no prazo de cinco dias, apresente defesa prévia, por escrito, indique as provas que pretender produzir e arrole testemunhas, até o máximo de dez;*

***V** – o noticiado deverá ser intimado de todos os atos do processo, pessoalmente, ou na pessoa de seu procurador, com a antecedência, pelo menos, de vinte e quatro horas, sendo-lhe permitido assistir às diligências e audiências, bem como formular perguntas e reperguntas às testemunhas e requerer o que for de interesse da defesa;*

***VI** – concluída a instrução, será aberta vista do processo ao noticiado, para razões escritas no prazo de cinco dias, após o que a comissão processante emitirá parecer final, pela procedência ou improcedência da notícia;*

***VII** – havendo julgamento, o parecer final será lido com Plenário e, depois, o noticiado, ou seu procurador, terá o prazo máximo de uma hora para produzir sua defesa oral;*

***VIII** – concluída a defesa, proceder-se-á a tantas votações quantas forem as infrações articuladas na notícia, considerando-se afastado do cargo, o noticiado que for declarado, pelo voto aberto da maioria absoluta dos Deputados, como incurso em qualquer das infrações especificadas na notícia;*

***IX** – o processo será concluído em noventa dias, contados da data em que se efetivar a notificação do acusado, sob pena de arquivamento.*

(**Grifei**.)

Sustenta-se, na presente sede de controle abstrato, **em síntese**, que a EC 40/2009, **ao acrescentar o § 5º e o § 6º** ao art. 128 da Constituição do Estado

do Rio de Janeiro, **teria incorrido** em transgressão à Constituição da República, **considerados** os seguintes fundamentos: (**a**) **ausência** de "*competência do Estado-membro para legislar sobre 'crimes de responsabilidade' de Conselheiro do Tribunal de Contas*" (fl. 9); (**b**) "***violação da competência** do E. Superior Tribunal de Justiça para processar e julgar crimes de responsabilidade dos Conselheiros dos Tribunais de Contas Estaduais*" (fl. 18); (**c**) "***existência** de vício de iniciativa*" (fl. 20); (**d**) "***violação** do princípio da separação de poderes (ou funções)*" (fl. 24); e (**e**) "***ofensa** à garantia de vitaliciedade dos Conselheiros dos Tribunais de Contas*" (fl. 34).

O E. Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, **invocando** sua qualidade de "*(...) colaborador na defesa das prerrogativas e garantias dos seus membros e, por extensão, da sua própria autonomia e da independência das suas decisões (...)*" (fls. 64/65), **requereu**, nos termos do art. 7º, § 2º, da Lei 9.868/1999, **fosse admitido** a manifestar-se, **formalmente**, na presente causa (fls. 63/65), **tendo reiterado** tal pedido a fls. 68/70, **oportunidade** em que advertiu sobre "*o 'periculum in mora' subjacente ao ato normativo vergastado pela via da presente ação*" (fl. 69).

Admiti, na condição de "*amicus curiae*", a E. Corte de Contas do Estado do Rio de Janeiro (fl. 73).

A Augusta Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, **ao prestar as informações** que lhe foram solicitadas (**Lei 9.868/1999**, art. 10, "*caput*", "*in fine*"), **manifestou-se pela improcedência** da presente ação direta, **propugnando**, em consequência, **pelo reconhecimento da plena validade constitucional** das normas ora impugnadas (fls. 91/107), **alegando**, em síntese, que as condutas tipificadas na Emenda Constitucional estadual 40/2009 **não configurariam** "*crimes de responsabilidade*" (fl. 96), **mas**, sim, **infrações administrativas**, e que "*não há precedente*" desta Suprema Corte "*que impeça o Poder Legislativo de legislar sobre processo administrativo, dispondo sobre garantias processuais das partes*" (fl. 99).

Ante a relevância do tema versado **na presente** ação direta, **determinei**, nos termos do art. 10, § 1º, da Lei 9.868/1999, **a audiência prévia** do **eminente** Advogado-Geral da União, **que se pronunciou** "*pela concessão da medida cautelar postulada, tendo em vista a presença de seus pressupostos*" (fl. 130).

O eminente Procurador-Geral da República, por sua vez, **ao opinar** na presente sede de fiscalização normativa abstrata, **manifestou-se** em parecer assim ementado (fl. 180):

> ***AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. DISPOSITIVOS DA CONSTITUIÇÃO*** DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO ***QUE TIPIFICAM AS INFRAÇÕES POLÍTICO-ADMINISTRATIVAS DE CONSELHEIROS DOS TRIBUNAIS DE CONTAS, SUBMETENDO-OS*** AO JULGAMENTO DA ASSEMBLÉIA LEGISLATIVA. ***IMPOSIÇÃO DA PENA DE AFASTAMENTO DO CARGO. PRESENÇA*** DOS REQUISITOS ***AUTORIZADORES*** DA CONCESSÃO DE MEDIDA LIMINAR. ***COMPETÊNCIA DA UNIÃO*** PARA DISPOR

SOBRE DIREITO PENAL. ***COMPROMETIMENTO DA INDEPENDÊNCIA*** DOS MEMBROS DA CORTE DE CONTAS. ***PARECER PELA CONCESSÃO DA MEDIDA LIMINAR***.
(**Grifei.**)

Subsistindo as razões **de urgência** invocadas pela autora (Atricon), **eis que se iniciava**, em 2-7-2009, o período de férias forenses, **deferi**, em 1º-7-2009, "*ad referendum*" **do E. Plenário** deste Tribunal (**Lei 9.868/1999**, art. 10, "*caput*", **c/c** o art. 21, V, do RISTF), **o pedido** de suspensão cautelar de eficácia da Emenda Constitucional ora impugnada (fls. 235/260).

Para os fins a que se refere o art. 21, **inciso V**, do RISTF, **submeto** a decisão de fls. 235/260 **ao exame** do Egrégio Plenário do Supremo Tribunal Federal.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Celso de Mello (Relator): **A Atricon sustenta**, em síntese, **a inconstitucionalidade do § 5º e do § 6º** do art. 128 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro, **acrescentados** pela Emenda à Constituição 40/2009.

Cumpre destacar, **preliminarmente**, **que o Plenário** do Supremo Tribunal Federal, **no julgamento da ADI 1.873/MG**, Rel. Min. MARCO AURÉLIO (**RTJ** 188/519), **reconheceu qualificar-se**, a Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil – **Atricon**, como entidade de classe de âmbito nacional, **investida** de legitimidade ativa "*ad causam*" **para a instauração** de processo de controle normativo abstrato **perante** esta Suprema Corte:

> ***LEGITIMIDADE** – **AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE** – **ASSOCIAÇÃO DE CLASSE DE ÂMBITO NACIONAL**. **Tem-na**, por ser uma associação de classe de âmbito nacional, **a Atricon** – Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil.*
> (**Grifei.**)

Na realidade, **a legitimação ativa da Atricon** para a propositura de ações diretas de inconstitucionalidade **tem sido reconhecida – e reafirmada – pela jurisprudência** do Supremo Tribunal Federal, como o evidenciam os seguintes precedentes: **ADI 1.934-MC/DF**, Rel. Min. MOREIRA ALVES; **ADI 1.994/ES**, Rel. Min. EROS GRAU; **ADI 2.208/DF**, Rel. Min. GILMAR MENDES; **ADI 2.361-MC/CE**, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA; **ADI 2.546-MC/RO**, Rel. Min. SYDNEY SANCHES; **ADI 2.596/PA**, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE; **ADI 2.597/PA**, Rel. p/ o ac. Min. EROS GRAU **e ADI 3.361/MG**, Rel. Min. EROS GRAU.

De outro lado, entendo **configurado**, na espécie, **o requisito** da pertinência temática, **que se caracteriza** pela existência **do nexo de afinidade** entre os objetivos institucionais da entidade **que ajuizou** a ação direta **e** o conteúdo material dos dispositivos por ela impugnados.

Com efeito, como referido, **existe**, no caso, o nexo de pertinência temática, **eis que o conteúdo** da emenda constitucional ora questionada – **que versa a tipificação** de infrações político-administrativas **cometidas** por membros do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro **e disciplina a ordem ritual** de seu processo perante a própria Assembleia Legislativa local – **relaciona-se**, de modo direto, **com a finalidade institucional** da entidade de classe autora, **como resulta claro** do art. 2º, I, do seu estatuto social, **que prevê**, dentre os objetivos da Atricon, **o de** "***representar e defender****, em juízo* ***ou*** *fora dele, direitos ou interesses dos Ministros, Conselheiros e Substitutos de Ministros e Conselheiros dos Tribunais de Contas*" (fl. 45 – **grifei**).

Cabe relembrar, no ponto, **que a jurisprudência** do Supremo Tribunal Federal, **ao interpretar** o alcance da cláusula inscrita no art. 103, IX, da Carta Política – **e após definir** o vínculo de pertinência temática **como requisito caracterizador** da própria legitimidade ativa "*ad causam*" das entidades de classe **e** das confederações sindicais para o processo de controle abstrato de constitucionalidade (**ADI 138-MC/RJ**, Rel. Min. SYDNEY SANCHES – **ADI 396-MC/DF**, Rel. Min. PAULO BROSSARD – **ADI 1.037-MC/SC**, Rel. Min. MOREIRA ALVES – **ADI 1.096-MC/RS**, Rel. Min. CELSO DE MELLO – **ADI 1.159-MC/AP**, Rel. Min. ILMAR GALVÃO – **ADI 1.414-MC/RS**, Rel. Min. SYDNEY SANCHES) –, **firmou** orientação **no sentido de atribuir**, à Atricon, **qualidade** para agir em sede jurisdicional concentrada, **sempre** que o conteúdo normativo da regra estatal impugnada suscitar, como na espécie, **discussão** sobre questões **concernentes** às prerrogativas institucionais, direitos **e** interesses **dos membros** dos Tribunais **e** dos Conselhos de Contas.

Assiste razão, portanto, à Atricon, **quando** sustenta **dispor** de legitimação para agir, **perante** o Supremo Tribunal Federal, **em sede** de fiscalização abstrata de constitucionalidade, **e**, ainda, **quando** afirma **registrar-se**, na espécie, **a presença** do vínculo de pertinência temática (fls. 4/6):

> ***Destarte, induvidoso que a Atricon é uma entidade de classe de âmbito nacional, detendo legitimidade*** *para instaurar o controle concentrado de constitucionalidade de leis, obviamente* ***atendido*** *o requisito da pertinência temática.*
>
> ***E, no que tange à pertinência temática, tampouco resta alguma dúvida*** *quanto à motivação de sua presença no caso em tela, porquanto os dispositivos maculados de inconstitucionalidade, contra os quais a Atricon ora se insurge, dizem respeito à aventada instauração e aplicação, por iniciativa da Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, de "processo e sanção" por crimes de responsabilidade supostamente praticados por membros do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro, a serem julgados pelos próprios Deputados Estaduais, em frontal e inequívoca dissonância com o que a respeito estabelecem os arts. 22, I, 73, § 3º, 75, 85, parágrafo único, 95, inciso I, 96, inciso I, e 105, I, "a", além do princípio da separação de poderes, todos consagrados no texto da Constituição da República.*
>
> ***Ou seja, a discussão*** *ora proposta* ***está intimamente relacionada à finalidade institucional*** *da Atricon,* ***assim delineada*** *no art. 2º do seu Estatuto,* ***no que concerne*** *à defesa das prerrogativas e competências atribuídas pelo texto da Lei Maior aos Ministros e Conselheiros dos Tribunais de Contas da União, dos*

Estados-membros, do Distrito Federal e dos Municípios (estes, onde houver), ***defesa esta****, se necessário,* ***a ser exercida*** *judicialmente.*

O fato *é que a nova redação do art. 128,* ***§ 5º e § 6º****, da Constituição fluminense* ***interfere****, diretamente,* ***com as mencionadas*** *prerrogativas* ***e*** *garantias constitucionais,* ***ao instituir*** *um procedimento para a apuração e o julgamento de Conselheiros da Corte de Controle estadual,* ***por supostos*** *"crimes de responsabilidade", pela Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro,* ***cominando-lhes como*** *"****pena****" (a ser decretada pelos Senhores Deputados Estaduais)* ***a*** *"****perda do cargo****".*

Tal procedimento*,* ***a par de infringir*** *as normas da Constituição da República* ***que atribuem*** *competência para tal processamento e julgamento ao E. Superior Tribunal de Justiça* ***e definem*** *que a competência legislativa para definir* ***o que sejam*** *os "crimes de responsabilidade"* ***incumbe*** *privativamente à União,* ***tem o nítido objetivo*** *de empanar a autonomia* ***e*** *independência dos membros do Tribunal de Contas* ***no exercício*** *de seus misteres,* ***colocando-os****, por vias espúrias, em autêntica posição de subalternidade perante os seus órgãos fiscalizados.*

Transparece nítida*, pois,* ***a pertinência temática****, de vez que a Emenda Constitucional em questão atina com as prerrogativas e garantias dos membros dos Tribunais de Contas.*

(**Grifei**.)

Tenho para mim, desse modo, que a Atricon **possui** legitimidade ativa "*ad causam*" **para promover** a presente ação direta de inconstitucionalidade.

Superadas as questões preliminares que venho de mencionar, **passo a expor** as razões **pelas quais entendo deva ser referendada** a medida cautelar por mim **anteriormente** deferida.

E, ao fazê-lo, **observo**, desde logo, **que a questão pertinente à definição da natureza jurídica** dos denominados "*crimes de responsabilidade*" (**conceito a que se subsumiriam** as infrações político-administrativas) **tem suscitado intensa discussão** de ordem teórica, **com consequente repercussão** no âmbito jurisprudencial, **notadamente** no que concerne ao reconhecimento da pessoa política **competente**, no plano legislativo, para tipificá-los **e** para disciplinar a respectiva ordem ritual de seu processo e julgamento.

Não desconheço, por isso mesmo, **que se registra**, na matéria em exame, como venho de referir, **amplo dissídio doutrinário em torno da qualificação jurídica** do "*crime de responsabilidade*" **e** do processo a que dá origem, **pois**, **para uns**, o "*impeachment*" **constitui** processo eminentemente político, **enquanto** que, **para outros**, **ele representa** processo de índole criminal (**como sucedeu sob a legislação imperial brasileira –** Lei de 15-10-1827), **havendo**, ainda, **os que nele identificam** a existência de um processo de natureza mista, **consoante revela o magistério de eminentes autores** (PAULO BROSSARD DE SOUZA PINTO, "**O Impeachment**", p. 76/88, 3. ed., 1992, Saraiva; PINTO FERREIRA, "**Comentários à Constituição Brasileira**", vol. 3/596-600, 1992, Saraiva; MANOEL GONÇALVES FERREIRA FILHO, "**Comentários à Constituição Brasileira de 1988**", vol. 1/453, 3. ed., 2000, Saraiva; JOSÉ AFONSO DA SILVA, "**Curso de Direito Constitucional Positivo**", p. 550/552, 32. ed., 2009, Malheiros; JOSÉ CRETELLA JÚNIOR, "**Comentários à Constituição de 1988**", vol. V/2.931-2.947, 2. ed., 1992, Forense

Universitária; PONTES DE MIRANDA, "**Comentários à Constituição de 1967 com a Emenda 1 de 1969**", tomo III/351-361, 3. ed., 1987, Forense; MICHEL TEMER, "**Elementos de Direito Constitucional**", p. 167/171, 22. ed., 2007, RT; JOSÉ FREDERICO MARQUES, "**Elementos de Direito Processual Penal**", vol. III/443-450, itens 864/868, 2. ed., 2003, **revista e atualizada** por Eduardo Reale Ferrari, Forense; JOÃO BARBALHO, "**Constituição Federal Brasileira – Comentários**", p. 133, 2. ed., 1924; CARLOS MAXIMILIANO PEREIRA DOS SANTOS, "**Comentários à Constituição Brasileira de 1891**", p. 542/543, Coleção História Constitucional Brasileira, 2005, Senado; AURELINO LEAL, "**Teoria e Prática da Constituição Federal Brasileira**", p. 480, Primeira Parte, 1925; GUILHERME PEÑA DE MORAES, "**Curso de Direito Constitucional**", p. 413/415, item 2.1.3.2.2.1, 2. ed. 2009, Impetus).

Parte expressiva da doutrina, **ao examinar a natureza jurídica** do crime de responsabilidade, **situa-o no plano político-constitucional** (PAULO BROSSARD, "**O Impeachment**", p. 83, item 56, 3. ed., 1992, Saraiva; THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, "**A Constituição Federal Comentada**", vol. II/274-279, 3. ed., 1956, Konfino; CASTRO NUNES, "**Teoria e Prática do Poder Judiciário**", vol. 1/40-41, item 2, 1943, Forense; GILMAR FERREIRA MENDES, INOCÊNCIO MÁRTIRES COELHO **e** PAULO GUSTAVO GONET BRANCO, "**Curso de Direito Constitucional**", p. 968/969, item 7.2, 4. ed., 2009, IDP/Saraiva; WALBER DE MOURA AGRA, "**Curso de Direito Constitucional**", p. 460/461, item 24.3.2, 4. ed., 2008, Saraiva; DIRLEY DA CUNHA JÚNIOR, "**Curso de Direito Constitucional**", p. 935/939, item 3.6, 2. ed., 2008, JusPodivm; SYLVIO MOTTA **e** GUSTAVO BARCHET, "**Curso de Direito Constitucional**", p. 721/723, item 8.4, 2007, Elsevier, **v**.**g**.).

Há **alguns** autores, no entanto, **como** AURELINO LEAL ("**Teoria e Prática da Constituição Federal Brasileira**", Primeira Parte, p. 480, 1925), **que qualificam** o *crime de responsabilidade* **como instituto de direito criminal**.

Por entender que a natureza jurídica do "*crime de responsabilidade*" **permite** situá-lo **no** plano **estritamente** político-constitucional, **revestido** de caráter evidentemente extrapenal, **não posso deixar de atribuir**, a essa figura, **a qualificação** de ilícito político-administrativo, **desvestida**, em consequência, **de conotação criminal**, **o que me autoriza concluir**, **tal como o fiz** em voto vencido (**Pet 1.954/DF**, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA) – **dissentindo**, então, da orientação jurisprudencial **prevalecente** nesta Suprema Corte (**RTJ 166/147**, Rel. Min. NELSON JOBIM – **RTJ 168/729**, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE – **RTJ 176/199**, Rel. Min. OCTAVIO GALLOTTI, **v**.**g**.) –, que o **impropriamente** denominado "*crime de responsabilidade*" **não traduz instituto de direito penal**, **viabilizando-se**, por isso mesmo, **a possibilidade de o Estado-membro** exercer, **nessa matéria**, **fundado** em sua autonomia institucional, **competência legislativa** para definir, **mediante** cláusula de tipificação, **os denominados** *crimes de responsabilidade*, **que nada mais são** (**excluídos**, no entanto, os delitos funcionais) **do que** ilícitos **ou** infrações de índole político-administrativa.

Registro, neste ponto, **por todos**, no sentido que ora venho de expor (**embora** não desconheça tratar-se de posição minoritária nesta Corte), **o magistério** do eminente Ministro PAULO BROSSARD ("**O Impeachment**", p. 90/91, item 64, 3. ed., 1992, Saraiva), **que reconhece** a competência legislativa **do Estado-membro** (e, **também**, a do Município) **para legislar** sobre os *crimes de responsabilidade*, cuja natureza jurídica – por mostrar-se **desvestida** de caráter penal – **autoriza qualificá-los** como **típicas** infrações político-administrativas:

> ***Com efeito**, sob a Constituição de 24 de fevereiro, **embora competisse** à União, **como agora**, legislar privativamente sobre direito penal, **ela nunca definiu crimes de responsabilidade** de autoridades locais – do Estado ou do Município – **e**, livre **e** validamente, **fizeram-no os Estados-membros**, com chancela dos poderes federais.*
>
> ***Tal sucede na Argentina**. Lá, a despeito de competir ao Congresso Nacional, com exclusividade, legislar sobre direito criminal, às Províncias jamais se negou a competência para regular o "juicio político" e aplicá-lo conforme as disposições do direito estadual.*
>
> ***De resto, os mais autorizados jurisconsultos, penalistas** inclusive, **nunca puseram em dúvida a competência estadual** a respeito. **De** Ruy Barbosa **a** João Barbalho, **de** José Higino **a** Galdino Siqueira, **de** Clóvis Bevilacqua **a** Pedro Lessa, **de** Epitácio Pessoa **a** Amaro Cavalcanti, **de** Afrânio de Melo Franco **a** Prudente de Moraes Filho, **de** Carlos Maximiliano **a** Viveiros de Castro, **de** Afonso Celso **a** Laudelino Freire, **de** Pisa e Almeida **a** Eneas Galvão, **de** Lúcio de Mendonça **a** Oliveira Ribeiro, **em quase-unanimidade, dissertando ou decidindo**, todos prestigiaram, direta ou indiretamente, explícita ou implicitamente, as práticas **vigentes** nesse sentido.*
>
> (**Grifei**.)

Essa visão do tema **assenta-se** no reconhecimento **de que se revela imprópria** a locução constitucional "*crimes de responsabilidade*", **que compreende**, na realidade, infrações de caráter político-administrativo, **em oposição** à expressão (**igualmente** inscrita no texto da Constituição) "*crimes comuns*".

Com efeito, o *crime comum* **e** o *crime de responsabilidade* são figuras jurídicas **que exprimem** conceitos inconfundíveis. **O crime comum** é um aspecto da ilicitude penal. **O crime de responsabilidade** refere-se à ilicitude político-administrativa. O legislador constituinte **utilizou** a expressão ***crime comum***, **significando** ilícito penal, **em oposição** a crime de responsabilidade, **significando** infração político-administrativa.

Nesse sentido, **a correta observação** de ADILSON ABREU DALLARI ("**Crime de Responsabilidade do Prefeito**", "*in*" "**Revista do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo**", vol. 72/146-148):

> ***Portanto**, não pode haver dúvida. **Uma coisa é infração penal, comum, disciplinada** pela legislação penal. **O Código Penal** está em vigor, **cuidando dos crimes** contra a administração pública, que podem ser cometidos, **inclusive por Prefeitos**. **O Prefeito pode perfeitamente ser julgado, pelo Tribunal de Justiça**, no caso de cometer peculato, emprego irregular de verbas públicas, concussão, prevaricação, tudo isso não é crime de responsabilidade; **tudo isso é crime comum** que o Prefeito pode cometer e ser julgado pelo Poder Judiciário.*

***Ao lado disso**, **existe** o crime de responsabilidade, **que é uma infração político-administrativa** (...).*

(...)

Na sistemática constitucional, (...) ***fica claro*** que crime de responsabilidade ***não é*** infração penal, ***mas*** infração político-administrativa (...).

(**Grifei**.)

Essa **mesma** compreensão **quanto à impropriedade** da expressão constitucional "*crimes de responsabilidade*" **traduz-se** na lição do eminente Professor **e** Desembargador JOSÉ FREDERICO MARQUES ("**Elementos do Direito Processual Penal**", vol. III/444-445, item 864, 2. ed./2ª tir., 2003, Millennium):

***No Direito Constitucional pátrio**, o "crime de responsabilidade" **opõe-se** ao "crime comum" **e significa** "a violação de um dever do cargo, de um dever de função", como o dizia JOSÉ HIGINO. **Mas a** "**sanctio juris**" contra essa infração **não consiste** em "pena criminal", **pois** que seu julgamento e os efeitos jurídicos deste advindos são de outra espécie e moldam-se pela forma do instituto do "impeachment".*

(...)

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

(**Grifei**.)

Não obstante essa minha **pessoal** convicção sobre o tema, **devo ressaltar que diverso** é o entendimento **consagrado** na jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal (**Pet 85/DF**, Rel. Min. MOREIRA ALVES – **Pet 1.104-AgR-ED/DF**, Rel. Min. SYDNEY SANCHES – **Pet 1.954/DF**, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA, **v.g.**), **que tem reconhecido** que os *crimes de responsabilidade* **refogem** à competência dos Estados-membros, **incluindo-se**, ao contrário, **na esfera** das atribuições legislativas **da União Federal**:

***Liminar. Constituição do Estado de Santa Catarina e Regimento Interno** da Assembleia Legislativa do Estado.*

***Impeachment: (a) Competência** para julgar; (**b**) **Regras** de procedimento.*

***A definição de crimes de responsabilidade e a regulamentação do processo e do julgamento são de competência da União** (Constituição Federal, art. 85, parágrafo único, e 22, I). **Vigência** da Lei 1.079/1950 e aplicação de seus dispositivos, recepcionados com modificações decorrentes da Constituição Federal.*

Liminar deferida, em parte, por unanimidade.

(**RTJ 166/147**, Rel. Min. NELSON JOBIM – **Grifei**.)

Crime de responsabilidade: definição: reserva de lei.

***Entenda-se que a definição** de crimes de responsabilidade, **imputáveis** embora **a autoridades estaduais**, **é matéria** de Direito Penal, **da competência** privativa da União – **como tem prevalecido** no Tribunal (...).*

(**RTJ 168/729**, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE – **Grifei**.)

Inscreve-se na competência legislativa da União a definição *dos crimes de responsabilidade* ***e*** *a disciplina do respectivo processo e julgamento.*

Precedentes *do Supremo Tribunal:* ***ADI*** *1.620-MC,* ***ADI*** *2.060-MC* ***e ADI*** *2.235-MC.*

(**RTJ 176/199**, Rel. Min. OCTAVIO GALLOTTI – **Grifei**.)

(...) ***4. São de competência da União*** *a definição jurídica de crime de responsabilidade* ***e*** *a regulamentação dos respectivos processo e julgamento.* ***Precedente****.*

Pedido de liminar deferido.

(**ADI 2.050-MC/RO**, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA – **Grifei**.)

Cumpre registrar, ainda, por necessário, **no que se refere à competência para legislar** sobre *crimes de responsabilidade*, que o Supremo Tribunal Federal **aprovou**, na sessão plenária de 26-11-2003, **o enunciado da Súmula 722/STF**, **que assim dispõe**:

São da competência legislativa da União *a definição dos crimes de responsabilidade* ***e*** *o estabelecimento das respectivas normas de processo e julgamento.*

(**Grifei**.)

A orientação **consolidada** na Súmula 722/STF, **hoje prevalecente** na jurisprudência **desta** Suprema Corte, **conduz** ao reconhecimento **de que não assiste**, ao Estado-membro, **mediante** regramento normativo próprio, **competência** para definir **tanto** os *crimes de responsabilidade* (**ainda** que sob a denominação de *infrações administrativas* **ou** *político-administrativas*) **quanto** o respectivo procedimento ritual:

DIREITO CONSTITUCIONAL E PENAL.

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE DO § 3º DO ART. 136-A DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL DE RONDÔNIA, INTRODUZIDO *PELA EMENDA CONSTITUCIONAL 21, DJ DE 23-8-2001,* ***E QUE DEFINE, COMO CRIME DE RESPONSABILIDADE*** *DO GOVERNADOR DO ESTADO, "****A NÃO EXECUÇÃO*** *DA PROGRAMAÇÃO ORÇAMENTÁRIA, DECORRENTE DE EMENDAS PARLAMENTARES".*

ALEGAÇÃO DE VIOLAÇÃO *AOS ARTS. 22, INCISO I, E 85, PARÁGRAFO ÚNICO, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.*

1. A jurisprudência do STF. é firme no sentido de que compete à União legislar *sobre crime de responsabilidade (art. 22, I,* ***e*** *art. 85, parágrafo único, da CF).*

2. No caso, a norma impugnada ***violou*** *tais dispositivos.*

3. Ação direta de inconstitucionalidade ***julgada procedente****.*

4. Plenário. Decisão unânime.

(**ADI 2.592/RO**, Rel. Min. SYDNEY SANCHES – **Grifei**.)

Inscrevem-se*, na competência legislativa* ***da União****,* ***a definição*** *dos crimes de responsabilidade* ***e a disciplina*** *do respectivo processo* ***e*** *julgamento.*

Precedentes *do Supremo Tribunal:* ***ADI*** *1.620-MC,* ***ADI*** *2.060-MC* ***e ADI*** *2.235-MC.*

(**ADI 2.220-MC/SP**, Rel. Min. OCTAVIO GALLOTTI – **Grifei**.)

***AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI 657/1996 DO ESTADO DE RONDÔNIA**, ARTS. 1º; 2º; 3º; 4º; 5º; 6º, CAPUT E PARÁGRAFO ÚNICO; 7º; 8º; 25; 26; 27; 28, CAPUT E PARÁGRAFO ÚNICO; 29; 30 E 46. **COMPETÊNCIA LEGISLATIVA DA UNIÃO PARA A DEFINIÇÃO DOS CRIMES DE RESPONSABILIDADE**.*

***Aplicação** da Súmula 722.*

Ação julgada procedente.

(**ADI 1.879/RO**, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA – **Grifei**.)

*(...) **CRIME DE RESPONSABILIDADE. DEFINIÇÃO JURÍDICA DO DELITO, REGULAMENTAÇÃO DO PROCESSO E DO JULGAMENTO: COMPETÊNCIA DA UNIÃO**.*

(...)

***4. São de competência da União** a definição jurídica de crime de responsabilidade **e** a regulamentação dos respectivos processo e julgamento. **Precedente**.*

Pedido de liminar deferido.

(**ADI 2.050-MC/RO**, Rel. Min. MAURÍCIO CORRÊA – **Grifei**.)

***Liminar**. **Constituição** do Estado de Santa Catarina **e Regimento Interno** da Assembleia Legislativa do Estado.*

***Impeachment**: (**a**) **Competência para julgar**; (**b**) **Regras de procedimento**.*

***A definição de crimes de responsabilidade e a regulamentação** do processo **e** do julgamento **são de competência da União** (Constituição Federal, art. 85, parágrafo único, e 22, I). Vigência da Lei 1.079/1950 e aplicação de seus dispositivos, recepcionados com modificações decorrentes da Constituição Federal.*

***Liminar deferida**, em parte, por unanimidade.*

(**ADI 1.628-MC/SC**, Rel. Min. NELSON JOBIM – **Grifei**.)

***AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. PARÁGRAFOS 1º E 2º DO ART. 162 DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO DE MINAS GERAIS, COM A REDAÇÃO DADA PELA EMENDA 31, DE 30-12-1997. VIOLAÇÃO** AOS ARTS. 22, I; E 84, II, DA CARTA DA REPÚBLICA.*

(...)

*Já o segundo, **tipificando novo crime de responsabilidade, invade competência legislativa privativa da União**, nos termos do inciso I do art. 22 da referida Carta. Precedentes do Supremo Tribunal Federal.*

***Procedência** da ação.*

(**ADI 1.901/MG**, Rel. Min. ILMAR GALVÃO – **Grifei**.)

Cabe assinalar que têm sido **reiteradas** as decisões **proferidas** por esta Suprema Corte, **cujo magistério jurisprudencial se orienta –** considerados os precedentes mencionados – **no sentido da impossibilidade de outros** entes políticos, **que não a União**, editarem normas **definidoras** de *crimes de responsabilidade*, **ainda que sob a designação formal** de *infrações político-administrativas* **ou** *infrações administrativas*:

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – AUTONOMIA DO ESTADO-MEMBRO – A CONSTITUIÇÃO DO ESTADO-MEMBRO COMO EXPRESSÃO DE UMA ORDEM NORMATIVA AUTÔNOMA – LIMITAÇÕES

***AO PODER CONSTITUINTE DECORRENTE** (...) – PRESCRIÇÃO NORMATIVA **EMANADA** DO LEGISLADOR CONSTITUINTE **ESTADUAL** – **FALTA DE COMPETÊNCIA DO ESTADO-MEMBRO PARA LEGISLAR SOBRE CRIMES DE RESPONSABILIDADE** (...).*

(...)

INFRAÇÕES POLÍTICO-ADMINISTRATIVAS: INCOMPETÊNCIA LEGISLATIVA DO ESTADO-MEMBRO.

*– O Estado-membro **não dispõe** de competência para instituir, **mesmo** em sua própria Constituição, cláusulas **tipificadoras** de ilícitos político-administrativos (...).*

(**RTJ 198/452-454**, **452**, Rel. Min. CELSO DE MELLO.)

*I – **Crime de responsabilidade**: **tipificação**: **competência legislativa da União** mediante lei ordinária: **inconstitucionalidade** de sua definição **em constituição estadual**.*

***1. A jurisprudência** do Supremo Tribunal Federal (**malgrado** a reserva pessoal do relator) **está sedimentada** no sentido **de que é da competência legislativa exclusiva da União a definição** de crimes de responsabilidade de quaisquer agentes políticos, **incluídos** os dos Estados e Municípios.*

(**ADI 132/RO**, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE – **Grifei**.)

***Segundo a orientação** do Supremo Tribunal, **é da competência legislativa da União** a definição dos crimes de responsabilidade **bem como** a disciplina do respectivo processo e julgamento (**cfr. ADI** 1.268-MC, **DJ** de 26-9-1997; **ADI** 2.050-MC, DJ de 1º-10-1999).*

Relevância jurídica também da arguição de inconstitucionalidade de Decreto-legislativo editado para tornar insubsistente norma de lei formal (ADI 1.254-MC, DJ de 17-3-2000).

(**ADI 2.235-MC/AP**, Rel. Min. OCTAVIO GALLOTTI – **Grifei**.)

Essa diretriz jurisprudencial apoia-se no magistério de autores – **como** PONTES DE MIRANDA ("**Comentários à Constituição de 1967**, **com a Emenda 1**, **de 1969**", tomo III/355, 3. ed., 1987, Forense), MARCELO CAETANO ("**Direito Constitucional**", vol. II/547-552, item 179, 2. ed., **revista e atualizada** por Flávio Bauer Novelli, 1987, Forense) **e** OSWALDO TRIGUEIRO ("**Direito Constitucional Estadual**", p. 191, item 101, 1980, Forense) – **que reconhecem**, **unicamente**, na matéria ora em análise, a competência legislativa **da União Federal**, **advertindo** que a regulação do tema, **pelo Estado-membro**, **traduz usurpação** das atribuições que a Constituição da República outorgou, **com exclusividade**, à própria União Federal.

O que me parece incontroverso, no entanto, **a partir da edição** da Súmula 722/STF, **é que resultou superada**, agora, **prestigiosa** corrente doutrinária (PAULO BROSSARD DE SOUZA PINTO, "**O Impeachment**", p. 88/112, 2. ed., 1992, Saraiva; JOSÉ AFONSO DA SILVA, "**Curso de Direito Constitucional Positivo**", p. 629/630, 32. ed., 2009, Malheiros; HELY LOPES MEIRELLES, "**Direito Municipal Brasileiro**", p. 805, 16. ed., item 4.2.1, 2008, Malheiros), **que admite a possibilidade** de os Estados-membros **ou** os

Municípios definirem, **eles próprios**, os modelos tipificadores dos **impropriamente** denominados *crimes de responsabilidade*.

É por essa razão – **considerada** a jurisprudência **hoje prevalecente** nesta Suprema Corte – que a Atricon **sustenta a inconstitucionalidade** da EC estadual 40/2009 **ora impugnada** (fls. 16/18):

> *(...)* ***identificando-se****, como de fato se tem por identificado,* ***que o objeto*** *da Emenda em apreço* ***é a regulamentação*** *do processo* ***e*** *julgamento de infrações "de responsabilidade",* ***forçoso fica concluir que falta****, ao Estado,* ***competência legislativa*** *para criá-las e disciplinar seu julgamento, "****ex vi****" do disposto no art. 22, I, e 85 da Constituição da República.*
>
> ***Por sua vez****, pouco importa que se tenham atribuído às infrações em questão natureza* ***meramente*** *"administrativa",* ***porquanto*** *o que as define como tal,* ***ou*** *"de responsabilidade",* ***não é a vontade do legislador****, e, sim, a sua aderência à natureza do cargo e da sanção.* ***Daí que****, vinculando-se à conduta do Conselheiro* ***no exercício*** *das suas funções,* ***as infrações tipificadas****, em tese,* ***na Emenda em apreço****,* ***deixam entrever*** *que consubstanciam* ***verdadeiras*** *infrações políticas,* ***distanciando-se****, e muito, do caráter* ***tipicamente*** *funcional dos ilícitos administrativos.*
>
> ***Destarte****, na hipótese em exame,* ***falta****, ao Estado, por sua Assembleia Legislativa,* ***competência para legislar*** *acerca da matéria, "****tipificando****" ao seu talante* ***atos infracionais*** *em relação aos quais* ***a sanção correlata é a perda do cargo e estabelecendo*** *as normas procedimentais respectivas.*
>
> ***Além do mais****, fosse possível ("ad argumentandum tantum")* ***conferir*** *às infrações acima referidas* ***caráter estritamente "administrativo"****, conforme enunciado na Emenda sob comento,* ***então o vício*** *que a inquina* ***seria outro****, mas igualmente idôneo para fulminar a sua validade por isso que, como é curial, o Tribunal de Contas* ***não compõe*** *a estrutura orgânico-administrativa da Assembleia Legislativa,* ***ao revés****, justapondo-se a ela,* ***cada qual*** *no exercício das suas atribuições* ***e*** *competências moldadas pelo texto constitucional (****o que impõe*** *a cada um deles a mais estrita observância das prerrogativas e poderes conferidos ao outro).*
>
> ***Assim sendo****,* ***nada há que autorize*** *a iniciativa de emenda constitucional* ***atinente*** *ao julgamento de possíveis infrações "administrativas"* ***cometidas*** *por Conselheiros do Tribunal de Contas pelos membros do Poder Legislativo.* ***Até porque****, caso ("ad argumentandum", repita-se) tais infrações* ***revestissem*** *a propalada natureza "administrativa",* ***só deteria*** *poderes para "julgá-las"* ***quem****, "administrativamente",* ***ocupasse*** *escalão hierárquico superior, DENTRO DE UMA MESMA ÓRBITA FUNCIONAL,* ***o que evidentemente não sucede*** *no concernente a ambos os órgãos em apreço.*
>
> ***Tenha-se presente****, por ser importante* ***e*** *expressar consonância com os princípios* ***e*** *a ordem jurídica que se quer preservar,* ***que a Constituição*** *do Estado do Rio de Janeiro* ***dispõe*** *no parágrafo 4º do seu art. 128 que "Os Conselheiros, nos casos de crimes comuns e nos de responsabilidade, serão processados e julgados, originariamente, pelo Superior Tribunal de Justiça".*
>
> (**Grifei**.)

Daí a observação feita pelo eminente Advogado-Geral da União, **no ponto** em que destaca, a esse respeito, **a orientação jurisprudencial** desta Corte, **consolidada** na Súmula 722/STF (fls. 127/130):

(...) ***a tipificação*** *dos crimes de responsabilidade,* ***bem assim o estabelecimento*** *das respectivas normas de processo e julgamento,* ***são de competência privativa da União****, nos termos da pacífica jurisprudência desse Supremo Tribunal Federal,* ***consubstanciada nos seguintes precedentes****:*

*"****SÃO DA COMPETÊNCIA LEGISLATIVA DA UNIÃO*** *A DEFINIÇÃO DOS CRIMES DE RESPONSABILIDADE E O ESTABELECIMENTO DAS RESPECTIVAS NORMAS DE PROCESSO E JULGAMENTO." (****Súmula 722****);*

"A expressão 'e julgar', que consta do inciso XX do art. 40, e o inciso II do § 1º do art. 73 da Constituição catarinense consubstanciam normas processuais a serem observadas no julgamento da prática de crimes de responsabilidade. Matéria cuja competência legislativa é da União. Precedentes. Lei federal 1.079/1950, que disciplina o processamento dos crimes de responsabilidade. Recebimento, pela Constituição vigente, do disposto no art. 78, que atribui a um Tribunal Especial a competência para julgar o Governador. Precedentes. Inconstitucionalidade formal dos preceitos que dispõem sobre processo e julgamento dos crimes de responsabilidade, matéria de competência legislativa da União."

*(****ADI 1.628****, Rel. Min. EROS GRAU, Pleno, DJ de 24-11-06). (...);*

*"****Segundo a orientação*** *do Supremo Tribunal,* ***é da competência legislativa da União a definição*** *dos crimes de responsabilidade* ***bem como*** *a disciplina do respectivo processo e julgamento (****cfr. ADI 1.628-MC****, DJ de 26-9-1997;* ***ADI 2.050-MC****, DJ de 1º-10-1999)."*

*(****ADI 2.235-MC****, Rel. Min. Ellen Gracie, DJ de 7-5-2004). (...);*

"Entenda-se que a definição de crimes de responsabilidade, imputáveis embora a autoridades estaduais, é matéria de Direito Penal, da competência privativa da União – como tem prevalecido no Tribunal *(...)*."

*(****ADI 834****, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, julgamento em 18-2-1999, DJ de 9-4-1999). (...).*

A propósito*,* ***existe*** *a Lei Federal 1.079, de 1950, com a redação conferida pela Lei 10.028, de 19 de outubro de 2000,* ***que dispõe*** *sobre os denominados crimes de responsabilidade* ***praticados*** *pelos agentes políticos.* ***Esse diploma legal****, conforme orientação dessa Corte Suprema,* ***fora recepcionado*** *pela nova Ordem Constitucional* ***e cuida*** *dos crimes de responsabilidade do Presidente da República (art. 4º); de Ministros de Estados (art. 13); dos Ministros do Supremo Tribunal Federal (art. 39); Presidentes de Tribunais Superiores ou não, que exercem cargo de direção ou equivalentes, no que diz respeito aos aspectos orçamentários (art. 39-A); do Procurador-Geral da República (art. 40); do Advogado-Geral da União (art. 40-A, parágrafo único, I), dos Procuradores-Gerais do Trabalho, Eleitoral e Militar, dos Procuradores-Gerais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal, dos Procuradores-Gerais dos Estados e do Distrito Federal, dos membros do Ministério Público da União e dos Estados, da Advocacia-Geral da União, das Procuradorias dos Estados e do Distrito Federal, quando no exercício de funções de chefia das unidades regionais ou locais das respectivas instituições (art. 40-A, parágrafo único, II) e dos Governadores dos Estados e seus Secretários (art. 74).*

Há*,* ***também****,* ***no âmbito*** *da legislação federal,* ***o Decreto-Lei 201****, de 27 de fevereiro de 1967,* ***alterado*** *pela Lei 10.028, de 2000,* ***que cuida dos crimes de responsabilidade*** *dos Prefeitos e Vereadores* ***e pela Lei 7.106****, de 28 de junho de 1983,* ***a qual trata*** *dos crimes de responsabilidade dos Governadores do Distrito Federal*

e dos Territórios Federais e seus Secretários; tudo a demonstrar a competência da União para legislar sobre a matéria.

***Dessa maneira**, **conclui-se** que o ato normativo hostilizado **ofende** o art. 22, inciso I, da Constituição Federal, **ao dispor** sobre matéria penal, **bem como** o **art. 105**, inciso I, "a", da referida Carta, **porquanto atribui** ao Poder Legislativo estadual **a competência** para julgar os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro.*

***Por conseguinte**, encontra-se presente, também, o "fumus boni iuris" necessário à concessão da liminar.*

(**Grifei**.)

Também o eminente Procurador-Geral da República **põe em destaque** esse aspecto, **ressaltando** que, no tema **disciplinado** na EC 40/2009, **promulgada** pela Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, esta Suprema Corte **tem reconhecido** a competência **exclusiva** da União Federal (fls. 184/185):

***17. Os dispositivos** da Constituição do Estado do Rio de Janeiro **parecem**, num exame preliminar, **ofender a competência da União** para dispor sobre direito penal, **bem como vulnerar a competência assegurada** ao Superior Tribunal de Justiça **para processar e julgar** os membros dos Tribunais de Contas dos Estados **nos crimes de responsabilidade** (art. 105, I, "a", CF).*

(...).

***21. A despeito de utilizar a nomenclatura "infrações administrativas", o que se observa é que os dispositivos elencam condutas que se enquadram**, de forma perfeita, **no conceito** de crimes de responsabilidade, **donde decorre certa a violação** à competência constitucionalmente **atribuída** à União para dispor sobre Direito Penal.*

(...)

***24. Evidente**, portanto, **estar caracterizada a plausibilidade jurídica** do pedido, **tanto** porque a norma da Constituição Estadual **ofende** o art. 22, I, da Constituição Federal, **haja vista** tratar de tema afeto ao Direito Penal (...).*

(**Grifei**.)

O Estado-membro, portanto, **considerada** a jurisprudência **predominante** nesta Suprema Corte, **não dispõe de competência** para estabelecer normas **definidoras** de *crimes de responsabilidade* (**ainda** que sob a designação de *infrações administrativas* **ou** *político-administrativas*), **bem assim** para disciplinar o respectivo procedimento ritual.

Mesmo que se reconhecesse, no entanto, **a competência estadual** para tipificar crimes de responsabilidade, **para efeito** de decretação **da perda de cargo** de Conselheiro de Tribunal de Contas do Estado, **por deliberação** da Assembleia Legislativa local, **ainda assim** a Emenda Constitucional estadual 40/2009 ora em exame **pareceria** incidir **em outra** inconstitucionalidade, **pois** – **como sustenta** a Atricon (fl. 18) – o diploma normativo em questão **provocaria usurpação** da competência originária do Superior Tribunal de Justiça, **a quem se atribui**, constitucionalmente, **o poder** de processar **e** julgar os membros dos Tribunais de Contas estaduais **não só** nos "*crimes comuns*", **mas**, também, nos "*crimes de responsabilidade*", **abrangentes**, segundo entendimento jurisprudencial desta Corte, das infrações político-administrativas (**CF**, art. 105, I, "**a**").

Orienta-se, nesse sentido, **o magistério**, **sempre** valioso, de JOSÉ AFONSO DA SILVA ("**Comentário Contextual à Constituição**", p. 567, itens 2 e 3, 6. ed., 2009, Malheiros):

> ***2. GENERALIDADE SOBRE A COMPETÊNCIA DO STJ. A competência do STJ*** *está distribuída em três áreas: (**a**)* ***competência*** *"**originária**" para processar e julgar as questões relacionadas no inciso I do art. 105 (...).*
>
> ***3. COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA. É de sua "competência originária processar e julgar"*** *(...),* ***nos "crimes comuns" e "de responsabilidade"****, os desembargadores dos Tribunais de Justiça dos Estados e do Distrito Federal,* ***os membros dos Tribunais de Contas dos Estados e do Distrito Federal****, os dos TRFs, dos TREs e dos TRTs, os membros dos Conselhos ou Tribunais de Contas dos Municípios e os do Ministério Público da União que oficiem perante tribunais (...).*
>
> (**Grifei**.)

Correta, portanto, **a advertência** do eminente Advogado-Geral da União, que, **ao manifestar-se** pela "*concessão da medida cautelar postulada*" (fl. 130), **põe em destaque** esse **específico** aspecto da controvérsia (fls. 125/131):

> ***Há que se ressaltar****, ainda,* ***que o art. 105*** *da Constituição Federal, igualmente,* ***deixa evidente que os Conselheiros dos Tribunais de Contas são agentes políticos****,* ***na medida em que insere tais autoridades entre os sujeitos ativos dos crimes de responsabilidade sujeitos ao julgamento originário pelo Superior Tribunal de Justiça****. Prevê o dispositivo em questão:*
>
> ***Dessa forma****,* ***os Conselheiros dos Tribunais de Contas estaduais podem ser processados e julgados por crime de responsabilidade****,* ***ou****,* ***no dizer de alguns doutrinadores****, "****por infrações de natureza político-administrativa****". **Tal enquadramento substitui** a responsabilidade* ***meramente*** *administrativa,* ***que é aplicável*** *aos agentes públicos comuns.*
>
> *(...)*
>
> ***Dessa maneira****, conclui-se que o ato normativo hostilizado* ***ofende*** *o art. 22, inciso I, da Constituição Federal,* ***ao dispor*** *sobre matéria penal,* ***bem como o art. 105****,* ***inciso I****, "****a****", da referida Carta,* ***porquanto atribui****, ao Poder Legislativo estadual,* ***a competência para julgar*** *os Conselheiros do Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro.*
>
> (**Grifei**.)

Cabe assinalar, ainda, que, **mesmo que não incidisse**, na espécie, a competência originária do Superior Tribunal de Justiça, **ainda assim pareceria** haver, em referida emenda à Constituição estadual, **uma outra** eiva de inconstitucionalidade.

É que o Conselheiro do Tribunal de Contas **dispõe**, como garantia de ordem subjetiva **destinada** a proteger-lhe a independência funcional, **da prerrogativa jurídico-constitucional da vitaliciedade** (**CF**, art. 73, § 3º, **c/c** o art. 75).

Todos sabemos que essa garantia estende, **em favor** dos magistrados, representantes do Ministério Público **e membros dos Tribunais de Contas**, significativa proteção **contra** a demissão funcional, **somente** permitindo a decretação **de perda** do cargo **mediante** decisão judicial **transitada** em julgado.

Isso significa que os Conselheiros dos Tribunais de Contas, cujas prerrogativas **são equiparadas** às dos Desembargadores dos Tribunais de Justiça, **possuem** a *garantia de indemissibilidade*, **que só deixa de prevalecer em face** de decisão **emanada** do Poder Judiciário, **não**, porém, de decisão **proferida** pelas Casas legislativas.

Esse entendimento – que tem apoio em autorizado magistério doutrinário (CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, "**Curso de Direito Administrativo**", p. 933/934, item 17, 26. ed., 2009, Malheiros; THEMISTOCLES BRANDÃO CAVALCANTI, "**A Constituição Federal Comentada**", vol. II/191-192, 3. ed., 1956, Konfino, **v**.**g**.) – **foi exposto** pelo eminente Advogado-Geral da União, **em passagem** de sua manifestação (fls. 124/125):

> *(...)* ***Saliente-se****, também,* ***que o § 3º*** *do art. 73 da Constituição da República,* ***de observância obrigatória*** *na estruturação dos Tribunais de Contas estaduais,* ***por força do art. 75*** *da mesma Carta política,* ***lhes confere as mesmas*** *garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens* ***dos Desembargadores*** *do Tribunal de Justiça do Estado.*
>
> ***Isso demonstra que os membros*** *dos Tribunais de Contas dos Estados* ***não são*** *agentes públicos comuns,* ***mas verdadeiros agentes políticos que gozam*** *de independência, nas matérias de sua competência,* ***pois equiparados*** *aos desembargadores,* ***principalmente*** *no que concerne às garantias a estes asseguradas,* ***entre elas*** *a da vitaliciedade* ***que impede*** *a perda de cargo,* ***por parte*** *dos Conselheiros de Contas,* ***a não ser*** *mediante sentença judicial transitada em julgado.*
>
> (**Grifei**.)

JORGE ULISSES JACOBY FERNANDES, **em obra** sobre os Tribunais de Contas ("**Tribunais de Contas do Brasil – Jurisdição e Competência**", p. 717/719, **item** 6.1.1, 2. ed./1ª reimpressão, 2008, Fórum), **ao referir-se** às prerrogativas constitucionais de seus membros, **tanto** no âmbito da União (Ministros) **quanto** no dos Estados (Conselheiros), **também enfatiza** *que a perda do cargo*, por tais autoridades, **somente** será possível em decorrência **de sentença judicial**:

> ***6.1.1. dos Ministros e Conselheiros***
>
> *(...)*
>
> ***No Brasil****,* ***por equiparação****, a Constituição Federal* ***assegurou*** *a estes as* ***mesmas*** *garantias, prerrogativas, impedimentos, vencimentos e vantagens dos ministros do Superior Tribunal de Justiça, sendo aplicadas, para aposentadoria e pensão, as normas do art. 40.* ***As garantias correspondem às gerais da magistratura****, referidas também na Constituição Federal:* ***vitaliciedade****, inamovibilidade e irredutibilidade de subsídio.*
>
> ***A vitaliciedade****, no caso de ministros do Tribunal de Contas da União,* ***é garantida*** *desde a nomeação e posse (...).*
>
> *A* ***mesma*** *se aplica* ***aos conselheiros*** *dos Tribunais de Contas* ***estaduais*** *e municipais,* ***bem como*** *do Distrito Federal,* ***por força do art. 75*** *da Constituição Federal (...).*

> ***Desde a posse**, portanto, os ministros do TCU **e os conselheiros** dos Tribunais de Contas **só podem perder** o cargo **por sentença** transitada em julgado ou na forma da Lei Orgânica da Magistratura Nacional.*
> (**Grifei**.)

Vale referir, por pertinente, **fragmento da decisão** que a eminente Ministra ELLEN GRACIE – **perfilhando** o entendimento de que os membros dos Tribunais de Contas **possuem** as **mesmas** prerrogativas da magistratura, **inclusive** a vitaliciedade (**ADI 375-MC/AM**, Rel. Min. OCTAVIO GALLOTTI – **ADI 1.170/AM**, Rel. Min. GILMAR MENDES, **v.g.**) – **proferiu** no exercício da Presidência desta Suprema Corte, nos autos **da SS 3.024/PE**:

> *(...) **a determinação de afastamento imediato de Conselheiro do Tribunal de Contas**, **antes** do trânsito em julgado da ação mandamental **proposta** com vistas à desconstituição do ato de sua posse, **contraria** o disposto no art. 75 **c/c** os arts. 73, § 3º, e 95, I, **todos** da Constituição da República. **É dizer**, **o Conselheiro** do Tribunal de Contas **nomeado e empossado**, **por gozar da garantia da vitaliciedade** equivalente à dos desembargadores do Tribunal de Justiça estadual, **só poderá** ser afastado do cargo **por sentença judicial** transitada em julgado.*
> (**Grifei**.)

Cabe enfatizar, neste ponto, **uma vez mais**, **na linha da jurisprudência** do Supremo Tribunal Federal – **considerado** o teor da Emenda Constitucional estadual 40/2009 –, **que inexiste** qualquer vínculo de subordinação institucional dos Tribunais de Contas ao respectivo Poder Legislativo, **eis** que esses órgãos que auxiliam o Congresso Nacional, as Assembleias Legislativas, a Câmara Legislativa do Distrito Federal **e** as Câmaras Municipais **possuem**, por expressa outorga constitucional, **autonomia que lhes assegura** o autogoverno, **dispondo**, ainda, os membros que os integram, **de prerrogativas próprias**, **como** os predicamentos **inerentes** à magistratura.

Revela-se **inteiramente** falsa **e completamente** destituída de fundamento constitucional **a ideia**, de todo equivocada, de que os Tribunais de Contas **seriam** meros órgãos auxiliares do Poder Legislativo.

Na realidade, os Tribunais de Contas **ostentam** posição eminente na estrutura constitucional brasileira, **não se achando subordinados**, por **qualquer** vínculo de ordem hierárquica, ao Poder Legislativo, **de que não são** órgãos delegatários **nem** organismos de mero assessoramento técnico, **como o reconhecem autorizadíssimos doutrinadores** (CARLOS AYRES BRITTO, "**O Regime Constitucional dos Tribunais de Contas**", "*in*" Estudos de Direito Constitucional em homenagem a José Afonso da Silva, Malheiros; LUCAS ROCHA FURTADO, "**Curso de Direito Administrativo**", p. 1085/1086, item 18.5.2, 2007, Fórum; JORGE ULISSES JACOBY FERNANDES, "**Tribunais de Contas do Brasil – Jurisdição e Competência**", p. 139/144, item 9, 2. ed./1ª reimpressão, 2008, Fórum; CELSO ANTÔNIO BANDEIRA DE MELLO, "*in*" Revista de Direito Público, vol. 72/133-150, **136-137**; ODETTE MEDAUAR, "**Direito Administrativo Moderno**", p. 411, item 18.5, 2. ed.,

1998, RT; MARÇAL JUSTEN FILHO, "**Curso de Direito Administrativo**", p. 1000/1001, item XV.7.3, 4. ed., 2009, Saraiva; HELY LOPES MEIRELLES, "**Direito Administrativo Brasileiro**", p. 771, item 7.1, 35. ed., **atualizada** por Eurico de Andrade Azevedo, Délcio Balestero Aleixo e José Emmannuel Burle Filho, 2009, Malheiros, **v.g.**).

Daí a corretíssima observação que o eminente Ministro OCTAVIO GALLOTTI fez, **como Relator**, no julgamento final da **ADI 375/DF**:

> ***Creio ser hoje possível afirmar**, sem receio de erro, **que os Tribunais de Contas** são órgãos do Poder Legislativo, **sem**, todavia **se acharem subordinados** às Casas do Congresso, Assembleias Legislativas **ou** Câmaras de Vereadores. **Que não são subordinados**, **nem dependentes**, **comprovam-no** o dispositivo da Constituição Federal **que lhes atribui** competência para realizar, **por iniciativa própria**, inspeções e auditorias nas unidades administrativas **dos três** Poderes (art. 71, IV), **bem como as garantias** da magistratura, **asseguradas** aos seus Membros (art. 73, § 3º), **além de extensão da autonomia** inerente aos Tribunais do Poder Judiciário (art. 73, combinado com o art. 96).*
>
> ***Acresce que a competência** dos Tribunais de Contas **não resulta** de delegação das Câmaras Legislativas, **mas**, originariamente, **da Constituição**.*
> (**Grifei**.)

Essa visão em torno da autonomia institucional dos Tribunais de Contas, **dos predicamentos e garantias** reconhecidos aos membros que os integram **e da inexistência** de qualquer vínculo hierárquico dessas mesmas Cortes de Contas ao respectivo Poder Legislativo **tem sido constante** na jurisprudência constitucional do Supremo Tribunal Federal, **como resulta claro** do voto que o eminente Ministro OCTAVIO GALLOTTI **proferiu** no julgamento, por esta Suprema Corte, **da Rp 1.002/SP**:

> *O Tribunal de Contas da União, **padrão obrigatório** das Cortes **estaduais** correspondentes, **composto** de Ministros **investidos** das mesmas garantias da magistratura **e dotado** da prerrogativa de autogoverno **conferida** aos Tribunais do Poder Judiciário, **tem sua esfera própria** de atuação direta, **estabelecida** na Constituição.*
>
> ***A despeito da ambiguidade da expressão** "auxílio do Tribunal de Contas", **utilizada**, pela Constituição, **ao estabelecer** o modo de exercício do controle externo, pelo Poder Legislativo, **é patente**, no sistema, **a autonomia** do Tribunal, **que não guarda vínculo algum de subordinação** para com o Congresso, **nem deve ser entendido** como mera assessoria deste.*
> (**Grifei**.)

Concluo o meu voto. **E**, ao fazê-lo, **entendo**, consideradas as razões que expus **e tendo em vista**, ainda, **os pronunciamentos** dos eminentes Senhores Advogado-Geral da União (fls. 117/130) **e** Procurador-Geral da República (fls. 180/185) – **ambos favoráveis** à concessão da medida cautelar –, **que se justifica seja referendada** a decisão **ora submetida** a este E. Plenário.

Sendo assim, e em face das razões expostas, **referendo**, integralmente, **por seus próprios fundamentos**, a decisão por mim proferida a fls. 235/260

(**Lei 9.868/1999**, art. 10, "*caput*", **c/c** o art. 21, V, do **RISTF**), **na qual deferi o pedido** de medida liminar formulado pela Associação autora, **para suspender**, cautelarmente, **até** final julgamento desta ação direta, **a eficácia** da Emenda Constitucional 40, de 2-2-2009, **promulgada** pela Augusta Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro, **que acrescentou o § 5º e o § 6º** ao art. 128 da Constituição do Estado do Rio de Janeiro.

É o meu voto.

VOTO
(Antecipação)

O Sr. Ministro Ayres Britto: Senhor Presidente, eu queria tecer breves considerações na linha do voto do eminente Ministro Celso de Mello.

Eu trouxe, aqui, a Plenário, uma medida cautelar em ADI 2.962, a qual não chegou a ser votada porque assentamos o prejuízo, mas ali afirmei que os crimes de responsabilidade têm natureza político-administrativa, não têm caráter penal propriamente dito; e que na Constituição os crimes de responsabilidade se definem por oposição aos crimes comuns, exatamente na linha desenvolvida pelo eminente Ministro.

Quanto aos Tribunais de Contas, já publiquei estudos, sobretudo um deles com o título de "O Regime Constitucional dos Tribunais de Contas". Esse estudo saiu sob forma de monografia, editado pela própria Atricon, e como artigo, na *Revista Trimestral de Direito Público*, sob a coordenação intelectual do Professor Celso Antônio Bandeira de Mello.

Também teço considerações exatamente na linha do voto de Vossa Excelência.

O Congresso Nacional se compõe de duas Casas: a Câmara dos Deputados e o Senado Federal, diz a Constituição no art. 44. Não incluiu o TCU, o qual, a meu sentir – e aí, talvez, tenhamos uma lateral divergência –, não faz parte do Poder Legislativo, não faz parte do Congresso Nacional. Ele tem uma peculiaridade própria também do Ministério Público, que se vincula diretamente à União ou aos Estados-membros, sem passar pelo esquema da tripartição dos Poderes e não pertence a nenhum dos Poderes.

O Sr. Ministro Ayres Britto: O vínculo jurídico é direto com a pessoa jurídica: ou da União ou dos Estados.

E esta expressão ambígua de que o Congresso Nacional exercerá o controle externo com o auxílio dos Tribunais de Contas é uma expressão enganosa. "Com o auxílio" aí significa: não pode haver o controle externo pelo Congresso Nacional senão com a participação do TCU, ou seja, não pode haver jurisdição senão com a participação dos Advogados e do Ministério Público. Não significa que o Ministério Público seja órgão auxiliar do Judiciário, em um sentido subalterno de hierarquia.

Também Vossa Excelência disse bem: não há hierarquia entre o TCU e, por consequência, os seus êmulos estaduais como o Poder Legislativo, até porque o Poder Legislativo é fiscalizado na sua prestação de contas pelos Tribunais de Contas. São eles que inspecionam as unidades administrativas do Poder Legislativo e julgam as contas dos administradores legislativos.

Outra coisa que Vossa Excelência diz muito bem: quando a Constituição quer estabelecer parâmetros de organização e de desfrute de direitos, ela o faz com o Poder Judiciário.

O Tribunal de Contas da União, por exemplo, exerce no que couber as atribuições do art. 92 da Constituição.

O Sr. Ministro Ayres Britto: É, uma judicatura de contas.

Então, o meu pensamento rima, toante e consoantemente, com o pensamento de Vossa Excelência.

Concluindo, Senhor Presidente, eu adianto meu voto pelo referendo da cautelar.

VOTO

O Sr. Ministro Dias Toffoli: Senhor Presidente, acompanho o eminente Relator. Louvo, como sempre, os brilhantes votos de Sua Excelência. Gostaria de fazer uma observação, diante da manifestação do Ministro **Ayres Britto** quando falou sobre o Tribunal de Contas e o Ministério Público; muito rapidamente, apenas para que eu não fique vinculado, aqui, a alguns fundamentos do voto do eminente Ministro Relator.

O Sr. Ministro Celso de Mello (Relator): Trata-se de juízo de mera delibação, de caráter provisório, proferido em sede cautelar.

O Sr. Ministro Dias Toffoli: Exatamente, mas enquanto o Ministério Público, a Defensoria Pública, a Advocacia Pública se encontram no Capítulo IV, do Título IV, da Constituição, e o Título IV fala das organizações dos Poderes, o Capítulo I do Título IV: Poder Legislativo; o Capítulo II: Poder Executivo; o Capítulo III: Poder Judiciário, e no Capítulo IV das Funções Essenciais à Justiça, dentro dessas o Ministério Público, a Advocacia Pública e a Defensoria Pública, verifico, aqui, que há uma diferença entre Ministério Público e Tribunal de Contas. O Tribunal de Contas é citado na Constituição na Seção IX do Capítulo I do Título IV, ou seja, o Tribunal de Contas está dentro da parte da Constituição que se refere ao Poder Legislativo. Daí, não consigo enxergar o Tribunal de Contas sem ter uma vinculação direta com o Poder Legislativo.

Faço esse registro no sentido de que o Tribunal de Contas não tem a mesma situação constitucional do Ministério Público ou da Advocacia Pública ou da Defensoria Pública.

O Sr. Ministro Ayres Britto: Nesse meu estudo digo o seguinte: a identidade do Ministério Público com o Poder Legislativo, e daí a inserção topográfica é

idêntica, é porque no plano das funções eles cumprem a mesma função: controle externo, mas no plano anatômico da estruturação de um e de outro há absoluta autonomia, apenas a Constituição topograficamente, para cuidar melhor da função do controle externo, juntou os dois órgãos, mas são dois órgãos autônomos desempenhando uma mesma função de controle externo.

O Sr. Ministro Dias Toffoli: Exatamente por divergir dessa ideia de uma absoluta autonomia é que faço o registro do local em que se encontra o Tribunal de Contas no nosso Texto Constitucional.

EXTRATO DA ATA

ADI 4.190-REF-MC/RJ — Relator: Ministro Celso de Mello. Requerente: Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil – ATRICON (Advogados: Ruy Remy Rech e Wladimir Sergio Reale). Requerida: Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Interessado: Tribunal de Contas do Estado do Rio de Janeiro (Advogado: Dennys Zimmermann).

Decisão: Apresentado o feito em mesa, o julgamento foi adiado em virtude do adiantado da hora. Ausente, licenciado, o Ministro Joaquim Barbosa. Presidência do Ministro Gilmar Mendes. Plenário, 16-12-2009.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, referendou a liminar concedida. Votou o Presidente, Ministro Gilmar Mendes.

Presidência do Ministro Gilmar Mendes. Presentes à sessão os Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Cezar Peluso, Ayres Britto, Joaquim Barbosa, Eros Grau, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Dias Toffoli. Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.

Brasília, 10 de março de 2010 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

REFERENDO EM MEDIDA CAUTELAR NA AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE 4.307 — DF

Relatora: A Sra. Ministra Cármen Lúcia

Requerente: Procurador-Geral da República — Requerido: Congresso Nacional

Ação direta de inconstitucionalidade. Emenda Constitucional 58/2009. Alteração na composição dos limites máximos das Câmaras Municipais. Art. 29, IV, da Constituição da República. Retroação de efeitos à eleição de 2008 (art. 3º, I). Posse de vereadores. Vedada aplicação da regra à eleição que ocorra até um ano após o início de sua vigência: art. 16 da Constituição da República. Medida cautelar referendada, com efeitos *ex tunc*, para sustar os efeitos do inciso I do art. 3º da EC 58, de 23-9-2009, até o julgamento de mérito da presente ação.

1. Cabimento de ação direta de inconstitucionalidade para questionar norma constante de emenda constitucional. Precedentes.

2. Norma que determina a retroação dos efeitos das regras constitucionais de composição das Câmaras Municipais em pleito ocorrido e encerrado afronta a garantia do pleno exercício da cidadania popular (arts. 1º, parágrafo único, e 14 da Constituição) e o princípio da segurança jurídica.

3. Os eleitos pelos cidadãos foram diplomados pela justiça eleitoral até 18-12-2009 e tomaram posse em 2009. Posse de suplentes para legislatura em curso, em relação a eleição finda e acabada, descumpre o princípio democrático da soberania popular.

4. Impossibilidade de compatibilizar a posse do suplente não eleito pelo sufrágio secreto e universal: ato que caracteriza verdadeira nomeação e não eleição. O voto é instrumento da democracia construída pelo cidadão: impossibilidade de afronta a essa expressão da liberdade de manifestação.

5. A aplicação da regra questionada importaria vereadores com mandatos diferentes o que afrontaria o processo político juridicamente perfeito.

6. Medida cautelar concedida referendada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a Presidência do Ministro Gilmar Mendes, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por

maioria, em referendar a medida cautelar concedida, com eficácia *ex tunc*, nos termos do voto da Relatora, vencido o Ministro Eros Grau.

Votou o Presidente, Ministro Gilmar Mendes. Ausentes, em representação do Tribunal no exterior, a Ministra Ellen Gracie e, justificadamente, o Ministro Joaquim Barbosa.

Brasília, 11 de novembro de 2009 — Cármen Lúcia, Relatora.

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: **1**. Ação direta de inconstitucionalidade, com pedido de medida cautelar, ajuizada em 29-9-2009, pelo Procurador-Geral da República contra o inciso I do art. 3º da EC 58, de 23 de setembro de 2009, que alterou o inciso IV do *caput* do art. 29 e do art. 29-A da Constituição brasileira, disposições relativas à recomposição das Câmaras Municipais[1].

---

[1] "Art. 1º O inciso IV do *caput* do art. 29 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

'Art. 29. (...)

IV – para a composição das Câmaras Municipais, será observado o limite máximo de:

a) 9 (nove) Vereadores, nos Municípios de até 15.000 (quinze mil) habitantes;

b) 11 (onze) Vereadores, nos Municípios de mais de 15.000 (quinze mil) habitantes e de até 30.000 (trinta mil) habitantes;

c) 13 (treze) Vereadores, nos Municípios com mais de 30.000 (trinta mil) habitantes e de até 50.000 (cinquenta mil) habitantes;

d) 15 (quinze) Vereadores, nos Municípios de mais de 50.000 (cinquenta mil) habitantes e de até 80.000 (oitenta mil) habitantes;

e) 17 (dezessete) Vereadores, nos Municípios de mais de 80.000 (oitenta mil) habitantes e de até 120.000 (cento e vinte mil) habitantes;

f) 19 (dezenove) Vereadores, nos Municípios de mais de 120.000 (cento e vinte mil) habitantes e de até 160.000 (cento sessenta mil) habitantes;

g) 21 (vinte e um) Vereadores, nos Municípios de mais de 160.000 (cento e sessenta mil) habitantes e de até 300.000 (trezentos mil) habitantes;

h) 23 (vinte e três) Vereadores, nos Municípios de mais de 300.000 (trezentos mil) habitantes e de até 450.000 (quatrocentos e cinquenta mil) habitantes;

i) 25 (vinte e cinco) Vereadores, nos Municípios de mais de 450.000 (quatrocentos e cinquenta mil) habitantes e de até 600.000 (seiscentos mil) habitantes;

j) 27 (vinte e sete) Vereadores, nos Municípios de mais de 600.000 (seiscentos mil) habitantes e de até 750.000 (setecentos cinquenta mil) habitantes;

k) 29 (vinte e nove) Vereadores, nos Municípios de mais de 750.000 (setecentos e cinquenta mil) habitantes e de até 900.000 (novecentos mil) habitantes;

l) 31 (trinta e um) Vereadores, nos Municípios de mais de 900.000 (novecentos mil) habitantes e de até 1.050.000 (um milhão e cinquenta mil) habitantes;

m) 33 (trinta e três) Vereadores, nos Municípios de mais de 1.050.000 (um milhão e cinquenta mil) habitantes e de até 1.200.000 (um milhão e duzentos mil) habitantes;

n) 35 (trinta e cinco) Vereadores, nos Municípios de mais de 1.200.000 (um milhão e duzentos mil) habitantes e de até 1.350.000 (um milhão e trezentos e cinquenta mil) habitantes;

o) 37 (trinta e sete) Vereadores, nos Municípios de 1.350.000 (um milhão e trezentos e cinquenta mil) habitantes e de até 1.500.000 (um milhão e quinhentos mil) habitantes;

p) 39 (trinta e nove) Vereadores, nos Municípios de mais de 1.500.000 (um milhão e quinhentos mil) habitantes e de até 1.800.000 (um milhão e oitocentos mil) habitantes;

A ação direta de inconstitucionalidade

2. O Autor reporta-se, na inicial da ação, ao julgamento do RE 197.917 (Rel. Min. Maurício Corrêa, *DJ* de 7-5-2004), no qual este Supremo Tribunal assentou, com fundamento no inciso IV do art. 29 da Constituição brasileira, a necessária observância da proporção entre o número de vereadores e a população dos Municípios para a composição de suas respectivas Câmaras, considerados os limites mínimos e máximos fixados pelas alíneas daquele dispositivo constitucional.

3. Com o advento, em 23 de setembro de 2009, da alteração daquelas regras pela EC 58[1], afirma o Autor da presente ação que, pelos novos dispositivos constitucionais, "(...) o número de vereadores indicado no inciso IV do art. 29 representa apenas um limite máximo, desvinculado, em termos proporcionais, da população do Município" (fl. 3), o que evidenciaria as regras relativas ao processo eleitoral, não apenas ocorrendo tal mudança fora do prazo de um antes das eleições, como praticamente um ano após o aperfeiçoamento do pleito.

---

q) 41 (quarenta e um) Vereadores, nos Municípios de mais de 1.800.000 (um milhão e oitocentos mil) habitantes e de até 2.400.000 (dois milhões e quatrocentos mil) habitantes;

r) 43 (quarenta e três) Vereadores, nos Municípios de mais de 2.400.000 (dois milhões e quatrocentos mil) habitantes e de até 3.000.000 (três milhões) de habitantes;

s) 45 (quarenta e cinco) Vereadores, nos Municípios de mais de 3.000.000 (três milhões) de habitantes e de até 4.000.000 (quatro milhões) de habitantes;

t) 47 (quarenta e sete) Vereadores, nos Municípios de mais de 4.000.000 (quatro milhões) de habitantes e de até 5.000.000 (cinco milhões) de habitantes;

u) 49 (quarenta e nove) Vereadores, nos Municípios de mais de 5.000.000 (cinco milhões) de habitantes e de até 6.000.000 (seis milhões) de habitantes;

v) 51 (cinquenta e um) Vereadores, nos Municípios de mais de 6.000.000 (seis milhões) de habitantes e de até 7.000.000 (sete milhões) de habitantes;

w) 53 (cinquenta e três) Vereadores, nos Municípios de mais de 7.000.000 (sete milhões) de habitantes e de até 8.000.000 (oito milhões) de habitantes; e

x) 55 (cinquenta e cinco) Vereadores, nos Municípios de mais de 8.000.000 (oito milhões) de habitantes;(...)'(NR)

Art. 2º O art. 29-A da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

'Art. 29-A. (...)

I – 7% (sete por cento) para Municípios com população de até 100.000 (cem mil) habitantes;

II – 6% (seis por cento) para Municípios com população entre 100.000 (cem mil) e 300.000 (trezentos mil) habitantes;

III – 5% (cinco por cento) para Municípios com população entre 300.001 (trezentos mil e um) e 500.000 (quinhentos mil) habitantes;

IV – 4,5% (quatro inteiros e cinco décimos por cento) para Municípios com população entre 500.001 (quinhentos mil e um) e 3.000.000 (três milhões) de habitantes;

V – 4% (quatro por cento) para Municípios com população entre 3.000.001 (três milhões e um) e 8.000.000 (oito milhões) de habitantes;

VI – 3,5% (três inteiros e cinco décimos por cento) para Municípios com população acima de 8.000.001 (oito milhões e um) habitantes.

(...)' (NR)

Art. 3º Esta emenda constitucional entra em vigor na data de sua promulgação, produzindo efeitos:

I – o disposto no art. 1º, a partir do processo eleitoral de 2008; e

II – o disposto no art. 2º, a partir de 1º de janeiro do ano subsequente ao da promulgação desta Emenda."

Na presente ação, o Procurador-Geral da República põe em questão a validade constitucional do inciso I do art. 3º da EC 58/2009, que determina a retroação dos efeitos das alterações procedidas, fixando a sua aplicação ao processo eleitoral já aperfeiçoado, de 2008. A Autora da presente afirma que a aplicação retroativa da norma constitucional alterada põe "(...) todos os Municípios do País a refazer os cálculos dos quocientes eleitoral e partidário (arts. 106 e 107 do Código Eleitoral), com nova distribuição de cadeiras, a depender dos números obtidos, que podem, inclusive, trazer à concorrência partidos que não obtiveram lugares anteriormente (art. 109 do Código Eleitoral)" (fls. 3 e 4).

Observa aquela autoridade que, especificamente o inciso I do art. 3º da EC 58, objeto da presente ação,

> (...) da maneira que vem posta, provoca grau de instabilidade institucional absolutamente conflitante com os compromissos democráticos assumidos na Constituição da República. Revira procedimento público de decisão, tomada pelo povo em sufrágio, com a inserção intempestiva de novos padrões num modelo rígido de regras fixadas pelo constituinte originário.
>
> 8. O resultado inevitável de intervenção casuística dessa estatura é a crise de legitimidade da decisão tomada, que jamais poderá, num ambiente tal, ser dada como definitiva.
>
> 9. É esse o viés que o art. 16 da Constituição – aqui adotado como parâmetro de controle – pretende afastar do sistema, ao determinar que "[a] lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, **não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência**".
>
> (Destaques no original, fl. 4.)

4. Aduz, ainda, o Procurador-Geral da República "(...) que o art. 16 da Constituição da República, conjugado ao art. 5º, LIV, foi colocado pela jurisprudência da Suprema Corte num regime absolutamente singular de tratamento constitucional, suportado pelo art. 60, § 4º, por preservar, como verdadeira garantia, o pleno exercício da cidadania popular" (fl. 5).

Para fundamentar tal assertiva, o digno Procurador-Geral da República menciona o julgado proferido na ADI 3.685, no qual, examinando a aplicação da EC 52/2006, que inserira nova regra constitucional sobre coligações partidárias eleitorais a ser aplicada ao pleito do mesmo ano de sua promulgação, este Supremo Tribunal assentou que o art. 16 da Constituição da República representa garantia individual do cidadão-eleitor, "(...) oponível até mesmo à atividade do legislador constituinte derivado, nos termos dos arts. 5º, § 2º, e 60, § 4º, IV" (Rel. Min. Ellen Gracie, *DJ* de 10-8-2006).

5. Sustenta o Autor da presente ação, quanto ao chamado "devido processo legal eleitoral" posto nos arts. 5º, LIV, e 16 da Constituição do Brasil, que:

> 14. O Estado democrático tem estreita relação com os modelos procedimentais adotados. Afinal, é pela previsão e pela estabilidade das regras que coordenam os processos de decisões que se garantem a legitimação do resultado e a confiança do cidadão no Estado.

15. Seguindo o tom dos escritos de Niklas Luhmann sobre "Legitimação pelo Procedimento", o Ministro Sepúlveda Pertence, no julgamento da ADI 354, quando ainda se desenhavam os contornos de um hoje bem marcado processo eleitoral, assim como de sua sujeição ao marco do art. 16, então dizia que, "[n]a democracia representativa, por definição, nenhum dos processos estatais é tão importante e tão relevante quanto o processo eleitoral, pela razão óbvia de que é ele a complexa disciplina normativa, nos Estados modernos, da dinâmica procedimental do exercício imediato da soberania popular, para a escolha de quem tomará, em nome do titular dessa soberania, as decisões políticas dela derivadas (...)". E daí conclui que, "(...) a exigência da disciplina normativa das regras do jogo democrático é que, evidentemente, está à base do art. 16 da Constituição de 88 (...)."

16. O pleno exercício dos direitos políticos, aqui pelo ângulo dos legitimados a votar e na compreensão dos partidos políticos, está atrelado à perspectiva de um devido processo legal eleitoral, organizado por regras constitucionais (...)
(Fls. 6 e 7.)

6. Daí por que, segundo o Autor, os novos dispositivos constitucionais referentes à composição das Câmaras Municipais "(...) [r]evolvem o processo eleitoral (especificamente o já aperfeiçoado de 2008), eis que, pela mudança do número de cadeiras nas Câmaras Municipais, interferem nos quocientes eleitoral e partidário" (fl. 8).

Assim, ao determinar o inciso I do art. 3º da EC 58/2009 a retroação dessas regras "[à] revelia dos resultados homologados pela Justiça Eleitoral [quanto ao pleito de 2008], não só o rol dos eleitos e dos suplentes, mas também a participação e o peso dos partidos será absolutamente modificado (...)", resultando, segundo o Autor, em "(...) diplomação de candidatos que, pelas regras vigentes ao tempo da eleição, não foram realmente eleitos, exist[indo] severo risco de degradação do próprio art. 1º, parágrafo único, como do art. 14, da Constituição" (fl. 8).

7. Conclui o Autor afirmando existirem "(...) inúmeras relações jurídicas que são alcançadas pelas novas regras, mas não há justificativa plausível que fundamente o efeito imediato a fatos pretéritos" (fl. 9), donde "(...) a patente ofensa a atos jurídicos perfeitos, regidos todos por normas previamente conhecidas, que agora são substituídas, após terem sido integradas à regência dos fatos jurídicos em curso" (fl. 10).

8. Requer suspensão cautelar da eficácia do inciso I do art. 3º da EC 58/2009, sob pena de graves reflexos sobre o exercício do Poder Legislativo municipal, pois "(...) [e]xiste anúncio, confirmado pelos meios de comunicação, de que as regras da EC 58 têm ganhado imediata execução em isolados Municípios, por aplicação do ato aqui impugnado (...)", sendo que "(...) logo o impulso ganhará localidades mais extensas e populosas, com sério agravamento do estado de inconstitucionalidade" (fls. 10 e 11).

No mérito, pede a procedência do pedido, declarando-se a inconstitucionalidade do inciso I do art. 3º da EC 58, de 23-9-2009, por violação dos arts. 1º, parágrafo único; 5º, XXXVI e LIV; 14; 16; e 60, § 4º, II e IV, da Constituição do Brasil.

9. Distribuídos, os autos vieram-me conclusos em 29-9-2009.

10. Em 1º-10-2009, reiterou o Procurador-Geral da República o requerimento de "imediato exame do pedido de liminar", em face de informações sobre "o agravamento do quadro fático que justificou o pedido (inicialmente formulado) com notícias de novas posses de vereadores, com base precisamente na regra do art. 3º, I, da EC 58, sendo a última no sentido de que a Câmara Municipal de Conselheiro Pena, no Estado de Minas Gerais, empossou dois novos vereadores" (fl. 25).

11. Em 2-10-2009, analisei e deferi a medida cautelar *ad referendum* deste Plenário, em face da comprovação da urgência qualificada e dos riscos objetivamente comprovados de efeitos de desfazimento difícil pela pluralidade de posses de novos vereadores já ocorridos apenas naqueles primeiros sete dias de vigência da nova regra e pelas notícias sucessivas de que outras muitas dezenas se fariam proximamente.

Para tanto, observei a reiteração desta prática pelos dignos pares em situações como a aqui apresentada (cf., por exemplo, ADI 2.849-MC (Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* de 3-4-2003), ADI 4.232-MC (Rel. Min. Menezes Direito, *DJE* de 22-5-2009), ADI 1.899-7-MC (Rel. Min. Carlos Velloso), ADI 4.190-MC (Rel. Min. Celso de Mello)[2] e ADPF 172 (Rel. Min. Marco Aurélio).

12. Em face da excepcionalidade da medida, pedi pauta prioritária, agora definida pela insigne Presidência.

13. Neste pouco mais de um mês desde a decisão sobre a medida cautelar deferida, anoto aos eminentes Pares que os autos vêm se tornando fartos.

13.1 Sobrevieram pedidos de assistência litisconsorcial de Geraldo Sales Ferreira, Idenor Machado, Juarez de Oliveira, Jucemar Almeida Arnal, Laudir Antonio Munaretto e Walter Ribeiro Hora, em 7-10-2009, ao argumento de que "são suplentes de vereadores votados e como tais classificados, nas eleições proporcionais municipais de 2008, perante a 18ª zona eleitoral da Justiça Eleitoral do Estado de Mato Grosso do Sul" (fls. 117 e 118 e 122 a 200).

Indeferi o pedido porque a ação direta de inconstitucionalidade não permite a aplicação da norma do art. 50 e parágrafo único do Código de Processo Civil, invocado pelos Requerentes como suporte para sua pretensão, pois não se há de "viabilizar o exercício de garantia fundamental de defesa ampla (...)" de seus interesses subjetivos, que não estão em questão no controle abstrato de constitucionalidade da norma constante da emenda constitucional em foco.

13.2 Em 14-10-2009 veio aos autos requerimento do Partido Humanista da Solidariedade para ser admitido como *amicus curiae* (fls. 202 e 203), por mim deferido.

13.3 Em 15-10-2009 igual requerimento foi formulado pela Associação Brasileira de Câmaras Municipais (fls. 206 a 234), também por mim deferido.

13.4 Naquela mesma data, 15-10-2009, foi apresentado a este Supremo Tribunal Federal documento assinado pelo Deputado Federal Mário Heringer,

Presidente da Frente Parlamentar dos Vereadores, observando que a EC 58/2009, cujo art. 3º, em seu inciso I, está submetida à análise deste Supremo Tribunal teria atendido "a duas nobres finalidades: reduzir os gastos dos legislativos municipais e valorizar o direito fundamental da cidadania, ampliando o número de vereadores" e, ainda, que "a data das eleições de 2008 serve apenas como 'parâmetro' caso a Câmara Municipal de determinada cidade, garantindo sua autonomia, entenda que deve recompor suas câmaras já" (fl. 237). Nada requereu, pelo que houve apenas a sua juntada.

13.5 A presente ação foi ainda "contestada" pelo Diretório Municipal do DEM – Democratas de Santa Cruz do Sul (fl. 243 do v. 1 a 263 do v. 2), nela se requerendo seja assegurada a "imediata diplomação e posse junto ao Poder Legislativo municipal do mandato que lhe foi outorgado pelo voto popular nas eleições municipais de 2008, ao Sr. Ari Schwerz vereador titular e demais suplentes (...)".

Indeferi a petição e determinei fosse ela devolvida ao subscritor, uma vez que nem há contestação na ação direta de inconstitucionalidade, nem há direitos subjetivos nela possíveis de serem discutidos, menos ainda tem a decisão nela tomada natureza mandamental, senão que declaratória como de comezinho conhecimento.

13.6 Em 23-10-2009, o Partido Comunista do Brasil (PC do B) requereu o seu ingresso na ação na condição de *amicus curiae*, o que deferi.

13.7 Em 26-10-2009, o Partido Trabalhista Cristão (PTC) requereu o seu ingresso na ação na condição de *amicus curiae*, o que deferi.

13.8 Em 27-10-2009, o Partido da Mobilização Nacional (PMN) requereu o seu ingresso na ação na condição de *amicus curiae*, o que deferi, bem como a juntada de parecer por ele anexado.

13.9 Em 28-10-2009, Anderson Clayton Fagundes dos Santos requereu juntada de notas sobre a matéria, o que foi deferido.

13.10 Luiz Henrique Antunes Alochio e Luiz Otávio Rodrigues Coelho apresentaram memoriais na condição de *amici curiae*. Indeferi as prerrogativas processuais nesta fase, mas admiti a juntada dos memoriais por eles trazidos aos autos por linha.

14. Em 3-11-2009, foram apresentadas informações pela Câmara dos Deputados, nas quais se tem o que segue: "busca a presente ação direta, com pedido de medida cautelar, em resumo, que o Egrégio Supremo Tribunal Federal declare a inconstitucionalidade do art. 3º, I, da EC 58, de 23 de setembro de 2009, que faz retroagirem os efeitos da alteração propugnada na emenda ao processo eleitoral de 2008. Nestes termos, e inclusive em face do disposto no art. 103, § 3º, da Constituição Federal, cumpre a esta Presidência apenas informar que a referida matéria foi processada pelo Congresso Nacional dentro dos mais estritos trâmites constitucionais e regimentais inerentes à espécie (ficha em anexo), conforme, inclusive, resta incontroverso na presente ação direta" (fls. 664; 665).

15. Em 6-11-2009, o Senado Federal apresentou informações, nelas se explicitando que "não se olvida de que o Supremo Tribunal Federal haja conferido ao art. 16 da Carta (que veda a aplicação de leis que alterem o processo eleitoral às eleições que ocorrerem até um ano após sua publicação) o *status* de garantia fundamental do cidadão, que combate a modificação casuística das normas processuais eleitorais (...). Contudo, a norma em questão, que determinou a aplicabilidade dos efeitos da EC 58 ao pleito eleitoral de 2008 não tem natureza processual. Norma processual é a que diz com a realização do pleito, com o processo de candidaturas, de eleições, de contagem de votos, etc. Em suma: as normas processuais são normas instrumentais destinadas a conformar o processo eleitoral, desde sua fase inicial até a proclamação de seu resultado. A norma contida no art. 1º da EC 58, de 2009, e que tem seus efeitos aplicáveis ao pleito de 2008 por força do art. 3º, I, da mesma emenda, não diz com o processo eleitoral, mas com o limite de vagas nas Câmaras Municipais. Por seu turno, o inciso I do art. 3º não revolve o processo eleitoral de 2008, como quer o autor, mas apenas recebe daquele pleito uma moldura fática, pronta e acabada, que configura ato jurídico perfeito, e lhe confere uma nova configuração no sistema jurídico. Os efeitos do processo eleitoral são os mesmos: a ordem de classificação ali existente fica mantida. O que faz a norma impugnada, portanto, não suprime (e muito menos tende a abolir) os direitos do cidadão-eleitor; pelo contrário, ela os amplia, porquanto aumente a representatividade do resultado de uma eleição que em nada será alterado" (fls. 669 a 776). Termina por requerer não seja referendada a cautelar por ausência de plausibilidade jurídica das teses postas e por mim acatadas neste juízo preambular.

16. Faltantes apenas as manifestações da Advocacia-Geral da União e da Procuradoria-Geral da República para o final do processamento da ação e a submissão do julgamento de mérito a este Plenário, submeto e requeiro deste Plenário *referendum* à decisão monocrática que proferi e que, como acima acentuei, baseou-se em situação de urgência qualificada, no sentido do deferimento da medida cautelar suspensiva dos efeitos do inciso I do art. 3º da EC 58/2009, sendo de se realçar que atribui efeitos *ex tunc* àquela providência.

É o relatório.

VOTO
(Antecipação)

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): Senhor Presidente, Senhores Ministros, Senhores Advogados, começo por agradecer tanto a participação da Procuradoria-Geral da República, autora de uma das ações, quanto ao Advogado, da Ordem dos Advogados, que apresenta, de uma forma clara, e reitera os argumentos por eles apresentados. Também aos senhores Advogados, sem os quais não se presta devidamente a jurisdição, menos ainda a jurisdição constitucional, pelos argumentos trazidos.

Como os argumentos todos tinham sido apresentados em pareceres e memoriais anexados, vou fazer a leitura do meu voto, porque não houve modificação,

e todos eles foram tratados apenas para dizer que não é um voto que havia sido preparado e desconsidera o que foi dito da tribuna, pois o que foi dito da tribuna já está nos autos e devidamente estudado previamente por mim.

Eu queria fazer apenas duas referências com relação a alegações que foram feitas aqui da tribuna pelos nobres Advogados.

Em primeiro lugar, quando o Supremo Tribunal Federal, eu diria até quando o Poder Judiciário atua – e atua muito mais no sentido de, cumprindo a sua função constitucional, fazer o controle de constitucionalidade –, ele o faz exatamente por respeito ao Congresso Nacional, que faz as leis; ao Poder Executivo, que as cumpre, e, principalmente, ao povo brasileiro, que conquistou o direito de viver num Estado Democrático de Direito.

A nossa função é a de ser guardiões da Constituição e da lei, principalmente nos termos do art. 103, "guardas da Constituição". Nós estamos exatamente, ao afirmar que a Constituição, naquele ponto, não foi interpretada na forma que deveria prevalecer no nosso julgamento, uma vez que a nós foi conferida a árdua tarefa de desempenhar essa função de respeitar as instituições, porque, nos tempos no Brasil em que elas não foram respeitadas, nem se trazia, aqui, como aliás foi lembrado, agora da tribuna, qualquer desvario, como dizia Rui Barbosa: "se tresloucava sobre a Constituição."

É por respeito ao Congresso, e sabendo que houve, sim, um itinerário, um grave itinerário, para se chegar exatamente ao cumprimento daquilo que foi determinado anteriormente em outros processos por este Supremo Tribunal Federal, que estamos fazendo esse julgamento e que cumprimos o nosso juramento de fazer valer a Constituição, em que pese, como sempre, haver eventualmente aqueles que não saem satisfeitos com o resultado da decisão.

Não é por falta, absolutamente, de respeito, pelo contrário, o Supremo só existe, o Poder Judiciário só existe com respeito se os demais Poderes forem respeitados, porque se não se respeitar o art. 1º ou o art. 2º da Constituição, obviamente nem se respeita o outro, muito menos a cada um de nós.

Quanto ao itinerário – e falo basicamente para o Dr. Paulo Guimarães, que da tribuna narrou exatamente dando sequência, secundando o que foi dito pelo distinto advogado do Senado – obviamente que foi de conhecimento, aliás, isso até foi trazido aos autos. Está se discutindo se o resultado da função legislativa tão bem desempenhada poderia, em face de um dispositivo da Constituição ou de mais de um – art. 1º, I; parágrafo único do art. 1º; art. 16, principalmente, sobre o qual o Supremo já se manifestou anteriormente, poderia ser aplicado de imediato.

Por isso mesmo, tanto o Procurador-Geral da República, quanto o digno Conselho Federal da Ordem dos Advogados não questionou os demais dispositivos da EC 58, senão que apenas o inciso I do art. 3º, vale dizer, precisava de se acomodar. O cidadão brasileiro eleitor teria de se submeter ao resultado que foi posto para ele nesse momento? É isso e apenas isso.

Exatamente por respeito às instituições, mas principalmente por respeito ao cidadão brasileiro do qual parte a Constituição e todas as instituições, e para as quais ele se volta, é que estamos fazendo esse julgamento. Portanto, é com respeito a tudo que os senhores, aqui, na tribuna, tal como nos documentos, erigiram como sendo e querendo que seja motivo de preocupação, como sempre é por este Supremo, que estamos realizando este julgamento. Não é por, absolutamente, descaso àquilo que foi feito.

Passo, Senhor Presidente, então, após essas observações, exatamente por respeito aos nobres Advogados, ao que tenho como voto e que já se contém grande parte no que exarei quando da decisão, apenas com alguns acréscimos por causa dos argumentos que me foram trazidos.

VOTO

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora):

A urgência qualificada no caso a impor exame e decisão sobre a medida cautelar requerida

1. Como relatado, decidi, monocraticamente, o requerimento formulado pelo Procurador-Geral da República de medida cautelar para suspender, em caráter precário e sujeito ao referendo deste Egrégio Plenário, os efeitos do inciso I do art. 3º da EC 58/2009, em face da qualificada urgência demonstrada pelo digno Autor em sua petição inicial e no requerimento de reiteração daquele exame e decisão, que não permitiam o aguardo das próximas sessões do Plenário deste Supremo Tribunal para o fluxo regular das fases deste processo.

Tal urgência pode ser fácil e claramente demonstrada pela imediata recomposição das Câmaras Municipais de alguns Municípios, com fundamento no dispositivo questionado (art. 3º, I, da EC 58, de 23-9-2009), conforme noticiam matérias jornalísticas indicadas na petição inicial (fl. 10, nota de rodapé 10).

2. Tal circunstância conduziu os Procuradores Regionais Eleitorais de São Paulo, Goiás, Ceará e Espírito Santo a emitir recomendação a todos os promotores de justiça eleitorais dos respectivos Estados a impugnarem a diplomação e posse de vereadores fundadas na norma questionada, segundo notícia divulgada no sítio do Ministério Público Federal (<http://noticias.pgr.mpf.gov.br>). Nele também consta informação de ajuizamento de ação civil pública em 29-9-2009, contra a diplomação de dois vereadores no Município de Bela Vista, no Estado de Goiás, bem como de deferimento de cautelar em ação cautelar ajuizada pela promotoria eleitoral no Município de Icó/CE, impedindo a posse de cinco novos vereadores com fundamento na EC 58/2009.

3. A controvérsia jurídica instaurada com a promulgação da EC 58/2009, que possibilitou interpretação de suas normas no sentido de estar autorizada posse imediata de candidatos que não teriam obtido votos suficientes para assumir cargo de vereador disputado segundo as regras vigentes nas eleições de 2008, levou o eminente Presidente do Tribunal Superior Eleitoral, Ministro

Carlos Britto, em 28-9-2009, a encaminhar ofício aos Presidentes dos Tribunais Regionais Eleitorais, informando-lhes que "(...) em 2007 o TSE respondeu à Consulta 1.421/2007 e disciplinou a data-limite para promulgação de emenda constitucional alterando o número de vereadores (...)", na qual ficara decidido, "(...) por unanimidade (dos membros do Tribunal Superior Eleitoral), que a regra constitucional (a prevalecer no pleito de 2008) deveria entrar em vigor até o final de junho de 2008, quando terminou o prazo para realização das convenções partidárias que aprovam os nomes dos candidatos ao pleito" (www.tse.jus.br).

4. Considerando que a posse de vereador depende da sua diplomação como eleito pela Justiça Eleitoral, depreende-se daquele ofício e das recomendações dos Procuradores Regionais Eleitorais: **a)** que na data do ajuizamento da presente ação já se teriam empossado alguns vereadores segundo as novas regras (advindas da alteração promovida pela EC 58/2009) e iniciadas providências para a posse imediata de novos vereadores em detrimento do respeito às normas constitucionais e legais referentes às eleições ocorridas há um ano e cujos efeitos já se produziram, inclusive para definição dos eleitos e respectivas posses; **b)** o risco iminente e inegável de que vereadores empossados com base na norma questionada poderiam iniciar a sua atuação, produzindo-se até mesmo leis sem validade, por se terem produzido por colegiado contaminado pela presença de não eleitos, nos termos constitucionalmente fixados, no pleito de 2008; **c)** é incontestável o potencial, objetivo e iminente risco de excessiva judicialização da matéria, proliferando-se ações, ajuizadas em várias partes do País, instaurando insegurança jurídica decorrente de decisões judiciais, que poderão ser diferenciadas e contraditórias, relativamente à possibilidade, ou não, de posse de novos vereadores em face do disposto no inciso I do art. 3º da EC 58/2009.

5. *A extraordinária urgência demandada para o exame da cautelar, na espécie em foco, foi realçada pelo Autor em petição apresentada em 1º-10-2009, na qual reiterou o requerimento de seu imediato exame e decisão*, pelo "(...) agravamento do quadro fático que justificou [esse] pedido (...), com notícias de novas posses de vereadores, com base precisamente na regra do art. 3º, I, da EC 58, sendo a última no sentido de que a Câmara Municipal de Conselheiro Pena, no Estado de Minas Gerais, empossou dois novos vereadores (...) redobrada a urgência da cautelar, é a presente para requerer o imediato exame do pedido de cautelar" (petição avulsa 122.777/2009).

Somados a esses fatos os graves reflexos que a eventual nulidade dos atos de posse realizados com fundamento na EC 58/2009 teria sobre o exercício do Poder Legislativo municipal, como antes observado, *exigem a imediata manifestação deste Supremo Tribunal* em ação de controle concentrado de constitucionalidade, com a dispensa da prévia requisição de informação ao órgão do qual emanou o ato estatal impugnado antes mesmo da apreciação da cautelar.

6. A presente ação foi ajuizada às treze horas de terça-feira (29-9-2009, fl. 2) e a demonstração pelo Autor das condições produzidas pelas novas normas obrigou-me ao exame e à conclusão imediatos sobre o requerimento de suspensão dos efeitos da norma impugnada, que já se faziam então sentir e que se comprovaram,

objetivamente, pela posse de novos vereadores e anúncios de muitas novas posses, tudo feito segundo as novas regras aplicáveis retroativamente às eleições de 2008, por força do inciso I do art. 3º da EC 58/2009.

Também a reiteração do requerimento de imediato exame da medida cautelar, datada de 1º-10-2009, levou-me a adotar a providência judicial excepcional de examiná-lo e decidir sobre ele de imediato, monocraticamente e *ad referendum deste Egrégio Plenário*, na forma de precedentes deste Supremo Tribunal, em situações como a presente, nas quais a urgência da providência requerida cautelarmente e a objetiva configuração de instabilidade jurídica e política, que a mantença dos efeitos das normas questionadas poderia acarretar, possível mesmo que ela não produza sua plena utilidade e o seguro afastamento dos riscos demonstrados e iminentes se não sobrevier a suspensão imediata de seus efeitos, tudo a impor à Ministra Relatora tomada de decisão imediata – reitere-se – *ad referendum* do Plenário.

É que, tal como afirmado, em caso análogo, pelo saudoso Ministro Menezes Direito, tendo em vista "a proximidade do prazo previsto no art. 7º da lei estadual impugnada (...) *e a impossibilidade de submeter o feito a tempo para apreciação do Plenário, aprecio, excepcionalmente, a medida cautelar pleiteada*" (ADI 4.232 – Rel. Min. Menezes Direito).

Faço questão de salientar que a pouca ortodoxia da apreciação monocrática, pelo Relator, da cautelar requerida em ação direta de inconstitucionalidade deve-se, exclusivamente, à excepcionalidade da situação e aos riscos decorrentes do aguardo da providência pela instância natural deste Supremo Tribunal, qual seja, este Egrégio Plenário, até a sessão em que o processo viesse a ser apregoado para apreciação, ainda que em regime de prioridade e urgência, uma vez que as posses dos novos vereadores estavam ocorrendo em vários Municípios brasileiros.

Saliento, ainda uma vez, que a adoção desse comportamento judicial não é inédita, como se pode verificar, por exemplo, na ADI 2.849-MC (Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* de 3-4-2003), na ADI 4.232-MC (Rel. Min. Menezes Direito, *DJE* de 22-5-2009), na ADI 1.899-7-MC (Rel. Min. Carlos Velloso), na ADI 4.190-MC (Rel. Min. Celso de Mello)[2] e na ADPF 172 (Rel. Min. Marco Aurélio), nas quais concluíram os eminentes Ministros Relatores configurada **situação de excepcional urgência**, tal como entendi estar a ocorrer na presente ação direta de inconstitucionalidade, pelo que a apreciação e decisão do requerimento de medida cautelar suspensiva dos efeitos do ato impugnado não poderiam ser postergados.

Emenda constitucional como objeto de controle de constitucionalidade pelo Supremo Tribunal Federal: jurisprudência pacificada

---

[2] Nesta última, observou o Ministro Celso de Mello, Relator, que, "em face das razões expostas, defiro, *ad referendum* do E. Plenário do *Supremo Tribunal Federal (Lei 9.868/1999, art. 10, caput, c/c o art. 21, V, do RISTF), o pedido de medida liminar para, até final julgamento desta ação direta, suspender, cautelarmente, a eficácia da EC 40, de 2-2-2009, promulgada pela Augusta Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro* (...)".

7. Anoto também ser tema pacificado neste Supremo Tribunal Federal o cabimento – pelo menos em tese – de ação direta de inconstitucionalidade cujo objeto seja norma constante de emenda constitucional.

Emenda constitucional é fruto de poder constituinte derivado, cuja atuação se conforma a limites formais e materiais postos pela Constituição brasileira (*v.g.*, ADI 830, Rel. Min. Moreira Alves, *DJ* de 16-9-1994; ADI 939, Rel. Min. Sydney Sanches, *DJ* de 18-3-1994; ADI 1.805-MC, Rel. Min. Néri da Silveira, *DJ* de 14-11-2003; ADI 2.024-MC, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* de 1º-12-2000; ADI 3.105, Rel. p/ ac. Min. Cezar Peluso, *DJ* de 18-2-2005; ADI 2.395, Rel. Min. Gilmar Mendes, *DJE* de 23-5-2008, entre outros julgados). O questionamento sobre a observância ou não desses limites viabiliza o exercício do controle concentrado de constitucionalidade neste Supremo Tribunal, não sendo desconhecido deste Plenário o deferimento de medida cautelar a suspender os efeitos de norma nela contida (cf., por exemplo, a ADPF 1).

8. Na presente ação direta de inconstitucionalidade, o Autor afirma que a atuação do poder constituinte reformador teria desobedecido limites materiais impostos pelo constituinte originário ao determinar a retroação dos efeitos das regras constitucionais de composição das Câmaras Municipais no pleito ocorrido (e encerrado) em 2008.

Segundo o Procurador-Geral da República, a norma do inciso I do art. 3º da EC 58/2009 teria afrontado a garantia do pleno exercício da cidadania popular (arts. 1º, parágrafo único, e 14 da Constituição), traduzido no devido processo legal eleitoral (expresso nos arts. 5º, LIV, e 16 da Constituição brasileira).

Tanto significa observância obrigatória à disciplina normativa do processo eleitoral de escolha dos representantes do povo, que teria de vigorar um ano antes da data do pleito, para se ter segurança jurídico-política não só do processo, mas também do resultado das eleições, bem como das decisões políticas tomadas pelos eleitos em nome dos cidadãos, titulares únicos da soberania popular (art. 1º, I, e art. 14 da Constituição do Brasil).

9. As razões expostas na petição inicial, fundadas na jurisprudência deste Supremo Tribunal, denotam a densa plausibilidade da tese de inconstitucionalidade da retroação de efeitos das novas regras de composição das Câmaras Municipais determinada pelo inciso I do art. 3º da EC 58, de 23-9-2009, bem ao contrário, *data venia*, do que assevera, em suas informações, o Senado Federal.

Do devido processo eleitoral (arts. 5º, LIV, 14 e 16 da Constituição do Brasil)

10. Dispõe o parágrafo único do art. 1º da Constituição do Brasil que "todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de *representantes eleitos* ou diretamente, nos termos desta Constituição".

Já o inciso I daquele mesmo art. 1º estabelece que a República Federativa do Brasil constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamento a soberania, leia-se, aqui, a soberania popular, que se exerce por meio da eleição dos representantes dos cidadãos.

Preceitua o art. 5º, LIV, da Constituição que "ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal".

Nem de longe se imagine que a liberdade, cuja restrição ou privação somente poderia ter lugar mediante devido processo legal substantivo, a dizer, conforme o que dispuser a lei previamente definida e aplicável à esfera de direitos de cada qual dos cidadãos, se restringiria à liberdade física. Todas as manifestações da liberdade estão fundamentadas nesta garantia constitucional, que é insuperável, imodificável, até mesmo pela atuação do constituinte reformador, por força do § 4º do art. 60 da mesma Constituição brasileira.

O voto é a liberdade falada; é a manifestação maior da liberdade política; é instrumento da democracia construída pelo cidadão, a fazer-se autor de sua história política. Transgredir, cercear ou mutilar esta liberdade de manifestação agride não apenas um dispositivo da Constituição, mas o ordenamento jurídico em sua inteireza.

Em comentários ao art. 16 da Constituição de 1891, Ruy Barbosa invocava discurso de Almeida Garret, que se opondo a práticas políticas ilegítimas, relativas à usurpação dos poderes dos legisladores legítimos, afirmava que "a Constituição do Estado foi violada no seu ponto capital, essencial, na base mesma do sistema representativo, na única, na mais positiva e essencial, naquela que caracteriza a diferença entre o sistema representativo e o absoluto. Não se pode, pois, denominar este fato pela expressão geral de violação da Constituição: é a destruição da Constituição. Não é violada a letra da Carta somente; é violado o princípio único e transcendente de todo o Governo constitucional. Ainda digo mais: são violados os princípios de todo o Governo, da Monarquia Representativa, do Governo Republicano, de todas as formas políticas possíveis. Não há Governo nenhum, não o houve nunca, não é possível havê-lo, em que não estejam fixadas as pessoas ou corpos do Estado, a quem compete o Poder Legislativo. Nenhuma autoridade pode anistiar semelhante crime" (a referência de Ruy Barbosa é ao texto Ruínas de um Governo – Rio, 1931, os. 92 a 96 – cf. *Comentários à Constituição Federal Brasileira*, São Paulo: Saraiva, 1933. v. 2, p. 10). Conclui aquele grande brasileiro que a ilegitimidade do fautor de leis, seja quem for, faz com que se tenha de "termos redobrada obrigação de ser graves no exame deste processo, severos até a dureza, no pronunciar a sentença".

O art. 14 da Constituição do Brasil estabelece que "a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal e pelo voto direto e secreto, com valor igual para todos (...)".

E o art. 16 daquele mesmo documento constitucional estatui que "a lei que alterar o processo eleitoral entrará em vigor na data de sua publicação, *não se aplicando à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência*".

Se nem ao menos se pode ter como válida a aplicação da legislação eleitoral alterada e que entre em vigor em período inferior a um ano antes das eleições, questiona o Autor da presente ação como poderia uma mudança se aplicar a pleito aperfeiçoado um ano antes da data da promulgação da emenda constitucional modificadora sem inegável transgressão ao regramento constitucional da matéria.

Bem ensina, entre outros, José Afonso da Silva que:

> A *ratio legis* está precisamente em evitar a alteração da regra do jogo depois que o processo eleitoral tenha sido desencadeado – o que se dá, em geral, dentro de um ano antes do pleito. (...)
>
> Todo processo consiste num conjunto de atos interligados destinados a organizar um procedimento com o fim de compor conflitos de interesses. Em qualquer relação processual, seja judiciária ou simplesmente eleitoral, existem partes, interessados, disputando uma solução aos respectivos interesses. O processo eleitoral compõe-se dos atos que, postos em ação (procedimento), visam a decidir, mediante eleição, quem será eleito; visam, enfim, a selecionar e designar autoridades governamentais. Os atos desse processo são a apresentação de candidaturas, seu registro, o sistema de votos (cédulas ou urnas eletrônicas), organização das seções eleitorais, organização e realização do escrutínio e o contencioso eleitoral. Em síntese, a lei que dispuser sobre essa matéria estará alterando o processo eleitoral. (...)
>
> A intencionalidade da norma constitucional (...) está em que os atos do processo eleitoral – e, por conseguinte, a dinâmica eleitoral (procedimento) – não se alterem num espaço de tempo em que os interesses eleitorais já se encontrem devidamente estabelecidos, de tal modo que mexer no processo acaba por se configurar um casuísmo. *Por isso é que o dispositivo diz que a lei que o fizer entrará em vigor na data de sua publicação, mas não se aplicará à eleição que ocorra até um ano da data de sua vigência. Isso significa: a alteração no processo eleitoral só se dará se a lei que a estabelecer entrar em vigor mais de um ano antes da data da eleição cujo processo está sendo por ela modificado*. A lei não se aplicará se entrar em vigor dentro do espaço de um ano antes da eleição.
>
> (*Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2008. p. 234.)

Na mesma linha o que observado pelo Procurador-Geral da República, aliás, em perfeita consonância com precedentes deste Supremo Tribunal, considerando que a retroação de regras legais sobre processos eleitorais, fora do período anual mínimo antecedente ao pleito, configurar agressão a direito fundamental do cidadão e, por isso, não pode prevalecer:

> *Ementa*: A inovação trazida pela EC 52/2006 conferiu *status* constitucional à matéria até então integralmente regulamentada por legislação ordinária federal, provocando, assim, a perda da validade de qualquer restrição à plena autonomia das coligações partidárias no plano federal, estadual, distrital e municipal. (...) *a utilização da nova regra às eleições gerais que se realizarão a menos de sete meses colide com o princípio da anterioridade eleitoral, disposto no art. 16 da CF, que busca evitar a utilização abusiva ou casuística do processo legislativo como instrumento de manipulação e de deformação do processo eleitoral* (ADI 354, Rel. Min. Octavio Gallotti, *DJ* de 12-2-1993). Enquanto o art. 150, III, *b*, da CF encerra garantia individual do contribuinte (ADI 939, Rel. Min. Sydney Sanches, *DJ* de 18-3-1994), *o art. 16 representa garantia individual do cidadão-eleitor, detentor originário do poder exercido pelos representantes eleitos e "a quem assiste o direito de receber, do Estado, o necessário grau de segurança e de certeza jurídicas contra alterações abruptas das regras inerentes à disputa eleitoral"* (ADI 3.345, Rel. Min. Celso de Mello). Além de o referido princípio conter, em si mesmo, elementos que o caracterizam como uma garantia fundamental oponível até mesmo à atividade do

legislador constituinte derivado, nos termos dos arts. 5º, § 2º, e 60, § 4º, IV, a burla ao que contido no art. 16 ainda afronta os direitos individuais da segurança jurídica (CF, art. 5º, *caput*) e do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV). A modificação no texto do art. 16 pela EC 4/1993 em nada alterou seu conteúdo principiológico fundamental. Tratou-se de mero aperfeiçoamento técnico levado a efeito para facilitar a regulamentação do processo eleitoral. Pedido que se julga procedente para dar interpretação conforme no sentido de que a inovação trazida no art. 1º da EC 52/2006 somente seja aplicada após decorrido um ano da data de sua vigência.
(ADI 3.685, Rel. Min. Ellen Gracie, julgamento em 22-3-2006, *DJ* de 10-8-2006.)

11. O eleitor brasileiro foi às urnas em 5 de outubro de 2008 e elegeu prefeitos, vice-prefeitos e vereadores, seus representantes para prover os cargos de chefia do Poder Executivo e membros do Poder Legislativo nos Municípios brasileiros.

As eleições garantiram, na forma da legislação vigente e em perfeita consonância com o disposto na Constituição, o exercício da liberdade cidadã naquele pleito e o absoluto respeito ao que nele decidido.

Os eleitos pelos cidadãos foram diplomados pela Justiça Eleitoral até 18-12-2008 (Resolução/TSE 22.579) e tomaram posse em 2009, iniciando-se a atual legislatura.

A eleição é processo político aperfeiçoado segundo as normas jurídicas vigentes em sua preparação e em sua realização. As eleições de 2008 constituem, assim, processo político juridicamente perfeito. Guarda, pois, inteira coerência com a garantia de segurança jurídica que resguarda o ato jurídico perfeito, de modo expresso e imodificável até mesmo pela atuação do constituinte reformador (art. 5º, XXVI, da Constituição). E note-se que nem mesmo emenda constitucional pode sequer tender a abolir tal garantia (inciso IV do § 4º do art. 60 da Constituição do Brasil).

Os eleitos, diplomados e empossados vereadores, no número definido pela legislação eleitoral vigente segundo a previsão do art. 16 da Constituição do Brasil, compõem os órgãos legislativos municipais e estão em pleno exercício de suas atribuições.

Ensina, ainda, José Afonso da Silva que, "de acordo com o art. 29, I, da Constituição Federal, os Vereadores são eleitos juntamente com Prefeito e Vice-Prefeito para um mandato de quatro anos. (...) não sendo interpostos recursos (contra a diplomação) (ou após serem eles julgados, se forem interpostos), *fica terminado o processo eleitoral* (...) (SILVA, José Afonso da. *Manual do vereador.* São Paulo: Malheiros, p. 42).

O advento do inciso I do art. 3º da EC 58/2009, segundo o qual aplicam-se as novas regras previstas em seu art. 1º "*a partir do processo eleitoral de 2008* (...)", mudaria, assim, processo eleitoral findo. Observa o eminente Procurador-Geral da República que afrontado estaria, então, não apenas o princípio do devido processo eleitoral, mas também o da segurança jurídica.

Em efeito, a modificação do número de cargos em disputa para vereadores tem notória repercussão no sistema de representação proporcional (arts. 106, 107 e 109 do Código Eleitoral), atingindo candidatos naquele pleito de 2008, os eleitos, partidos políticos e, principalmente, instabilizando os eleitores, que foram às urnas, acreditaram no Estado que, pela Justiça Eleitoral, proclamou os eleitos, promoveu a sua diplomação e validou a sua posse, ficando o eleitor sem saber ao certo o destino do seu voto e sem ter ciência de quem se elegeu e de quem não se elegeu. Os representados – cidadãos brasileiros e titulares do poder soberano, nos termos do art. 1º, I e parágrafo único, da Constituição – estão perdidos quanto ao que ocorreu, quanto aos votos dados, quanto, enfim, à legitimidade do processo ocorrido e que ele achou que já se tinha acabado. E recebe, agora, a notícia de que poderia não ter-se findado. Nem ele sabe qual a conta lhe caberá ao final pagar, política e até mesmo financeiramente. Enfim, os cidadãos estão perplexos quanto ao que aconteceu antes e ao que está acontecendo agora. Sem ciência dos fatos não há confiança nos atos das instituições. Sem confiança não há democracia. Até mesmo o princípio constitucional da moralidade política estaria posta em xeque.

12. A posse de suplentes de vereadores, nos termos que vêm ocorrendo, segundo o que ficou posto na EC 58/2009, desacataria, assim – na dicção do Procurador-Geral da República –, não apenas as regras antes mencionadas da Constituição, mas o princípio basilar da democracia, constitucionalmente fixado, segundo o qual o poder do povo é exercido por representantes *eleitos*. Por eleitos entendem-se aqueles que foram assim proclamados nos termos das normas constitucionais e legais vigentes no processo eleitoral de 2008, que já se aperfeiçoou e cujo procedimento se exauriu.

Suplente é o não eleito (veja-se, por exemplo, o art. 215 do Código Eleitoral, segundo o qual "os candidatos *eleitos*, assim como os suplentes (...)"). Nestes termos legais, portanto, poder-se-ia ter que suplente é alguém que não foi escolhido pelo povo, o não eleito, porque se de outra maneira se pudesse interpretar os termos postos, aquela norma não teria qualquer significado.

E se não foi eleito, seria difícil se compatibilizar a sua não eleição com a sua posse, não decorrente da manifestação ou da palavra livre dos cidadãos eleitores, mas pela atuação única e de gabinete dos eminentes congressistas.

O que questiona o eminente Procurador-Geral da República é, afinal, como se dar posse a quem eleito não foi e continua não sendo segundo as regras vigentes no momento da eleição. E o questionamento há de ser tido por pertinente, a merecer deste Supremo Tribunal o desempenho de sua competência como guardião da Constituição (art. 102, inciso I, alínea *a*).

O princípio da segurança jurídica e o inciso I do art. 3º da EC 58/2009

13. É de se anotar que a expressão de que se vale o constituinte reformador ao final da norma temporal do inciso I do art. 3º da EC 58/2009, a saber, que as novas regras relativas ao número de vereadores valem "a partir do pro-

cesso eleitoral de 2008", não parecem permitir que se conforme a regra com a Constituição, como salientado pelo eminente Procurador-Geral da República.

De resto, não se há deixar de notar que a utilização da expressão utilizada pelo constituinte reformador é, para dizer o mínimo, curiosa, pois "a partir de" – em português – significa momento definidor de algo para valer para o futuro.

No texto normativo em pauta, tem-se *a partir de* como referência ao passado. O "a partir de" daquele texto significa *desde*, remetendo-se a fatos e períodos passados.

Parece, assim, que não apenas princípios e regras constitucionais parecem ter sido descumpridos, senão também as regras da boa linguagem.

A norma questionada apresenta densa plausibilidade, feita, insista-se, em exame preambular, como é próprio destas análises, de negar frontalmente a regra do art. 16 da Constituição.

Definir-se que uma regra fixada no presente pode impor modificação de um processo passado e acabado e para o qual a Constituição impõe que se respeite definição legislativa vigente pelo menos um ano antes do pleito parece não apenas contrariar um dispositivo constitucional: descortina-se a possibilidade de haver descumprimento de todo o sistema jurídico, cuja lógica se guarda pela integração de todas as normas que o compõem.

O que se tem na espécie é, como anotado pelo Procurador-Geral da República, aplicação a um processo passado, realizado, acabado, aperfeiçoado, segundo as normas vigentes desde pelo menos um ano antes das eleições, regramento que se constitui para situações a ocorrerem daqui para a frente.

Se nem certeza do passado o brasileiro pode ter, de que poderia ele se sentir seguro no Direito? Se nem ao menos a sua liberdade política, exercida pelo voto conferido há um ano, pode ser mudada por uma emenda constitucional, cujo texto não lhe foi dado previamente a conhecer e cujo contexto também não, de que segurança jurídica se estaria a cogitar verdadeiramente nesta nossa Pátria?

Já se disse que o Brasil vive incerteza quanto ao futuro (o que é da vida), mas tem também insegurança quanto ao presente (o que precisa ser depurado para que as pessoas vivam com o conforto da certeza das coisas). O que é, entretanto, pior e incomum parece que é ter como regular ter-se a incerteza quanto ao passado.

A expressão normativa questionada põe em ênfase este dado: não seria dever do Estado, acatando a Constituição, que tem na segurança jurídica e no respeito incontornável e imodificável ao ato jurídico perfeito, garantir a certeza, pelo menos quanto ao passado e acabado, como é o processo eleitoral de 2008? E tanto foi devidamente respeitado, é o que indaga o eminente Procurador-Geral da República de modo bem fundamentado, pelo menos nesta análise inicial do processo.

Bem afirmava, com a mestria que lhe é costumeira, o Ministro Sepúlveda Pertence, que "(...) tanto *da regra geral do art. 16 da Constituição brasileira*, quanto da norma do art. 45, § 1º, *resulta a positivação constitucional do dogma ético-político, que impõe a definição antecedente das regras e do próprio objeto da disputa eleitoral*: por isso, quando admissível, é certo que, de *nenhuma*

modalidade de suprimento da lei complementar reclamada, poderia resultar aquilo que nem da edição dela pudesse advir, ou seja, a alteração do número total da Câmara dos Deputados e de sua distribuição pelas unidades federativas, enquanto circunscrições eleitorais, que não somente não se fizessem anterior ao pleito, mas que fosse posterior à sua realização" (TSE – Recurso 9.349, Ac. 12.066, julgado em 10-9-1991 – *DJ* de 6-3-1999).

14. De se anotar, ainda, que se for (ou se fosse) constitucionalmente possível – e há densa plausibilidade de não o ser – que alguém possa ser empossado vereador, ainda que não eleito segundo as regras vigentes no processo eleitoral, por cargo surgido posteriormente à eleição, poder-se-ia chegar, talvez, a duas outras incongruências da nova regra jurídica com os princípios básicos da Constituição: em primeiro lugar, não eleitos passariam a prover cargos de representantes do povo, em afronta ao que dispõe o parágrafo único do art. 1º da Constituição. Em segundo lugar, o constituinte reformador teria alterado, tacitamente, o modelo de composição e duração dos mandatos, pois a regra do inciso I do art. 29 da Constituição do Brasil estabelece que a "eleição do Prefeito, do Vice-Prefeito e dos *Vereadores, (é) para mandato de quatro anos, mediante pleito direto* (...)".

Se uma emenda constitucional pode, validamente, alterar o quadro de vereadores, permitindo posse de novos membros daquelas Casas, no curso dos mandatos regularmente conquistados nas urnas, estar-se-ia criando mandatos com duração diferenciada em relação aos empossados no início da legislatura. Tanto significaria a possibilidade de se terem vereadores com mandatos de quatro anos e outros com mandatos inferiores. Com isso, as Câmaras Municipais teriam vereadores com mandatos diferentes, iniciados em datas diferentes e, por isso mesmo, com direitos diferentes. E os eleitores sequer teriam se pronunciado sobre estes novos empossados.

A dúvida assim instalada seria bastante para que, até que se concluísse juridicamente sobre a sua validade, não se empossassem novos vereadores com base nas normas questionadas.

É que a eleição, então, teria sido não de representantes do povo, mas de representantes dos representantes do povo, como são os eminentes congressistas, que não detêm atribuições para afastar do cenário jurídico-político os princípios constitucionais imodificáveis, como o do processo político juridicamente perfeito, o do devido processo constitucional eleitoral, o da fonte única e soberana de representação popular pela atuação direta, universal e secreta do cidadão eleitor.

15. Acentuo que não consta, na Constituição da República, referência a suplente de vereador. Tanto se dá relativamente a deputados e a senadores.

Válida aquela figura também para a vereança, pela aplicação do princípio da simetria constitucional, não se há deixar de anotar que este Supremo Tribunal, ao analisar mandado de injunção impetrado por Michel Miguel Elias Temer, hoje digno Presidente da Câmara dos Deputados, e em cujo processo se examinou a figura do suplente do deputado ou senador (art. 56, § 1º, da Constituição brasileira), decidiu que:

MI 233/DF
Relator(a): Min. *Moreira Alves*
Julgamento: 2-8-1990 Órgão Julgador: *Tribunal Pleno*
Requerentes: *Michel Miguel Elias Temer Lulia ou Michel Temer e outros*
Requerido: *Congresso Nacional*
Ementa: – Mandado de injunção. Aumento do número de Deputados Federais. Autoaplicabilidade do § 1º do art. 45 da Constituição. Exegese desse dispositivo e do § 2º do art. 4º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Hipótese de convocação de suplentes de Deputados Federais. Ilegitimidade ativa dos suplentes.

– O § 1º do art. 45 da Constituição Federal, como resulta claramente de seu próprio texto, não é autoaplicável. A interposição de mandado de injunção, que visa a compelir o Congresso Nacional a editar a lei complementar a que se refere esse dispositivo, não se concilia, por incoerência, com a afirmação de sua autoaplicabilidade, a depender apenas de atos executórios da Câmara dos Deputados.

– Por outro lado, quando o texto do § 1º do art. 45 da Constituição manda proceder, no ano anterior às eleições, aos reajustes necessários nos números de deputados fixados na lei complementar de que ela cuida, não permite a conclusão de que essa alteração inicial na composição da Câmara dos Deputados atinja a legislatura em curso, com o preenchimento das vagas criadas, pela convocação de suplentes. Essa *exegese*, que emerge clara do texto do citado dispositivo, que só tem aplicação a eleições subsequentes a edição da lei complementar, e também confirmada pelo disposto no § 2º do art. 4º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, que prevê a irredutibilidade do número atual de representantes das unidades federativas na Câmara Federal, na legislatura imediata.

– Nos termos do § 1º do art. 56 da Constituição Federal, **os suplentes** de Deputados Federais, além das hipóteses de substituição temporária, nos casos de afastamento dos titulares para investidura em função compatível ou licença por mais de 120 dias, **somente são convocados, para substituições definitivas, em vagas ocorrentes, e não para a hipótese de criação de mandatos por aumento da representação.**

– Ocorrência, portanto, de falta de *legitimatio ad causam* dos autores. Mandado de injunção não conhecido.

Verifica-se, assim, que nem ao menos se pode ter como não conhecida a matéria de que cuidam os autos por este Supremo Tribunal, que dela cuidou, específica e expressamente, em 1990, instado como foi àquela ocasião pelo hoje eminente Presidente da Câmara dos Deputados. Já são passados, pois, dezenove anos da publicação do resultado daquele julgamento, mas o caso é análogo e os princípios basilares que se discutem na presente ação não modificaram, apesar das tantas e quantas mudanças processadas no texto da Constituição.

Também por isso se avulta pelo menos a necessidade de ser a matéria objeto de discussão e decisão definitiva pelo Colendo Plenário deste Supremo Tribunal Federal.

Da medida cautelar e seus efeitos

16. A relevância dos fundamentos apresentados na petição inicial da presente ação pelo eminente Procurador-Geral da República e a plausibilidade jurídica dos argumentos nela expostos, acrescidos dos riscos inegáveis à

legitimidade das composições das Câmaras Municipais, pelo ingresso de novos vereadores – cujas posses são algumas realizadas e outras muitas anunciadas e amplamente divulgadas –, impuseram-me o deferimento imediato da medida cautelar requerida, para resguardar eventuais direitos dos eleitores, das Câmaras Municipais, dos partidos políticos, o que não permitiu sequer alguns poucos dias mais de aguardo da decisão plenária direta da matéria por este Supremo Tribunal, em face exatamente das posses que se sucediam com considerável e preocupante volume, de modo que considerei imprescindível suspender, com efeitos *ex tunc*, o disposto no inciso I do art. 3º da EC 58/2009 *ad referendum* deste Plenário.

Como alerta José Afonso da Silva, em seu *Manual,* "(...) a posse do vereador no mandato gera várias consequências. Torna-o impedido ou incompatível com o exercício de certos cargos, empregos ou funções. Impõe-lhes certos deveres e obrigações. Mas, especialmente, confere-lhe direitos, atribuições, competências e prerrogativas" (op. cit., p. 44).

E, como as posses noticiadas, e sobre as quais faz referência expressa o eminente Procurador-Geral da República, inclusive em sua petição reiterando o pedido de apreciação imediata, podem acarretar início de atividades dos empossados, até mesmo com definição de nova infraestrutura física e humana (gabinetes, assessores, etc.) para os membros ingressos nas Câmaras Municipais, por força do disposto na regra questionada, entendi necessária a retroação dos efeitos suspensivos cautelarmente deferidos.

Faço-o com base em precedentes deste Supremo Tribunal, como, por exemplo, a *ADI 1.899*, na qual concluiu o Relator, Ministro Carlos Velloso, monocraticamente, e *ad referendum* do Plenário, pela suspensão da norma questionada, com efeitos retroativos, *verbis*: "Tendo em vista a urgência da providência, **defiro, *ad referendum* da Corte, o pedido de medida cautelar, para suspender os efeitos do ato impugnado, atribuindo a esta decisão – forte no precedente da ADI 1.898/DF, Rel. Min. Octavio Gallotti – e para preservar-lhe a utilidade, eficácia retroativa**, em relação aos pagamentos ou depósitos efetuados em favor dos destinatários da decisão em causa" (*DJ* de 21-10-1998).

No mesmo sentido, a ADI 1.898, Rel. Min. Octavio Gallotti (*DJ* de 30-4-2004).

17. Pelo exposto, em face da urgência qualificada e dos riscos objetivamente comprovados de efeitos de desfazimento dificultoso, proponho aos eminentes Pares seja referendada a **medida cautelar** que deferi nos termos e pelos fundamentos apresentados e aqui reiterados, com efeitos *ex tunc* (art. 11, § 1º, da Lei 9.868/1999), **sustando-se os efeitos do inciso I do art. 3º da EC 58, de 23-9-2009** até o julgamento final da presente ação.

Tudo para garantir o respeito à Constituição brasileira e, em especial, para se assegurar o respeito ao cidadão eleitor, à sua decisão e ao seu direito de saber das regras do jogo democrático antes do seu início e da certeza do seu resultado. Sem isso não há garantia da Constituição. E sem respeito à Constituição, não há Democracia.

VOTO

O Sr. Ministro Dias Toffoli: Senhor Presidente, cumprimento a ilustre Ministra Relatora, **Cármen Lúcia**, pelo brilhante voto proferido, pela presteza na prestação jurisdicional ao analisar o pedido cautelar que, no meu entender, realmente se impunha na espécie. Também cumprimento as exposições feitas, tanto pela Vice-Procuradora-Geral da República quanto pelos Senhores Advogados. Agradeço as manifestações dirigidas a minha pessoa e também subscrevo as palavras iniciais da ilustre Relatora em relação às observações que fez sobre uma das sustentações orais. Subscrevo as observações de Sua Excelência.

No caso concreto, na ação direta que estamos aqui a julgar, devo dizer, Senhor Presidente, que o Juiz vota com a razão, não com o coração. O meu coração pode estar com os suplentes de vereadores, mas a minha razão está com a Constituição. E a Constituição – temos lá, como colocado no voto da eminente Relatora –, no art. 60, § 4º, especialmente o inciso II, diz:

> Art. 60 (...)
> § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
> II – o voto direto, secreto, universal e periódico.

No art. 14, *caput*, da Constituição, temos a soberania popular. E a soberania popular será exercida pelo sufrágio universal, pelo voto.

E no art. 1º, também como colocado pela eminente Relatora e destacado, quando diz dos princípios da República Federativa do Brasil, o primeiro fundamento é exatamente "a soberania".

No momento em que o eleitor se dirigiu às urnas para votar nos vereadores, havia um número específico, um número de cadeiras que ele ia preencher. É evidente que o eleitor, ao votar, faz conta, calcula, verifica: vou deixar de votar nesse vereador que seria o meu candidato do coração porque as cadeiras são limitadas; então eu vou votar naquele outro vereador, naquele outro candidato, melhor dizendo.

A liberdade de voto exercida em outubro de 2008 foi pautada por esse critério, pelo eleitor ao exercer a sua soberania do voto, ao exercer a sua liberdade. Aqui agrego a questão da liberdade do voto. Talvez se soubesse o eleitor, em 2008, que o número de cadeiras fosse outro, ele poderia ter votado em outro candidato.

Quem não se lembra da sublegenda, eleições de 1978 para prefeitos e senadores e de 1982? Naquelas eleições, por exemplo, um partido poderia lançar três candidatos a prefeito e um outro partido lançar um único candidato. Se aquele único candidato fosse o mais votado, mas perdesse na somatória para a soma das sublegendas do outro partido, acabava assumindo um prefeito eleito com menos voto. O eleitor, quando ia à urna, naquele momento – e aqui eu não estou a fazer um juízo de valor sobre o sistema, estou a exemplificar – ele sabia que podia votar naquele candidato que, talvez, na sublegenda, fosse o terceiro colocado, mas que ele estaria agregando votos a um dado partido.

Eram as regras do jogo. Nós, eleitores, ao exercermos a liberdade de voto, e todos nós o fizemos em outubro de 2008, tínhamos em conta, em nossa cidade, no local que votamos, o número de cadeiras, e tendo em conta esse número de cadeiras, fizemos a nossa opção política neste ou naquele candidato a vereador, neste ou naquele partido. Posteriormente a isso, ao se elastecer o número de cadeiras, entendo que estamos afrontando a liberdade de voto exercida preteritamente.

Nesse sentido, Senhor Presidente, entendo também que com todo o respeito que se deve ao Congresso Nacional, mas exatamente por guarda da Constituição que nos cabe, nos impõe, da mesma forma como procedeu a eminente Relatora, tanto ao deliberar liminar e solitariamente, quanto agora ao propor o referendo de sua liminar, aplicarmos a suspensão do dispositivo em razão do *fumus boni iuris* que vejo presente, assim como o *periculum in mora* para o caso – *periculum in mora* esse apontado até da tribuna, embora colocado de uma maneira mais singela –, mas o *periculum in mora* presente até pela situação que se encontrava e que foi trazida aqui como fato real de discussões que estavam havendo: Juízes deferindo posse e diplomação, Juízes indeferindo; Câmaras Municipais dando posse, Câmaras Municipais não dando posse. O *periculum in mora* está presente e entendo que o fundamento do bom direito está presente nos dispositivos constitucionais por mim já citados. Ademais, foram todos eles trazidos e colocados de maneira mais brilhante e mais profunda no voto da eminente Relatora.

Acompanho Sua Excelência, Senhor Presidente.

VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Presidente, inicio cumprimentando a eminente Ministra Cármen Lúcia pelo brilhante voto que proferiu. Peço vênia para, inicialmente, também, ferir uma questão levantada da tribuna, à guisa de preliminar, que diz respeito à amplitude do exame feito pelo Supremo Tribunal Federal no tocante às emendas constitucionais.

Essa matéria é recorrente neste Plenário, mas num passado relativamente recente, a meu ver, essa questão foi definitivamente resolvida, na ADI 3.685, em que se questionava a EC 52, ocasião em que o Plenário decidiu que o fim abrupto da verticalização feria um princípio basilar da Constituição.

Então o Plenário desta Corte, num certo sentido, sufragou a tese do famoso jurista alemão Otto Bachoff, segundo o qual existiriam normas constitucionais inconstitucionais, porque seriam incompatíveis com o arcabouço principiológico da Carta Magna.

No caso sob análise, se aceitarmos que a EC 58, que altera a composição da Câmara dos Vereadores, tem vigência e eficácia imediata, nós estaríamos admitindo que o próprio equilíbrio de forças políticas no âmbito dos municípios, que resultou da aplicação das normas eleitorais vigentes à época do pleito de 2008, poderia ser alterado.

Quer dizer, nós estaríamos então atentando frontalmente, a meu juízo, contra o princípio não só da anualidade, que está insculpido no art. 16 da Carta magna, mas também – como disse muito bem a eminente Relatora – estaríamos vulnerando o devido processo eleitoral.

De outra parte entendo – na esteira das observações dos colegas – que haveria lesão ao princípio basilar da segurança e da certeza que não admite mudanças bruscas no *status quo* político-institucional, sob pena de subversão da ordem jurídica sobre a qual se assenta o Estado de Direito – o *Rechstaat*.

Por fim, esse foi o aspecto levantado não apenas pela eminente Relatora, mas pelo colega Dias Toffoli e também pela Subprocuradora da República, que a própria soberania popular restaria vulnerada, na medida em que algumas pessoas, ou seja, os suplentes lograriam exercer o mandato de vereador sem que tenham sido eleitos no pleito em que participaram como candidatos.

Isso me parece ser um argumento bastante contundente, absolutamente incompatível com a ordem democrática, como frisou a eminente Relatora, razões pelas quais acompanho o voto para referendar a cautelar, nos moldes propostos pela eminente Relatora.

VOTO

O Sr. Ministro Eros Grau: Senhor Presidente, peço vênia para divergir.

Não vejo, no caso, violação ao processo eleitoral e/ou ao princípio da segurança jurídica. Eu não me permitiria interpretar a Constituição, e nem mesmo a emenda constitucional, à luz da lei ordinária.

Lembro-me, aqui e agora, da ADI 3.104, em que se afirmou que não há direito adquirido contra emenda constitucional que não afronte o art. 16. No meu entender aqui não há afronta ao art. 16, cujo âmbito é mais restrito. Mas, com relação à aplicação imediata da regra nova, lembrarei exatamente a ADI 3.685, que o Ministro Lewandowski há pouco mencionou, e a ADI 3.741.

Com relação a outras atividades, foram mencionadas da tribuna, em belas sustentações, sucessivamente a EC 47, a EC 52 e a EC 55.

Peço vênia para divergir e não referendar.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Britto: Senhor Presidente, também saúdo a digna Vice-Procuradora-Geral – já se ausentou, mas agora está o próprio Procurador-Geral da República – pela bela sustentação oral e os advogados que ocuparam a tribuna e fizeram com muito brilho.

A Ministra Relatora me citou quanto ao envio do Ofício Circular 4.383 – eu, como Presidente do Tribunal Superior Eleitoral –, dirigido aos presidentes dos tribunais regionais eleitorais. E, de fato, enviei esse ofício porque eu estava

preocupado, estava a antever o que começa a se desenhar aqui e já se desenha nesta sessão plenária.

Eu lembrava aos presidentes de TREs que, quando do início da tramitação da emenda constitucional da PEC, que veio a se transformar nessa Emenda 58, o Deputado Gonzaga Patriota fez uma consulta formal ao TSE sobre a constitucionalidade da emenda, mais especificamente sobre a eficácia imediata da emenda que alterava o número de cadeira de vereadores. O Tribunal, formalmente, e por voto unânime, respondeu a consulta nos seguintes termos:

O Relator foi o Ministro Delgado, mas a decisão foi unânime. Dela participaram três Ministros daqui, do Supremo Tribunal Federal: Ministros Peluso, Carlos Britto e Marco Aurélio.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Se Vossa Excelência informa...

O Sr. Ministro Carlos Britto: Vossa Excelência estava na presidência.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Estava na presidência?

O Sr. Ministro Carlos Britto: E assinou a resolução como Presidente, a consulta.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Que resolução foi?

O Sr. Ministro Carlos Britto: Foi a Consulta 1.421. E a resposta foi a seguinte:

> *Consulta. Emenda constitucional que regulamenta número de vereadores. Aplicação imediata desde que publicada antes do fim do prazo das correspondentes convenções partidárias.*

Ou seja, desde que publicada até o dia 30 de junho do ano da eleição, sabido que as convenções partidárias se dão entre 10 de junho e 30 do mesmo mês do ano da eleição.

> 1. Consignou-se no voto que: "(…) a alteração do número de vereadores por emenda constitucional tem aplicação imediata, não se sujeitando ao prazo de um ano previsto no art. 16 da Constituição Federal. Esse dispositivo está dirigido à legislação eleitoral em si, ou seja, àquela baixada pela União no âmbito da competência que lhe é assegurada constitucionalmente (…) (RMS 2.062/RS, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJ* de 22-10-1993)." (Fl. 7.)
>
> 2. Ressaltou-se que: "todavia, a data-limite para a aplicação da emenda em comento para as próximas eleições municipais deve preceder o início do processo eleitoral, ou seja, o prazo final de realização das convenções partidárias." (Fls. 7-8.)

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Indicamos que a emenda teria que estar vigente, portanto, na data da convenção.

O Sr. Ministro Carlos Britto: E tem lógica porque, se tal ocorresse...

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Menos mal, porque já estava me imaginando a adentrar o campo da apostasia, ou seja, do repúdio ao entendimento inicialmente adotado.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Muito bem. E tinha lógica, como tem lógica esse tipo de entendimento, porque, se a alteração do número de cadeiras parlamentares por emenda se dá a tempo de sua submissão à deliberação das convenções partidárias, o devido processo legal está sendo observado: os convencionais já sabem o número de cadeiras a prover; eles se manifestam formalmente indicando os candidatos, possibilitando aos partidos o registro das respectivas candidaturas, para, na eleição imediata – isso é em junho, e a eleição é em outubro –, o eleitorado já votar nos candidatos cujos registros foram deferidos e cujos nomes foram aprovados em convenção, em uma relação aberta de pleno conhecimento das coisas. Os eleitores – disse o Ministro Toffoli – já sabem, por antecipação, o número de cadeiras a prover, a preencher.

Com isso, também se respeita o princípio da soberania popular, que está inscrito às expressas no inciso I do art. 1º da Constituição, ali altaneiramente posto como fundamento da República e explicitado – o princípio da soberania popular – no § 1º do art. 1º, mediante a altissonante regra de que:

> Art. 1º (...)
> Parágrafo único. Todo o poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes eleitos ou diretamente, nos termos desta Constituição.

Ora, só há uma forma de investidura legítima nos cargos de representação popular, nos cargos, sobretudo dos parlamentares: é pelo voto mediante a audiência do eleitorado. Fora disso, não há legitimidade na investidura, tirante aqueles casos de chamamento dos suplentes por efeito de uma classificação que se faz nos termos do Código Eleitoral e de acordo com os diplomas que são expedidos pela Justiça Eleitoral também.

Pensar diferente é fazer da emenda um substitutivo, um sucedâneo da urna; é conferir à emenda à Constituição a dignidade de voto, de voz do eleitor. E nós sabemos que só quem tem voto é o eleitor, nos termos do art. 14 da Constituição, porque o voto direto, secreto, o voto popular em eleição geral é expressional exatamente da soberania popular. O vínculo entre soberania popular e voto está explicitado no art. 14 da Constituição:

> Art. 14. A soberania popular será exercida pelo (...) voto direto e secreto, (...), e, nos termos da lei, mediante:
> I – plebiscito;
> II – referendo;
> III – iniciativa popular.

Se emenda puder conferir mandato, nós teremos um caso bizarro, esdrúxulo de eleição por ato legislativo; uma eleição *per saltum* que contorna a urna, que passa ao largo do voto, para investir suplentes em cargos de representação popular. Não há como produzir os quadros de representação popular, legitimamente, senão pelo voto direto, secreto, que é cláusula pétrea – não pode ser afastado por nenhum modo; cláusula pétrea: art. 60, § 4º, inciso II: "*o voto direto, secreto, universal e periódico.*"

Então, a resposta do TSE, na verdade, àquela consulta, homenageou, a um só tempo, o devido processo eleitoral e o princípio da soberania popular.

Quando da discussão do recurso extraordinário de Mira Estrela, o Ministro Gilmar Mendes, a propósito do art. 16 da Constituição, cujo objetivo é estabelecer um estado de fixidez, de estabilidade das relações eleitorais, fez um vínculo direto do art. 16 com o sumo princípio da segurança jurídica, e o fez muito bem, porque a segurança jurídica chega a ser um elemento conceitual do próprio estado de direito. E, graças sobretudo à intervenção do Ministro Gilmar Mendes, não se deu a alteração, naquele ano, das cadeiras parlamentares. Não se deu; se respeitou. A mesma coisa. No caso dessa Emenda 58, ela chegou tarde, ela chegou com as convenções partidárias realizadas. Mais do que isso: com a eleição sacramentada, com um número de vereadores já definido: quem foi eleito e quem ficou na suplência.

Eu tive oportunidade de dizer que não se pode confundir suplente de vereador com vereador suplente, porque só há vereador titular. Não há deputado suplente, não há senador suplente; há suplente de senador, há suplente de deputado, há suplente de vereador. E a Ministra Cármen Lúcia citou muito bem.

O art. 215 do Código Eleitoral diz: "Os candidatos eleitos" – uma categoria –, "assim como os suplentes" – outra categoria dos que não foram eleitos; foram diplomados por efeito de uma classificação que vai possibilitar uma ordem de substituição e uma ordem de sucessão, conforme a natureza da vacância, a se dar, claro, posteriormente.

Então, não existe, senão suplente de vereador, jamais vereador suplente. E não é por efeito de uma emenda que se transforma quem não foi eleito num candidato eleito, *per saltum*, portanto, e por desvio da urna, por desvio do voto popular.

De sorte que, Senhor Presidente, com essas palavras, até demasiadamente alongadas, concluo, apenas fazendo uma distinção entre uma nova interpretação que nós demos aqui, no "Caso Mira Estrela", à Constituição, e uma norma jurídica nova. Agora, já é a proposta do art. 16.

A Constituição proíbe que um ano antes da eleição se introduza no sistema jurídico uma norma jurídica nova, mas os tribunais não estão proibidos de fazer, até as vésperas da eleição, uma interpretação jurídica nova de velho dispositivo. Porque um dos eminentes advogados perguntou: "Se, por efeito de interpretação, as coisas podem ser alteradas, por que não por efeito de emenda?" Mas são categorias jurídicas absolutamente distintas.

Introduzir no sistema jurídico uma normatividade nova, inédita, é uma coisa. Agora, reinterpretar o sistema jurídico a partir de cânones de compreensão do sistema jurídico novos é outra coisa – e passível de acontecer a qualquer momento. E não se pode dizer que o sistema jurídico experimentou inovação; experimentou, sim, uma nova concreção, uma nova densificação.

Então, com essas palavras, acompanho a eminente Relatora e peço vênia ao Ministro Eros Grau, que pensa diferentemente.

VOTO

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Senhor Presidente, vou pedir vênia ao Ministro Eros Grau e agradecer ao Ministro Carlos Britto por ter feito referência a uma consulta da qual eu participei. Eu já não me lembrava que tinha razão desde aquele tempo.

Senhor Presidente, tenho longo voto declarado na ADI 3.685, em que examinei o art. 16, dentro do caso das coligações partidárias, à luz da cláusula do devido processo legal. Mas neste caso aqui, Senhor Presidente, gostaria de examinar sob outro ângulo.

Na verdade, o que se tem aqui – e em resumo – é uma norma casuística, porque tende a alterar o resultado de um processo eleitoral já exaurido.

Quando a Constituição, a lei e os autores se referem a processo eleitoral, evidentissimamente eles não estão aludindo ao significado mesquinho e tacanho daquela etapa de regulamentação, de como se vota etc.

O processo eleitoral é aquele que se inicia na convenção, com a escolha dos candidatos. E termina com a posse dos eleitos. Tudo isso compõe o processo eleitoral.

Ora, se uma emenda pudesse alterar esse processo eleitoral já exaurido, nós poderíamos bem aventar a hipótese de que – salvas as ofensas a outros direitos constitucionais – emenda poderia negar mandato a quem tenha sido eleito sob regime jurídico pré-definido pela legislação anterior. O princípio é o mesmo, isto é, o que se altera, na verdade, é o resultado de um processo eleitoral esgotado.

Pensava eu aqui e, quando o Ministro Carlos Britto fez referência à função prática dessa emenda, tinha toda a razão, porque, na verdade, não se trata de vereadores que tenham sido eleitos pelo povo, segundo a Constituição determina, mas teriam sido eleitos por uma emenda constitucional. Já nisso teriam sido ofendidos alguns direitos fundamentais, sobretudo dos cidadãos, sem falar nos direitos dos próprios partidos políticos, porque também os partidos políticos definem os seus candidatos em função do quadro desenhado pela legislação vigente. Se um partido político sabe que haveria mais vagas do que aquelas previstas na legislação, provavelmente escolheria outros candidatos para aquela conjuntura.

Um dos ilustres advogados que assumiu a tribuna suscitou também a hipótese de que, neste caso, teríamos vagas sem titulares. Não há vagas, havê-las-á na próxima eleição. Por ora não há vaga alguma, havê-las-á na próxima eleição.

Mas eu queria retomar aqui brevemente, Senhor Presidente, a interpretação do art. 16. É que ele evidentemente confere uma garantia. A favor de quem? Dos partidos políticos, dos membros dos partidos políticos, mas também dos eleitores. Qual é o seu objeto? O objeto dessa garantia é assegurar a estabilidade de todo o processo das eleições, e cuja racionalidade, como este Tribunal

já se cansou de dizer, está em evitar normas casuísticas e abusos normativos que deformariam todo o processo eleitoral. E qual é a origem ou instrumento dessa estabilidade? É a inalterabilidade das regras jurídicas vigentes ao início do processo das eleições.

Tal regra, ou tais regras, abrangem evidentemente a pré-definição das vagas e do correspondente número dos eleitos, e isso por duas razões: primeiro, porque são o objeto último do processo de eleição. O processo de eleição visa a quê? Ao preenchimento do quadro de vagas, de mandatos, mediante eleição apenas dos mandatários correlatos ou correspondentes – nem mais, nem menos. Em segundo lugar, porque essa correspondência – isso aqui me parece fundamental – constitui a garantia de respeito à vontade objetiva dos eleitores. Eu não me refiro aqui apenas à vontade subjetiva, cuja predeterminação tem ingredientes como aqueles já aventados pelo eminente Ministro Dias Toffoli, pois muitos eleitores tomam sua decisão também pelo número de vagas existentes, mas me refiro ao sentido objetivo, à intencionalidade da vontade popular, expressa no voto, que traz implícito o quê? A intenção de eleição daqueles mandatários correspondente ao número de vagas existentes naquele momento. Qualquer alteração posterior a este respeito viola esse direito fundamental do cidadão, essa vontade objetiva, expressa no voto, e, por isso mesmo, cai na censura do art. 60, § 4º, IV.

Essas são as razões por que – sobretudo por estarmos em sede de medida liminar – acompanho integralmente o voto da Ministra Relatora e louvo, pela sua profundidade e alcance, todos os votos anteriores, pedindo vênia ao Ministro Eros Grau.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, tranquilizou-me o Ministro Carlos Ayres Britto considerada a coerência no que, após apontar que teria subscrito – e o fiz como Presidente do Tribunal Superior Eleitoral – a Resolução 22.556, esclareceu certo item da resposta à consulta. E um item importantíssimo no qual o Colegiado, a uma só voz, deixou bem clara, todavia, a data limite para aplicação da emenda em comento para as eleições municipais, devendo preceder o início do processo eleitoral, ou seja, o prazo final de realização das convenções partidárias.

Presidente, a modificação da Carta da República se mostra substancial. Antes havia – em termos de opção dada aos Municípios – três patamares de fixação do número de vereadores nas Casas Legislativas. Esses patamares revelavam não apenas o teto – e quem sabe o céu –, mas também um piso.

Hoje, com a emenda, passamos a ter vinte e quatro gradações, apenas se apontando o limite máximo, passível de ser alcançado, presente o número de habitantes de cada município.

Presidente, começo por fazer justiça aos nossos Congressistas. Não imagino que hajam abandonado as noções primárias relativas ao conflito de normas no tempo.

A razão de ser do inciso I do art. 2º da emenda constitucional que, segundo os veículos de comunicação, poderá acarretar um aumento de sete mil cadeiras...

O Sr. Ministro Carlos Britto: Sete mil e setecentos, em torno disso.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: ...nas Câmaras de Vereadores decorreu do início da tramitação da proposta de emenda constitucional. Se aprovada em tempo não muito longo – para não cogitar de razoável, porque então haveria a crítica –, talvez pudesse ter a observância ainda nas eleições de 2008. Mas a emenda é de 23 de setembro de 2009. Vale dizer que pegou uma legislatura em pleno curso.

Realmente, a emenda não é diploma eleitoral, mas repercute no processo eleitoral. Isso está expresso, em bom vernáculo, no inciso I do art. 1º, no que se consignou que o disposto nesse preceito teria aplicação a partir do processo eleitoral de 2008. O inciso II revela que os efeitos financeiros aludidos no art. 2º teriam vigência em 1º de janeiro do ano subsequente ao da promulgação, imaginando-se aperfeiçoada ainda em tempo de refletir nas eleições de 2008. É claro que os eleitos em 2008 somente entraram em exercício na sessão legislativa de 2009. Não se trata, repito, de um diploma de natureza eleitoral, mas com repercussão, sem dúvida alguma, no processo eleitoral.

Presidente, o que ocorre no processo eleitoral? Como são indicados os candidatos presentes nos partidos? São indicados considerado um certo número, e esse número por partido pode alcançar até cento e cinquenta por cento das cadeiras a serem preenchidas. Então se fez a eleição. A rigor, se caminhássemos para o abandono da relevância do pedido formulado nas ações diretas de inconstitucionalidade, estaríamos a consagrar a assunção de cadeiras por vereadores que não disputaram a eleição com outros candidatos. Automaticamente estariam colocados nessas cadeiras, em posição um tanto quanto cômoda, e seriam tidos, numa ficção jurídica extravagante, como eleitos sem – repito – terem-nas disputado, porque inexistentes em 2008. Eles foram realmente diplomados suplentes, consideradas as cadeiras existentes à época e os titulares dessas mesmas cadeiras, e não cadeiras futuras. Não é como um concurso público em que os aprovados, no prazo de vigência, aguardam o surgimento de vagas.

Presentes esses aspectos, não tenho como entender ausente a relevância dos pedidos formulados. Estou consciente de que não me vinculo às causas de pedir da inicial, mas aos pedidos formulados – já que são duas ações diretas de inconstitucionalidade – pelos Requerentes.

Acompanho a Relatora, referendando a liminar de Sua Excelência, liminar implementada em situação emergencial que não poderia aguardar, até mesmo diante do acúmulo dos processos aguardando pregão no Plenário, o exame direto do Colegiado.

É como voto.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): Vossa Excelência referenda também, e, na outra, concede a liminar? Porque, na do Conselho Federal, nós estamos concedendo, e referendando só a do Procurador.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Tem-se, nesses casos, segundo a nossa jurisprudência, assentado que o pedido de medida acauteladora na segunda ação direta de inconstitucionalidade fica prejudicado com o deferimento na primeira, mas, se o Tribunal quiser calcar mais na forma e considerar deferida na segunda, eu me pronunciarei do modo que entender conveniente.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Chamava-se, ainda hoje chama, de eletividade, como elemento conceitual da República.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Ministro Celso de Mello (inserido ante o cancelamento do aparte por Sua Excelência), há diferença entre vigência da Emenda Constitucional e aplicação. São coisas distintas.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Ministro Celso de Mello (inserido ante o cancelamento do aparte por Sua Excelência), em última análise, nas eleições de 2008 os suplentes de hoje não foram votados para essas cadeiras.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): Elas não existiam.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: E as ocupariam sem a disputa, como disse no voto. Não foram votados para essas cadeiras.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Ministro Celso de Mello (inserido ante o cancelamento do aparte por Sua Excelência), e ter também o Ministro Cezar Peluso ressaltado que em jogo se faz direito do cidadão inerente à cidadania, que é contar com o leque de candidatos para as cadeiras que devam ser realmente preenchidas.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Por outro lado é evidente que essa alteração, *a posteriori*, causa também, notoriamente, uma insegurança jurídica, podendo afetar até, talvez, de alguma forma – não sei como a emenda poderia ser aplicada –, o resultado da própria eleição.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Quem já foi eleito.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): Dos partidos políticos, das próprias Câmaras, dos eleitos, de todo o mundo.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: O pressuposto é exatamente que eles não foram eleitos. Por isso veio a emenda: para nomear sem eleição.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, veja que a Lei 9.504...

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): E aí recria o órgão Câmara Municipal, que já não é mais composta com esses membros.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Ministro Celso de Mello, seria uma eleição normativa.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Ministro Celso de Mello (inserido ante o cancelamento do aparte por Sua Excelência), agora, veja Vossa Excelência: a Lei 9.504/1997, no art. 10, delimita o número de candidatos que podem ser apresentados para registro pelo número das cadeiras a serem preenchidas.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): Em função das cadeiras.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Até 150% das cadeiras. Os eleitores não tiveram diante de si os candidatos que poderiam ter para, então, operarem a escolha.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): Na verdade, Ministros Marco Aurélio e Celso de Mello, aqui não se teria nem eleição para cadeiras criadas posteriormente. Na verdade o que se teria, no âmbito do direito, seria nomeação dos que proverão os cargos agora criados. Isso não é eleição, não houve escolha, o eleitor não escolheu.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: De quem eles seriam suplentes, quanto a essas cadeiras, se elas não foram preenchidas? De quem seriam suplentes?

VOTO

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Senhores Ministros, também peço vênia ao eminente Ministro Eros Grau para acompanhar o voto aqui proferido pela Ministra Cármen Lúcia e, depois, pelos demais Ministros que a seguiram.

Tenho voto escrito, com base no pronunciamento que fiz quando do julgamento da ADI 3.685, na questão da verticalização. Repasso toda essa questão sobre a teoria da norma inconstitucional com base na doutrina alemã e ressalto, também, que o próprio art. 16 – nós o fizemos à época, no julgamento da referida ação direta de inconstitucionalidade, do chamado "Caso da desverticalização" – contém elementos mínimos de segurança jurídica que balizam o processo eleitoral. Embora se tenha afirmado que o referido art. 16 poderia não ter aplicação, aqui, em toda a extensão, porque não se tratava propriamente do processo eleitoral, isto seria possível desde que tivesse havido aprovação da emenda antes da convenção. O fato é que nós temos elementos mínimos daquilo que inicialmente o Ministro Sepúlveda Pertence chamou de "devido processo legal eleitoral", e esse princípio há de ser respeitado. Mas haveria também outros elementos, já aqui mencionados, quanto ao direito do voto.

O próprio Ministro Celso de Mello, agora, traz outra consideração quanto ao princípio republicano que, hoje, não há nenhuma dúvida, integra também este rol como cláusula implícita.

O Sr. Ministro Celso de Mello: Trata-se de limitação implícita ao poder de reforma constitucional.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Sim, é uma limitação implícita, imanente do próprio sistema e que se impõe também aos Estados-membros e Municípios. De modo que eu não tenho nenhuma dúvida em relação a isso.

Da tribuna, o eminente advogado Paulo Machado e outros advogados tocaram em pontos extremamente importantes. Creio que nós tivemos, inclusive graças à atuação dos advogados, hoje, uma sessão marcante, uma sessão histórica. Levantaram-se diversas observações importantes, como, por exemplo, ao se dizer que o texto constitucional veda emendas tendentes a abolir determinados

princípios. E talvez da premissa de que partiram os arguentes, neste caso, resultaria uma tese positiva para eles de que, se a emenda é tendente a abolir, não haveria que se fazer restrição porque, no caso específico, esta faria apenas uma reserva tópica ou um recorte situado e específico, mas aí me parece que há um engano.

Creio que já tivemos a oportunidade – o Brasil é pioneiro nisso – de nos debruçarmos sobre o tema. Como disse já o Ministro Ricardo Lewandowski, essa doutrina remonta a vários trabalhos do Direito alemão, a partir da reflexão dos últimos tempos, a partir dos anos cinquenta, de *Bahoff*. Há muitos doutrinadores e também não são poucas as cortes constitucionais que se debruçam sobre o tema numa perspectiva teórica; mas são poucas as cortes que, de fato, logram efetivar esse tipo de controle. E essa é uma singularidade do nosso modelo.

Mas ficando na expressão "tendente a abolir". Tal expressão não significa que nós podemos conviver com uma alteração tópica que não suprime, que não é supressiva. A doutrina que dimana do texto constitucional é que nós não devemos aceitar qualquer proposta que leve à erosão do sistema.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): Nem a que tente.

O Sr. Ministro Carlos Britto: À dessubstanciação do sistema.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): À dessubstanciação. Portanto, trata-se de uma medida prévia. É disso que se cuida aqui. Quer dizer, se se identificar um processo erosivo que vá debilitar esse princípio, já deve a Corte antecipar.

É isso que dimana da doutrina que nós estamos a desenvolver, e com base na própria expressão que decorre do texto constitucional.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): Que aplicamos, não é Presidente? Eu até não li, eu saltei umas partes do meu voto, porque o que foi posto na tribuna o foi também em alguns memoriais. Só que eu disse que neste caso aboliria, não era só uma tendência, uma vez que já aconteceu a eleição e já aconteceu a manifestação da vontade do eleitor. Portanto não haveria. Mas, de todo jeito, eu até levantei exatamente por causa dessa questão.

O Sr. Ministro Dias Toffoli: O tendente aí é, na versão popular, onde há fumaça, há fogo.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Sim.

O Sr. Ministro Dias Toffoli: Então, se há uma fumaça, pode vir o fogo depois.

O Sr. Ministro Carlos Britto: O tendente é que tem inclinação, vocação, potencialidade para corroer a substância, como Vossa Excelência está dizendo.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Exatamente. É isso.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): É uma peculiaridade brasileira mesmo.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Quer dizer, se se identificar um processo que vai levar de fato, ou que pode levar a abolir, pode ser o início de um processo.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Não precisa nem abolir, basta quebrantar a força.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): É, quebrantar a força, a eficácia do sistema protetivo, isso já significa uma emenda, ou um projeto de emenda, inconstitucional. Tanto é que o Tribunal não admite, em termos dogmáticos, até mesmo em mandado de segurança, o controle preventivo de constitucionalidade dos projetos de emenda constitucional, tendo exatamente esse argumento.

Eu me lembro do Ministro Moreira Alves.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): Presidente, isso foi objeto de questionamento aqui, no caso de uma proposta de plebiscito, parece-me que feito para perguntar ao povo se aceitaria ou não pena de morte. Aquele Senador do Rio, lembra? Eu me esqueci agora do nome.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Plebiscito para realizar a pena de morte. Amaral Neto.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): Amaral Neto. E, quando ele propôs isso lá, sugeriu-se que impetrasse um mandado de segurança – parece que a então deputada Sandra Starling – no Supremo, dizendo que o texto do § 4º do art. 60 é:

> § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
> (...)

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Não, de tramitação.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): Não, o texto constitucional é:

> § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
> (...)

O Sr. Ministro Carlos Britto: Basta que tenha tendência, inclinação.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): A meu ver, é este o texto:

> § 4º Não será objeto de deliberação a proposta de emenda tendente a abolir:
> (...)

Por isso alguns deputados entraram aqui, porque eles disseram: nós, deputados, não podemos sequer deliberar sobre algo que tende a abolir.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): É isso.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): E houve um mandado de segurança aqui da então deputada Sandra Starling, exatamente na linha de Vossa Excelência. Este é um caso que nós já estudamos na doutrina, exatamente por conta disso.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Presidente, eu acho até que nós podíamos descobrir essa inconstitucionalidade a despeito do 16 e a despeito do 60, § 4º.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): Exatamente.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Ele já seria inconstitucional por outros motivos.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Sim.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): Por isso arrolei tantos princípios.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Assim como a Câmara, assim como o Congresso pretendeu nomear os chamados suplentes, podia ter nomeado os varões mais antigos. Aconteceria a mesma coisa: nessas vagas criadas ficam eleitos fulanos de tal.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Sim.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): É, por isso eu disse que não houve eleição, haveria nomeação.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Até porque, se se fosse adotar realmente o critério, o resultado poderia ser outro, o critério do número de vagas previamente definido.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia (Relatora): E na nomeação o critério é sobre aqueles que tinham se candidatado e não tinham sido eleitos.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): E essa preocupação é importante, porque quando esse debate se colocou, por exemplo, em 1969, na Alemanha, quando se fez uma emenda constitucional para permitir a escuta telefônica – era o combate ao terrorismo –, se disse, então, que, para esses casos, não haveria controle judicial, mas um controle parlamentar – houve uma polêmica enorme e essa matéria chegou à Corte constitucional. E a Corte, então, fez uma interpretação conforme, porque não queria fazer a declaração de inconstitucionalidade. Durig, que é um clássico do Direito constitucional alemão, escreveu vários livros dizendo que essa foi uma das decisões mais equivocadas proferidas pela Corte constitucional alemã. Era uma decisão realmente inconstitucional. E depois outros autores passaram a dizer que – por isso é importante – não se pode fazer uma interpretação conforme de um texto que já está inserido no texto constitucional, porque, de alguma forma, ele terá um efeito irradiador negativo. Por isso é fundamental que ela seja extirpada do ordenamento jurídico. Seria mais um argumento. É só para que a gente realmente pense.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Interessante.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Interpretação conforme quando a norma é ambígua e permite conclusão em dois sentidos.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Sim. Ambígua. E, nesse caso, ela acaba tendo um efeito deletério porque ela acaba instilando no texto esse elemento de erosão ou de degradação.

Por isso, fazendo essas brevíssimas considerações, quero também acompanhar e saudar o magnífico voto proferido pela eminente Ministra Cármen Lúcia.

EXTRATO DA ATA

ADI 4.307-MC-REF/DF — Relatora: Ministra Cármen Lúcia. Requerente: Procurador-Geral da República. Requerido: Congresso Nacional.

Decisão: O Tribunal, por maioria, referendou a medida cautelar concedida, com eficácia *ex tunc*, nos termos do voto da Relatora, vencido o Ministro Eros Grau. Votou o Presidente, Ministro Gilmar Mendes. Ausentes, em representação do Tribunal no exterior, a Ministra Ellen Gracie e, justificadamente, o Ministro Joaquim Barbosa. Falaram, pelo Ministério Público Federal, a Dra. Deborah Macedo Duprat de Brito Pereira, Vice-Procuradora-Geral da República; pelo requerente, Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil – OAB (ADI 4.310), o Dr. Oswaldo Pinheiro Ribeiro Júnior; pelo requerido, Congresso Nacional, o Dr. Luiz Fernando Bandeira de Mello, Advogado-Geral do Senado; pelos *amici curiae*, Partido Trabalhista Cristão – PTC, Partido Comunista do Brasil – PC do B, Associação Brasileira de Câmaras Municipais – ABRACAM e Partido Humanista da Solidariedade – PHS, respectivamente, o Dr. Tarcísio Vieira de Carvalho Neto, o Dr. Paulo Machado Guimarães, o Dr. Rogério Avelar e o Dr. Clóvis Corrêa.

Presidência do Ministro Gilmar Mendes. Presentes à sessão os Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Cezar Peluso, Carlos Britto, Eros Grau, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Dias Toffoli. Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos e, Vice-Procuradora-Geral da República, Dra. Deborah Macedo Duprat de Brito Pereira.

Brasília, 11 de novembro de 2009 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

AGRAVO REGIMENTAL NA RECLAMAÇÃO 7.157 — MG

Relator: O Sr. Ministro Dias Toffoli

Agravantes: Michelle Cândida Trindade Rios e outro — Agravados: Estado de Minas Gerais e Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região (Processo 00122-2008-002-03-00-8)

Agravo regimental. Administrativo e processual. Regime jurídico administrativo. ADI 3.395-MC/DF. Ausência de argumentos susceptíveis de modificar a decisão agravada. Agravo regimental não provido.

1. É competente a Justiça comum para processar e julgar ações para dirimir conflitos entre o Poder Público e seus agentes, independentemente da existência de vício na origem desse vínculo, dada a prevalência de sua natureza jurídico-administrativa.

2. Prorrogação do prazo de vigência do contrato temporário não altera a natureza jurídica de cunho administrativo que se estabelece originalmente.

3. Agravo regimental não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a presidência do Ministro Gilmar Mendes, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em negar provimento ao recurso de agravo, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 17 de fevereiro de 2010 — Dias Toffoli, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Dias Toffoli: Trata-se de agravo regimental proposto por *Michelle Cândida Trindade Rios* contra decisão da lavra do Ministro **Menezes Direito**, que julgou procedente a Rcl 7.157 nos seguintes termos:

> Vistos.
>
> Reclamação apresentada pelo Estado de Minas Gerais contra a Primeira Turma do Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região, que deu provimento parcial ao recurso ordinário do ora Reclamante, mantida a competência da Justiça do Trabalho para o julgamento da ação (fls. 150 a 153).
>
> Aponta como não observada a decisão desta Suprema Corte, proferida na ADI 3395/DF, que suspendeu qualquer interpretação ao art. 114 da CF/1988 que inclua na competência da Justiça do Trabalho a apreciação de causas instauradas entre o poder público e seus servidores, tendo por base o vínculo de ordem estatutária ou jurídico administrativo.
>
> Decido.

Argumenta o reclamante:

"(...)

(...) conforme comprova a documentação em anexo, a relação jurídica travada entre a ex-servidora temporária e o Estado de Minas Gerais ostenta um nítido caráter administrativo pois se deu com fundamento na Lei estadual 10.254/90 que instituiu o Regime Jurídico Único estatutário para os servidores estaduais, e o seu art. 10 dispôs que o Estado poderia designar pessoas para o exercício de função pública, no caso de professores e serventuários da justiça, para fazer face à premência do interesse público.

De se ver que o Eg. TRT 3ª Região, ao reconhecer a competência da Justiça do Trabalho para processar e julgar litígio advindo de relação jurídico-administrativa firmada entre a administração pública e ex-servidor temporário, descumpriu cabalmente a decisão proferida pelo STF na ADI 3.395/DF."

(Fl. 8.)

Requer "seja julgada procedente a presente Reclamação Constitucional para reconhecer a competência da Justiça comum para processar e julgar o processo nº 00122-2008-002-03-00-8 e declarar a nulidade de todos os atos praticados pela Justiça do Trabalho no referido processo" (fl. 14).

Decido.

A questão posta nos autos trata da competência para o julgamento de reclamação trabalhista ajuizada contra o Estado de Minas Gerais, em curso na Justiça Laboral.

A decisão desta Corte apontada como ofendida, ADI 3.395/DF, deferiu liminar para que as ações envolvendo o poder público e seus servidores estatutários fossem processadas perante a Justiça comum, excluída outra interpretação ao art. 114, I, da Constituição Federal, com a redação da EC 45/2004.

Na Rcl 5.381/AM, o Plenário desta Suprema Corte fixou o entendimento no sentido de que se a contratação está regulada por uma lei especial, estadual, que, por sua vez, submete a contratação aos termos do Estatuto dos Funcionários Públicos, verifica-se a relação de caráter jurídico-administrativo prevista na ADI 3.395/DF.

Já no julgamento do RE 573.202/AM, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, ocorrido em 21-8-2008, também o Plenário deste Supremo Tribunal Federal, vencido o Ministro Marco Aurélio, concluiu que a relação entre o servidor e o Estado é uma relação de Direito Administrativo, estando subordinada, em qualquer situação, à Justiça comum.

Do exposto, julgo procedente a reclamação, determinando, em consequência, a remessa dos autos da reclamação trabalhista 00122-2008-002-03-00-8, ao Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais.

(Fls. 190 a 192.)

A agravante argumenta que não poderia ser considerada servidora pública, pois manteve relação de trabalho com o *Estado de Minas Gerais*, que se estendeu por quatro anos e dois meses, em franca contrariedade à Constituição Federal, especificamente seu art. 37, inciso IX ("a lei estabelecerá os casos de contratação por tempo determinado para atender a necessidade temporária de excepcional interesse público"). Assim defende a agravante, porquanto a norma constitucional só admite a contratação temporária em casos de necessidade temporária cumulada com interesse público excepcional, o que não se enquadrava no suporte fático de sua admissão.

Afirma que a relação estabelecida entre ela e o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais consubstanciou-se em "(...) *um desvirtuamento, simulação e até fraude ao contrato de trabalho, para, tão somente, valer-se o reclamado ora agravado, das benesses do não atendimento dos direitos trabalhistas*" (fl. 202), tendo, ainda, a contratação ocorrido sem prévia aprovação em concurso público.

Em suas razões, sustenta:

> (...)
> Isto porque, **como claramente se percebe do dissídio individual postulado pelos agravantes perante a Justiça do Trabalho, visava à decretação de nulidade dos atos que designaram ilegal e inconstitucionalmente a mesma, para o exercício de atividade típica de cargo público integrante do Quadro Efetivo de Pessoal do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, ferindo de morte os preceitos constitucionais que vedam a contratação sem concurso público, salvo em casos excepcionais e temporários como já dito, o que não é o caso.**
> **Em consequência do exposto, a narrativa da causa de pedir trata de contrato realidade, relação de trabalho em sentido amplo que foi desvirtuada e, por conseguinte, as repercussões insertas na Súmulas 362 e 363 do TST, OJ 205 do TST Lei do FGTS 8.036/90 etc. Tudo na causa de pedir e pedidos, o que afasta a incidência do entendimento esposado na invocada ADI 3395-6.**
> Ademais disso, **cumpre notar que a demanda não é entre servidor público e ente público, nem se discute direitos estatutários.**
> **O (A) agravante jamais foi tratado (a) como servidor (a) e, sequer, passou por processo administrativo antes de sua dispensa**, fato este que põe uma pá de cal na questão, sobretudo, pelo fato de a todo tempo na demanda gerada pelo dissídio individual, processo 00122-2008-002-03-00-8, ter tratado sempre e sempre de direitos trabalhistas decorrente da força de trabalho despendida pelo (a) agravante durante **4 anos e 2 meses** em prol do agravado. **Isto tem um preço social enorme**. (Fls. 206/207.)

Por fim, a recorrente postula o provimento ao agravo interno, com o objetivo de se manter a competência da Justiça do Trabalho para processamento e julgamento do Processo 00122-2008-002-03-00-8.

Parecer do Ministério Público pelo não provimento do presente agravo, assim ementado:

> *Reclamação. Agravo regimental. Reclamação trabalhista. Contrato temporário. Relação jurídico-administrativa. Ofensa à decisão proferida na ADI 3.395.*
> – Parecer pelo desprovimento do agravo regimental.
> (Fl. 219.)

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Dias Toffoli (Relator): O agravo interno não deve ser provido.

A reclamação foi ajuizada pelo *Estado de Minas Gerais* em face de alegada violação da autoridade e da eficácia da decisão deste Tribunal na ADI 3.395-6 pelos órgãos judiciários trabalhistas.

A espécie de impugnação revelava-se formalmente hábil ao fim pretendido pelo *Estado de Minas Gerais*, porquanto o processo na Justiça do Trabalho encontrava-se em trâmite, sem haver transitado em julgado, tendo o reclamante aforado recurso de revista no egrégio Tribunal Superior do Trabalho (fls. 175 a 186).

Quanto ao cerne da irresignação, observa-se que a matéria tratada na reclamação cinge-se à competência para julgamento de ação proposta por servidora pública temporária contra o *Estado de Minas Gerais*.

A decisão do STF na ADI 3.395-MC/DF efetivamente restou afrontada, visto que a Corte deferiu liminar para que as ações envolvendo o poder público e seus servidores fossem processadas na Justiça comum, excluída outra interpretação ao art. 114, inciso I, da Constituição Federal, com a redação da EC 45/2004.

É pacífica a jurisprudência desta Corte no sentido de que a relação de trabalho firmada por contrato temporário entre o poder público e seus servidores configura relação jurídico-administrativa, sendo incompetente a Justiça do Trabalho para dirimir conflitos dela existentes, ainda quando se discuta a nulidade do acordo.

Assim, fixou-se que eventual irregularidade na contratação de servidores temporários não altera a natureza jurídica de cunho administrativo que se estabelece originalmente com o poder público. Cito precedentes:

> *Reclamação. Constitucional. Administrativo. Autoridade de decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal: art. 102, inciso I, alínea l, da Constituição da República. Medida cautelar na ADI 3.395. Contratação temporária de profissionais na área de saúde: art. 37, inciso IX, da Constituição da República. Ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público do Trabalho contra a administração pública: Competência da Justiça comum. Causa de pedir relacionada a uma relação jurídico-administrativa.*
>
> 1. Incompetência da Justiça trabalhista para o processamento e o julgamento das causas que envolvam o poder público e servidores que sejam vinculados a ele por relação jurídico-administrativa.
>
> **2. O eventual desvirtuamento da designação temporária para o exercício de função pública, ou seja, da relação jurídico-administrativa estabelecida entre as partes, não pode ser apreciado pela Justiça do Trabalho. 3. Reclamação julgada procedente.**
>
> (Rcl 4.464/GO, Tribunal Pleno, Rel. Min. **Cármen Lúcia**, *DJ* de 21-8-2009.)

> *Agravo regimental em reclamação. Ofensa à decisão proferida na ADI 3.395/DF. Contratação temporária para o exercício de função pública. Regime jurídico-administrativo. Incompetência da Justiça do Trabalho para examinar eventual nulidade da contratação. Competência da Justiça comum estadual*. 1. A Justiça do Trabalho não detém competência para processar e julgar causas que envolvam o poder público e servidores a ele vinculados, mesmo que por contrato temporário

com prazo excedido, por se tratar de relação jurídico-administrativa. **2. Ainda que possa ter ocorrido desvirtuamento da contratação temporária para o exercício de função pública, não cabe à Justiça do Trabalho analisar a nulidade desse contrato. 3. Existência de precedentes desta Corte nesse sentido. 4. Agravo regimental ao qual se nega provimento.**
(Rcl 7.028-AgR/MG, Tribunal Pleno, Rel. Min. **Ellen Gracie**, *DJ* de 16-10-2009.)

Registro que o Ministro **Ricardo Lewandowski**, no julgamento do RE 573.202/AM, Tribunal Pleno, *DJ* de 5-12-2008, vencido o Ministro **Marco Aurélio**, assim fundamentou seu voto condutor:

(...)
Ora, contrariamente ao que entende o recorrente e ao que decidiu o Tribunal *a quo*, a mera prorrogação do prazo de contratação da servidora temporária não tem o condão de transmutar o vínculo administrativo que mantinha com o Estado do Amazonas em relação de natureza trabalhista.
A prorrogação do contrato nessas circunstâncias, seja ela expressa ou tácita, em que se opera a mudança do prazo de vigência deste, de temporário para indeterminado, pode até ensejar nulidade ou caracterizar ato de improbidade, com todas as consequências que isso acarreta, por ofensa aos princípios e regras que disciplinam a contratação desse tipo de servidores, mas não altera, peço vênia para insistir, a natureza jurídica do vínculo de cunho administrativo que se estabelece originalmente.

Não há, por conseguinte, como se vislumbrar êxito na pretensão recursal da agravante, como bem salientou o Ministério Público Federal em seu parecer:

Com efeito, verifica-se que a servidora foi contratada mediante contrato por prazo determinado para atender necessidade temporária de excepcional interesse público, em conformidade com o disposto no art. 37, IX, da Constituição Federal e na Lei estadual 10.259/90, que instituiu o regime jurídico único, vale dizer, o vínculo estabelecido entre a autora daquela demanda e o poder público é de natureza estatutária ou jurídico-administrativa.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Peço vênia para ficar vencido. Entendo que a reclamação deve vir ao Colegiado, tendo em conta até mesmo que, nessas iniciais, o que se evoca é a existência do vínculo empregatício. E, para definir-se se existente o vínculo empregatício, ou não, tem-se a Jurisdição Especializada que é a do Trabalho.

EXTRATO DA ATA

Rcl 7.157-AgR/MG — Relator: Ministro Dias Toffoli. Agravantes: Michelle Cândida Trindade Rios e outro (Advogados: Humberto Lucchesi de Carvalho e outros). Agravados: Estado de Minas Gerais (Advogados: Advocacia-Geral

do Estado de Minas Gerais – Vanessa Saraiva de Abreu e outros) e Tribunal Regional do Trabalho da 3ª Região (Processo 00122-2008-002-03-00-8).

Decisão: O Tribunal, por maioria, vencido o Ministro Marco Aurélio, negou provimento ao recurso de agravo, nos termos do voto do Relator. Ausentes, licenciado, o Ministro Celso de Mello e, justificadamente, a Ministra Ellen Gracie e os Ministros Joaquim Barbosa, Eros Grau e Ricardo Lewandowski.

Presidência do Ministro Gilmar Mendes. Presentes à sessão os Ministros Marco Aurélio, Cezar Peluso, Ayres Britto, Cármem Lúcia e Dias Toffoli. Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.

Brasília, 17 de fevereiro de 2010 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

———

RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA 24.250 — DF

Relator: O Sr. Ministro Cezar Peluso

Recorrente: Sindicato dos Trabalhadores Federais em Saúde, Trabalho, Previdência e Assistência Social no Distrito Federal – SINDPREV/DF — Recorrida: União

Mandado de segurança. Prazo para ajuizamento. Decadência. Não consumação. Impetração contra ato concernente a vencimentos de servidor público. Prestações de trato sucessivo. Inexistência de indeferimento expresso da pretensão pela autoridade administrativa. Renovação mensal da pretensão. Preclusão afastada. Provimento ao recurso para esse fim. Precedentes. O prazo decadencial para ajuizamento de mandado de segurança renova-se mês a mês, quando o ato impugnado respeite a pagamento de prestações de trato sucessivo, sem que tenha havido indeferimento expresso da pretensão pela autoridade.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a Presidência da Ministra Ellen Gracie, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade, em dar provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto do Relator. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Ministro Joaquim Barbosa.

Brasília, 29 de setembro de 2009 — Cezar Peluso, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Cezar Peluso: 1. Trata-se de recurso ordinário em mandado de segurança interposto pelo Sindicato dos Trabalhadores Federais em Saúde, Trabalho, Previdência e Assistência Social no Distrito Federal (SINDPREV/DF) contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça, que, em sede de agravo regimental, confirmou a extinção do feito, sem apreciação do mérito, por consumação da decadência.

O acórdão recorrido tem a seguinte ementa:

Administrativo – Mandado de segurança – Ag. Regimental – Sindicato – Servidores públicos federais – Vencimentos – Reajuste – Lei 8.880/94 – URV – Resíduo de 3,17% – Impetração contra a Portaria Interministerial nº 26, de 20 de janeiro de 1995 – Ato concreto – Fluência do prazo – Art. 18 da Lei 1.533/51 – Decadência reconhecida – Indeferimento liminar.

1 – Considera-se o início do prazo decadencial para interposição da via mandamental (art. 18 da Lei 1.533/51), a publicação da Portaria Interministerial nº 26, de 20 de janeiro de 1995, que excluiu do cômputo dos vencimentos dos filiados do impetrante o percentual de 3,17%. Sendo este ato de supressão objetivo e concreto,

não há como se falar na teoria da "prestação de trato sucessivo" ou, sequer, em ato omissivo, porquanto o percebimento dos vencimentos se dá mês a mês, mas o ônus pela sua diminuição ocorreu a partir da publicação da supracitada portaria.

2 – Ocorrendo a impetração 06 (seis) anos (03.09.2001) depois da mencionada manifestação oficial, é de se decretar a decadência do uso da ação mandamental, resguardado aos servidores, porém, a perseguição, na via ordinária, do direito subjetivo ao bem da vida tido por violado.

3 – Precedentes (STF, RMS nº 21.469 e STJ, RMS nºs 1.646/RO e 6.380/SC).

4 – Agravo Regimental conhecido, porém, desprovido.

Foram apresentadas contrarrazões (fls. 82/88).

A Procuradoria-Geral da República é pelo provimento do recurso (fls. 93/96).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): 1. Consistente o recurso.

A controvérsia prende-se à edição da Portaria Interministerial 26, de 20 de janeiro de 1995, em que os Ministros de Estado do Planejamento, Fazenda e Trabalho estabeleceram os valores de vencimentos, proventos, representação mensal, salário-família e gratificações dos servidores civis da União, com vigência a partir de 1º de janeiro de 1995, reajustando-os em 22,07%, o que teria acarretado residual a menor, de 3,17%.

Alegam os recorrentes, em síntese, que esse percentual se contrapõe ao de 25,94%, fixado para os demais servidores.

Sustentam que a Constituição Federal, art. 37, X, e a Lei 8.880/1994 (arts. 28 e 29, § 5º) asseguram aos servidores federais, a partir de 1º de janeiro de 1995, revisão geral sem distinção de índices. Daí, postulam reconhecimento de direito, que reputam líquido e certo, à diferença de 3,17%, que lhes vem sendo negada, mês a mês.

E rematam asseverando que não se aplica decadência às hipóteses que envolvem prestações de trato sucessivo, como é o caso.

2. Têm razão os recorrentes.

Conforme assentado pelo **Pleno** no julgamento do **MS 21.248** (Rel. Min. **Marco Aurélio**, *DJ* de 27-11-1992), o prazo para ajuizar mandado de segurança, em se tratando de prestações de trato sucessivo, renova-se a cada ato. Se inexiste indeferimento expresso da pretensão, não há cogitar de decadência. Confira-se, nesse sentido, o seguinte excerto do voto do Ministro **Carlos Velloso**:

> Não houve indeferimento expresso. O que ocorreu foi a incidência da lei, e, tratando-se de prestações sucessivas, a cada mês seguinte ao mês de abril de 1991, renovou-se o prejuízo. Assim, Senhor Presidente, inexistindo o ato expresso de indeferimento, tanto que, no caso, tem-se mandado de segurança preventivo, segue-se a inocorrência da decadência, tendo em vista, conforme disse, tratar-se de prestações sucessivas.

É a jurisprudência da Corte, como se vê aos precedentes da **Primeira Turma**, no julgamento do **RMS 24.534** (Rel. p/ o ac. Min. **Joaquim Barbosa**, *DJ* de 28-5-2004) e do **RMS 26.719** (Rel. Min. **Carlos Britto**, *DJ* de 19-12-2007) e, da **Segunda Turma**, no **RMS 24.214 (**Rel. Min. **Ellen Gracie**, *DJ* de 1-7-2005), cujos acórdãos trazem as seguintes ementas:

> *Recurso em mandado de segurança. Preliminar de conhecimento na decisão recorrida. Prazo decadencial.*
>
> Mandado de segurança a que se negou seguimento no Superior Tribunal de Justiça, com fundamento no não cabimento de mandado de segurança como substitutivo de ação de cobrança.
>
> **Na hipótese dos autos, o ato administrativo atacado consiste na aplicação de índice de reajuste diverso do que pretendem os Impetrantes. Conforme orientação do Pleno do Supremo Tribunal Federal firmada no MS 21.248, o prazo decadencial do mandado de segurança em casos de prestações sucessivas (pagamento de remuneração de servidores) é contado a partir de cada novo ato, salvo se houver rejeição expressa da pretensão pela autoridade administrativa.** Orientação que, na hipótese, impede a conclusão de que a impetração se destina a substituir ação de cobrança. Recurso conhecido e parcialmente provido, para que o Tribunal *a quo*, afastada a preliminar, examine o pedido como lhe parecer de direito.
>
> (Rel. p/ o ac. Min. **Joaquim Barbosa**, *DJ* de 28-5-2004 – Grifei.)

> *Direito processual. Recurso ordinário em mandado de segurança. Gratificação de Desempenho de Atividade de Informações Estratégicas – GDI. Lei 9.651/1998. Relação de trato sucessivo ou prestação continuada. Decadência. Inocorrência.* 1. O ato impugnado, de efeitos concretos, distinguiu os servidores do Grupo de Apoio dos servidores do Grupo de Informações, para o efeito de conceder somente a estes a gratificação. 2. **No caso, a possível lesão ao direito dos impetrantes renova-se a cada mês em que deixam de receber a vantagem, razão por que a decadência a que alude o art. 18 da Lei 1.533/1951 alcança tão somente as prestações não reclamadas no respectivo prazo.** 3. Precedentes: RMS 24.534 e 24.736. 4. Recurso ordinário provido para determinar o retorno dos autos ao Superior Tribunal de Justiça, a fim de que, afastada a decadência no tocante ao fundo do direito, retome aquela Corte o processamento do mandado de segurança.
>
> (**RMS 26.719**, Rel. Min. **Carlos Britto**, *DJ* de 19-12-2007 – Grifei.)

> *Mandado de segurança. Pagamento de vencimentos. Decadência*. **1. Não ocorre a decadência se a impetração é feita contra atos omissivos de execução autônoma e sucessiva, como o pagamento de vencimentos mensais** (RE 70.319, Rel. Min. Aliomar Baleeiro; RE 79.888, Rel. Min. Moreira Alves; e RE 95.238, Rel. Min. Néri da Silveira). 2. Recurso provido.
>
> (Rel. Min. **Ellen Gracie**, *DJ* de 1º-7-2005 – Grifei.)

É, pois, de ser afastada a decadência, já que se trata de pagamento de vencimentos – prestações de trato sucessivo –, hipótese em que a contagem do prazo se renova mês a mês.

3. Do exposto, **dou provimento ao recurso**, para, afastada a decadência e cassado o acórdão recorrido, determinar o retorno dos autos à origem, a fim de que o Superior Tribunal de Justiça retome o processo do mandado de segurança.

EXTRATO DA ATA

RMS 24.250/DF — Relator: Ministro Cezar Peluso. Recorrente: Sindicato dos Trabalhadores Federais em Saúde, Trabalho, Previdência e Assistência Social no Distrito Federal – SINDPREV/DF. (Advogada: Maristela Pinto da Mota). Recorrida: União (Advogado: Advogado-Geral da União).

Decisão: A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso ordinário, nos termos do voto do Relator. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Ministro Joaquim Barbosa.

Presidência da Ministra Ellen Gracie. Presentes à sessão os Ministros Celso de Mello, Cezar Peluso, Joaquim Barbosa e Eros Grau. Subprocurador-Geral da República, Dr. Francisco Adalberto Nóbrega.

Brasília, 29 de setembro de 2009 — Carlos Alberto Cantanhede, Coordenador.

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EM MANDADO DE SEGURANÇA 25.595 — DF

Relator: O Sr. Ministro Cezar Peluso

Agravantes: Conselho Federal de Medicina e outros — Agravada: União

Recurso ordinário em mandado de segurança. Inconsistência manifesta. Ato do Ministro da Educação. Autorização para implantação de curso de Medicina. Manifestação do Conselho Nacional de Saúde. Caráter meramente opinativo. Art. 27 do Decreto 3.860/2001. Ofensa a direito líquido e certo. Inexistência. Seguimento negado. Agravo regimental improvido. Nega-se provimento a agravo regimental destituído de razões novas.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Ministro Celso de Mello, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso de agravo, nos termos do voto do Relator. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, a Ministra Ellen Gracie e o Ministro Joaquim Barbosa.

Brasília, 27 de outubro de 2009 — Cezar Peluso, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Cezar Peluso: 1. Trata-se de agravo interposto contra decisão do teor seguinte:

> *Decisão*: 1. Trata-se de recurso ordinário interposto pela Associação Médica Brasileira e pelo Conselho Federal de Medicina, contra acórdão da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, que confirmou ato do Ministro de Estado da Educação, o qual homologou a implantação de curso de Medicina pela Universidade Camilo Castelo Branco – UNICASTELO, em São Paulo. É a síntese do julgado:
>
> "*Administrativo. Mandado de segurança. Ato do Ministro de Estado da Educação. Autorização para implantação de curso de Medicina. Decreto 3.860/01, art. 27. Manifestação do Conselho Nacional de Saúde. Caráter meramente opinativo*.
>
> 1. O art. 27 do Decreto 3.860/01, ao vincular a criação de 'curso de gradação em medicina' a ser ministrado por universidades e demais instituições de ensino superior à prévia consulta ao Conselho Nacional de Saúde, não impôs a necessidade de acatamento daquela manifestação por parte da Câmara de Educação Superior do Conselho Nacional de Educação; há a necessidade, sim, de colhimento de manifestação, mas o parecer emanado pelo Conselho Nacional de Saúde, ainda que desfavorável, tem caráter meramente opinativo e informativo, ao qual não se vincula o Ministério da

Educação ao autorizar a implantação de cursos superiores. Precedentes da 1ª Seção: MS 8.891/DF, Min. **Denise Arruda**, *DJ* de 25-10-2004.

2. Segurança denegada."

Foram apresentadas contrarrazões (fls. 246/252).

A Procuradoria-Geral da República é pelo não provimento do recurso (fls. 258/259).

2. Inviável o recurso.

A norma legal que regia a matéria, quando da edição do ato impugnado (Portaria/MEC 1.723, publicada no *DOU* de 7-7-2003, era o Decreto 3.860/01, hoje revogado pelo Decreto 5.773, de 9 de maio de 2006. O primeiro diploma, ao regulamentar a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, estabelecia, para os cursos superiores, as regras atinentes aos atos de criação, autorização, funcionamento, credenciamento e recredenciamento, reconhecimento e renovação de reconhecimento, descredenciamento, suspensão, desativação e intervenção.

Dúvida não há de que o art. 27 do Decreto 3.860/2001 previa, expressamente, a cadeia de atos que deveriam integrar a criação dos cursos de graduação em *medicina*, odontologia, e psicologia, por universidades e demais instituições de ensino superior, quais fossem: manifestação do Conselho Nacional de Medicina (a); deliberação da Câmara de Educação Superior do Conselho Nacional de Educação (b), e homologação dessa deliberação pelo Ministro de Estado da Educação (c). Confira-se:

> "Art. 27. A criação de cursos de graduação em medicina, em odontologia e em psicologia, por universidades e demais instituições de ensino superior, deverá ser submetida à manifestação do Conselho Nacional de Saúde.
>
> § 1º O Conselho Nacional de Saúde deverá manifestar-se no prazo máximo de cento e vinte dias, contados da data do recebimento do processo remetido pela Secretaria de Educação Superior do Ministério da Educação.
>
> § 2º A criação dos cursos de que trata o *caput* dependerá de deliberação da Câmara de Educação Superior do Conselho Nacional de Educação, homologada pelo Ministro de Estado da Educação."

Daí se tira logo a insubsistência da tese dos Recorrentes, pois é evidente o caráter opinativo e não vinculante que o legislador deu à manifestação do Conselho Nacional de Saúde, o qual, ressalto, foi mantido pela legislação atualmente em vigor ("Art. 28, § 2º, do Decreto 5.773/06, atualizado pelo Decreto 5.840/06: § 2º: A criação de cursos de graduação em direito e em **medicina**, odontologia e psicologia, inclusive em universidades e centros universitários, **deverá ser submetida**, respectivamente, **à manifestação** do Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil ou **do Conselho Nacional de Saúde, previamente à autorização pelo Ministério da Educação**."). Grifei.

Noutras palavras, a competência para aprovar a criação de curso de Medicina é exclusiva do Ministro de Estado da Educação.

3. Do exposto, **nego seguimento ao recurso**, nos termos do art. 21, § 1º, do RISTF.

(Fls. 262/264.)

Os agravantes insistem em que a decisão não considerou a manifestação contrária do Conselho Nacional de Saúde à criação do curso de medicina,

à luz do que dispõe o art. 196 da Constituição Federal, além de contrariar a jurisprudência da Corte sobre a preservação da saúde.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): 1. Abusivo o recurso.

Insistem os agravantes no argumento do caráter vinculativo da manifestação do Conselho Nacional de Saúde para criação de cursos superiores em medicina, sob alegação de seu interesse na preservação da saúde.

Ora, conforme já explicitado na decisão agravada, de acordo com o disposto no art. 28, § 2º, do Decreto 5.773/2006, atualizado pelo Decreto 5.840/2006, tal manifestação guarda cunho meramente opinativo, dependendo, a aprovação do curso, de decisão do Ministro da Educação.

Vê-se, pois, que os Agravantes não lograram convelir os fundamentos da decisão agravada, os quais, tendo resumido o entendimento assente e aturado da Corte, subsistem invulneráveis aos argumentos do recurso, que nada acrescentaram à compreensão e ao desate da *quaestio iuris*.

Daí a necessidade de advertir que o disposto no art. 544, § 3º e § 4º, e no art. 557, ambos do Código de Processo Civil, desvela o grau da autoridade que o ordenamento jurídico atribui, em nome da segurança jurídica, à jurisprudência dominante, sobretudo desta Corte, a qual não pode ser desrespeitada nem controvertida sem graves razões jurídicas capazes de lhes autorizar revisão ou reconsideração.

Agravos dessa espécie, que não trazem argumentos consistentes para ditar eventual releitura da orientação assentada pela Corte, não sobra, pois, senão caráter só abusivo. Há aqui, além da violação específica à norma proibitiva inserta no art. 557, § 2º, do Código de Processo Civil, desatenção séria e danosa ao dever de lealdade processual (arts. 14, II e III, e 17, VII), até porque recursos como este roubam à Corte, já notoriamente sobrecarregada, tempo precioso para cuidar de assuntos graves. A litigância de má-fé não é ofensiva apenas à parte adversa, mas também à dignidade do Tribunal e à alta função pública do processo.

2. Isso posto, nego provimento ao agravo.

EXTRATO DA ATA

RMS 25.595-AgR/DF — Relator: Ministro Cezar Peluso. Agravantes: Conselho Federal de Medicina e outros (Advogados: Francisco Antonio de Camargo Rodrigues de Souza e outros e Giselle Crosara Lettiere Gracindo e outros). Agravada: União (Advogado: Advogado-Geral da União).

Decisão: A Turma, por votação unânime, negou provimento ao recurso de agravo, nos termos do voto do Relator. Ausentes, justificadamente, neste jul-

gamento, a Ministra Ellen Gracie e o Ministro Joaquim Barbosa. Presidiu este julgamento o Ministro Celso de Mello.

Presidência do Ministro Celso de Mello. Presentes à sessão os Ministros Cezar Peluso, Joaquim Barbosa e Eros Grau. Ausente, justificadamente, a Ministra Ellen Gracie. Subprocurador-Geral da República, Dr. Wagner Gonçalves.

Brasília, 27 de outubro de 2009 — Carlos Alberto Cantanhede, Coordenador.

———

AGRAVO REGIMENTAL NO MANDADO DE SEGURANÇA 26.908 — DF

Relator: O Sr. Ministro Eros Grau

Agravante: Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – INCRA — Agravados: Presidente da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e Relator do RE 444.532 da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal

Agravo regimental. Mandado de segurança. Ato jurisdicional das Turmas ou do Plenário do Supremo Tribunal Federal. Não cabimento. Agravo improvido.

1. Não cabe mandado de segurança contra ato jurisdicional das Turmas ou do Plenário do Supremo Tribunal Federal. Precedentes (MS 25.019, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJ* de 12-11-2004; MS 23.620, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* de 18-5-2001; MS 21.734-AgR, Rel. Min. Ilmar Galvão, *DJ* de 15-10-1993; e MS 22.515-AgR, Rel. Min. Sydney Sanches, *DJ* de 4-4-1997).

Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a Presidência do Ministro Gilmar Mendes, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso de agravo.

Brasília, 18 de setembro de 2008 — Eros Grau, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Eros Grau: Trata-se de agravo regimental interposto pelo Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária (INCRA) contra decisão que negou seguimento a mandado de segurança.

2. A decisão agravada reiterou o entendimento desta Corte no sentido de que não cabe mandado de segurança contra ato jurisdicional de suas Turmas ou do Plenário.

3. O agravante sustenta que "os argumentos levantados não condizem com os fundamentos jurídicos que permeiam a controvérsia" (fl. 71).

4. Alega que a jurisprudência sobre a questão não está pacificada, o que autoriza a revisão da decisão.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Eros Grau (Relator): A jurisprudência desta Corte fixou-se no sentido de que não cabe mandado de segurança contra ato jurisdicional de suas Turmas ou do Plenário:

> *Mandado de segurança – Acórdão de Turma do Supremo Tribunal Federal – Inadequação.* O mandado de segurança não é medida cabível contra acórdão de turma do Supremo Tribunal Federal que haja implicado desprovimento de agravo interposto contra pronunciamento sobre a impropriedade de recurso extraordinário. (MS 25.019, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJ* de 12-11-2004.)

2. No mesmo sentido: MS 23.620, Rel. Min. *Sepúlveda Pertence*, *DJ* de 18-5-2001; MS 21.734-AgR, Rel. Min. *Ilmar Galvão*, *DJ* de 15-10-1993; e MS 22.515-AgR, Rel. Min. *Sydney Sanches*, *DJ* de 4-4-1997.

Nego provimento ao agravo regimental.

EXTRATO DA ATA

MS 26.908-AgR/DF — Relator: Ministro Eros Grau. Agravante: Instituto Nacional de Colonização e Reforma Agrária – INCRA (Advogados: Valdez Adriani Farias e outros). Agravados: Presidente da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal e Relator do RE 444.532 da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal.

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, negou provimento ao recurso de agravo, nos termos do voto do Relator. Impedido o Ministro Marco Aurélio. Ausentes, justificadamente, a Ministra Ellen Gracie, o Ministro Joaquim Barbosa, a Ministra Cármen Lúcia e, neste julgamento, o Ministro Gilmar Mendes (Presidente). Presidiu o julgamento o Ministro Cezar Peluso (Vice-Presidente).

Presidência do Ministro Gilmar Mendes. Presentes à sessão os Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Cezar Peluso, Carlos Britto, Ricardo Lewandowski, Eros Grau e Menezes Direito. Procurador-Geral da República, Dr. Antonio Fernando Barros e Silva de Souza.

Brasília, 18 de setembro de 2008 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

———

HABEAS CORPUS 85.401 — RS

Relator: O Sr. Ministro Cezar Peluso

Paciente: Márcio Luís Flores de Oliveira — Impetrante: José Francisco Fischinger Moura de Souza — Coator: Superior Tribunal de Justiça

Ação penal. Execução. Condenação a pena de reclusão, em regime aberto. Semi-imputabilidade. Medida de segurança. Internação. Alteração para tratamento ambulatorial. Possibilidade. Recomendação do laudo médico. Inteligência do art. 26, *caput* e § 1º, do Código Penal. Necessidade de consideração do propósito terapêutico da medida no contexto da reforma psiquiátrica. Ordem concedida. Em casos excepcionais, admite-se a substituição da internação por medida de tratamento ambulatorial, quando a pena estabelecida para o tipo é a reclusão, notadamente quando manifesta a desnecessidade da internação.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência da Ministra Ellen Gracie, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em deferir o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, os Ministros Celso de Mello e Eros Grau.

Brasília, 4 de dezembro de 2009 — Cezar Peluso, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de *Márcio Luís Flores de Oliveira*, contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça que deu provimento ao REsp 567.352.

O paciente foi denunciado como incurso nas penas do art. 157, § 2º, I e II, do CP. Durante a instrução criminal, instaurou-se incidente de insanidade mental, concluindo-se pela semi-imputabilidade do réu. Sobreveio condenação à pena de 3 (três) anos, 6 (seis) meses e 10 (dez) dias de reclusão, em regime aberto, convertida em medida de segurança detentiva pelo prazo mínimo de 2 (dois) anos (fls. 96-100).

A defesa interpôs recurso de apelação, requerendo a substituição da medida de segurança detentiva por tratamento ambulatorial, na forma recomendada por laudos médicos. O recurso foi provido (fls. 121-132).

Contra a decisão, o Ministério Público interpôs recurso especial, alegando, em síntese, a inaplicabilidade de tratamento ambulatorial em casos de

semi-imputabilidade, quando se trata de fato punível com reclusão. O Superior Tribunal de Justiça deu provimento ao recurso ministerial, *verbis*:

> *Criminal. Roubo qualificado. Semi-imputável. Substituição da pena privativa de liberdade por medida de segurança. Internação. Alteração para tratamento ambulatorial operada pelo Tribunal a quo. Impossibilidade. Réu condenado a pena de reclusão. Recurso provido.*
>
> I – Hipótese de réu semi-imputável condenado à pena de reclusão, para o qual o Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, dando parcial provimento ao pleito defensivo, substituiu a medida de internação anteriormente imposta pelo tratamento ambulatorial.
>
> II – O art. 98 do Código Penal, aplicando as regras do art. 97 do mesmo estatuto repressor, prevê, para os casos de semi-imputabilidade, a substituição da pena privativa de liberdade pela medida de segurança de internação (nos casos de réus apenados com reclusão) ou de tratamento ambulatorial (para apenados com detenção).
>
> III – Recurso provido, nos termos do voto do Relator.
>
> (Fl. 164.)

Alega, aqui, a defesa, que o art. 98 do CP pode ser interpretado no sentido de autorizar a aplicação de tratamento ambulatorial à semi-imputável condenado a crime punível com reclusão. Sustenta que o art. 26, *caput* e parágrafo único, do CP determina que o tratamento se deve ajustar às necessidades do agente. Argui que os laudos médicos são categóricos em afirmar que a medida de segurança detentiva agravará as condições de saúde do paciente, o que se afastaria do real fundamento do instituto.

Salienta, ainda, que, tendo sido originalmente condenado a regime aberto, a substituição por medida detentiva causa piora despropositada na situação do paciente.

Requer o restabelecimento da decisão proferida pelo Tribunal local, determinando-se seja o paciente submetido à medida de segurança na modalidade de tratamento ambulatorial.

A Ministra Ellen Gracie, no exercício da presidência durante o recesso forense, indeferiu a liminar (fls. 180-181).

A Procuradoria-Geral da República opinou pelo indeferimento da ordem (fls. 183-185).

O juízo de primeiro grau informou que o paciente ainda não foi capturado, pelo que ainda não se iniciou o cumprimento da medida de segurança (fl. 199).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): **1**. Como salientou a decisão impugnada e o parecer ministerial, esta Corte já se pronunciou sobre o tema, no julgamento do **HC 69.375** (Rel. Min. **Marco Aurélio**, *DJ* de 18-9-1992). Na ocasião, entendeu-se que o laudo médico "não se sobrepõe à norma penal, no que é

conducente à convicção de que fica afastada a medida de segurança restritiva quando a pena estabelecida para o tipo é a de reclusão". Idêntica solução foi adotada no **HC 68.136** (Rel. Min. **Célio Borja**, *DJ* de 31-8-1990).

A doutrina, contudo, diverge quanto à conveniência da padronização do tratamento diante do regime de pena aplicável ao fato. **Guilherme de Souza Nucci** adverte que a solução adotada pelo legislador "não resolve o drama de muitos doentes mentais que poderiam ter suas internações evitadas (...). Se possuir família que o abrigue e ampare, fornecendo-lhe todo o suporte para a recuperação por que interná-lo?"[1]. De igual maneira, **Tânia Maria Nava Marchewka** sustenta que "esse critério rígido não é justo, nem mais adequado, sendo aconselhável que a lei deixasse ao prudente entendimento do juiz escolher entre a internação e o tratamento em liberdade"[2].

Também **Luiz Carlos Betanho** e **Marcos Zilli** salientam que, em casos excepcionais, se admite a substituição da internação por medida de tratamento ambulatorial desde o início, nos casos em que a desnecessidade da internação seja manifesta.[3]

A discussão merece aprofundamento, notadamente nos casos em que as circunstâncias evidenciam ser contraproducente a aplicação da medida detentiva para atingir os fins a que se destina. Como salientou o acórdão do Tribunal local, o laudo médico recomendou imposição de tratamento ambulatorial, o que se somou à "ausência de antecedentes, o empenho familiar na recuperação do apenado e, também, a imposição do regime aberto, em caso de cumprimento de pena corporal", para fundamentar o provimento da apelação da defesa.

Completa o quadro o fato de que, à época da impetração, já se haviam passado três anos dos fatos, sem notícia de reiteração delitiva ou de prática de conduta de risco a si ou a terceiros (fl. 172), bem como o fato de o paciente não ter sido capturado até hoje, tudo o que reforça a desnecessidade da medida de detenção.

Ora, não se pode olvidar que, caso a finalidade da medida de segurança fosse a de simples privação da liberdade, o caso implicaria grave contradição, na medida em que a sanção penal aplicada ao paciente o foi sob regime inicial aberto.

E o reconhecimento da inequívoca finalidade terapêutica da medida de segurança, conquanto aflitiva, leva ainda o debate ao plano da reforma psiquiátrica.

Como se sabe, a Lei 10.216/2001 determinou revisão do tratamento dos portadores de transtornos psíquicos à luz das já não tão recentes posturas da ciência psiquiátrica que questionam a efetividade da custódia dos doentes mentais[4].

---

1 *Código Penal Comentado.* 7. ed. São Paulo: RT, 2007. p. 481.

2 As contradições das medidas de segurança no contexto do direito penal e da reforma psiquiátrica no Brasil*,* in: *Ciências Penais*, ano 1, v. 0, p. 188.

3 In FRANCO, Alberto Silva et alli. *Código Penal e sua Interpretação*: doutrina e jurisprudência. São Paulo: RT, 2007. p. 485.

4 MARCHEWKA, Tânia M. N. Ob. cit, p. 183.

Nesse contexto, a desativação dos hospitais psiquiátricos é uma das etapas da política pública de reforma psiquiátrica, o que torna ainda mais injusta e desaconselhável a internação do paciente em hospital psiquiátrico judicial.

Saliento, por fim, que a nova Lei de Drogas (Lei 11.343/2006), nos arts. 45, parágrafo único, e 47, dispõe que o juiz submeterá o inimputável ou semi-imputável ao tratamento médico mais adequado ao caso. Como a regra é aplicável aos crimes de tráfico de entorpecentes, punidos com reclusão, infere-se que comete ao juiz o poder de aplicar ao réu a medida de segurança que melhor atinja sua finalidade.

Rigidez do sistema jurídico-penal significa, em alguns casos, aplicação de medida de segurança totalmente incompatível com o seu propósito terapêutico.

2. Ante ao exposto, **concedo a ordem**, para substituir a medida de segurança detentiva aplicada ao paciente por tratamento ambulatorial, nos termos determinados pelo Tribunal *a quo*.

EXTRATO DA ATA

HC 85.401/RS — Relator: Ministro Cezar Peluso. Paciente: Márcio Luís Flores de Oliveira. Impetrante: José Francisco Fischinger Moura de Souza. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: A Turma, por unanimidade, deferiu o pedido de *habeas corpus,* nos termos do voto do Relator. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, os Ministros Celso de Mello e Eros Grau.

Presidência da Ministra Ellen Gracie. Presentes à sessão os Ministros Cezar Peluso e Joaquim Barbosa. Ausentes, justificadamente, os Ministros Celso de Mello e Eros Grau. Subprocurador-Geral da República, Dr. Mário José Gisi.

Brasília, 4 de dezembro de 2009 — Carlos Alberto Cantanhede, Coordenador.

———

HABEAS CORPUS 89.517 — RJ

Relator: O Sr. Ministro Cezar Peluso

Pacientes: Cesar Ricardo Soares Oliveira e Francisco José de Castro Guinarte — Impetrantes: André Emílio Ribeiro Von Melentovytch e outros — Coator: Superior Tribunal de Justiça

Ação penal. Funcionário público. Defesa preliminar. Art. 514 do CPP. Ausência. Superveniência de sentença condenatória. Existência de conduta típica. Prejuízo da questão preliminar. *Habeas corpus* denegado. A superveniência de sentença condenatória, que denota a viabilidade da ação penal, prejudica a preliminar de nulidade processual por falta de defesa prévia à denúncia.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência da Ministra Ellen Gracie, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em indeferir o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Ministro Joaquim Barbosa.

Brasília, 15 de dezembro de 2009 — Cezar Peluso, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Trata-se de *habeas corpus*, impetrado em favor de *Cesar Ricardo Soares Oliveira* e de *Francisco José de Castro Guinarte*, contra decisão do Superior Tribunal de Justiça que indeferiu a ordem requerida no **HC 43.929/RJ**.

Os pacientes foram denunciados como incursos nas penas dos arts. 316, *caput*, do Código Penal, e 4º, *a* e *b*, da Lei 4.898/1995, na forma do art. 69 do CP (fls. 2-A a 2-E, apenso). A ação penal foi julgada parcialmente procedente, condenando-se os acusados pelo crime de concussão (fls. 371-384, apenso). Em grau de apelação, a sentença condenatória foi integralmente mantida (fls. 537-551, apenso).

Foi impetrado, então, *writ* perante o STJ, alegando-se nulidade decorrente da não intimação para defesa preliminar, nos termos do art. 514 do Código de Processo Penal. A ordem foi denegada, nos termos da ementa:

> *Penal e processual. Habeas corpus. Defesa preliminar. Artigo 514, CPP. Ausência. Nulidade relativa. Prejuízo. Não comprovação. Ordem denegada. concessão de regime domiciliar. Não conhecimento.*
>
> 1. É firme a jurisprudência do STJ no sentido de que a defesa preliminar, prevista no art. 514 do CPP é peça facultativa, cuja falta pode configurar nulidade relativa e, como tal, dependente de comprovação de prejuízo, sobretudo quando se

trata de ação penal cujo rito prevê defesa escrita posterior ao oferecimento da denúncia (art. 104 da Lei 8.666/93).

2. Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo comprovado para a acusação ou para a defesa.

3. Pedido alternativo para concessão do regime de prisão domiciliar não submetido ao Tribunal *a quo* não pode ser conhecido, sob pena de supressão de instância.

4. Conhecimento parcial e, nessa extensão, denegação da ordem.

No presente *habeas corpus*, os impetrantes reiteram o pedido aduzido perante a Corte Superior. Aduzem que, "não obstante tratar-se de delito funcional, o certo é que a denúncia foi recebida, sem que os pacientes pudessem apresentar a defesa preliminar de que trata o art. 514 do Código de Processo Penal" (fl. 8) e que tal fato configura nulidade absoluta. Requerem, por fim, que a ordem seja concedida, anulando-se o processo desde o início.

A Procuradoria-Geral da República manifestou-se às fls. 29-32, opinando pelo indeferimento do *writ*, por entender que a ausência da defesa preliminar, nessa espécie de rito, configura nulidade relativa, que não prescinde de demonstração de prejuízo. Ademais, a denúncia foi lastreada em prévia investigação policial, o que dispensaria a apresentação da peça defensiva prevista no art. 514 do CPP.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): 1. Improcedente o pedido.

Cuida-se, aqui, de saber se a ausência de intimação para o oferecimento de defesa preliminar, nos termos do art. 514 do Código de Processo Penal, impõe a anulação do processo-crime *ab initio*.

O Plenário teve a oportunidade de debater o tema no julgamento do **HC 85.779** (Rel. p/ ac. Min. **Cármen Lúcia**, *DJ* de 29-6-2007). Na ocasião, aderi ao posicionamento da maioria, consignando que a defesa preliminar, no rito especial destinado ao julgamento dos funcionários públicos, se destina a evitar a ritualidade penosa da pendência do processo penal. Em outras palavras, é mister analisar, previamente, a viabilidade da ação penal.

Mas tenho que o argumento de inviabilidade da ação perde a relevância diante da superveniência de sentença condenatória, a exemplo do que já ocorre com pedidos de trancamento de ação penal por falta de justa causa, tidos pela Corte por prejudicados quando sobrevém condenação (**HC 88.292**, Rel. Min. **Eros Grau**, *DJ* de 4-8-2006; **HC 91.175**, Rel. Min. **Cezar Peluso**, *DJ* de 7-11-2008).

Ora, se a finalidade da defesa preliminar é a de permitir que o denunciado apresente argumentos capazes de induzir à conclusão de inviabilidade de ação penal, a ulterior edição de decisão condenatória, fundada no exame da prova produzida com todas as garantias do contraditório, faz presumido o atendimento daquele requisito inicial.

Daí que anular todo o processo, para que a defesa tenha oportunidade de oferecer razões que não foram capazes de evitar a decisão condenatória, não tem sentido algum. A sentença condenatória denota não só a viabilidade da ação, mas sobretudo, como é óbvio, a própria procedência desta, e deve, assim, ser impugnada por seus fundamentos.

2. Ante ao exposto, **denego a ordem**.

EXTRATO DA ATA

HC 89.517/RJ — Relator: Ministro Cezar Peluso. Pacientes: Cesar Ricardo Soares Oliveira e Francisco José de Castro Guinarte. Impetrantes: André Emílio Ribeiro Von Melentovytch e outros. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: A Turma, por unanimidade, indeferiu o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Ministro Joaquim Barbosa.

Presidência da Ministra Ellen Gracie. Presentes à sessão os Ministros Celso de Mello, Cezar Peluso e Eros Grau. Ausente, justificadamente, o Ministro Joaquim Barbosa. Compareceu à Turma o Ministro Gilmar Mendes, Presidente do Tribunal, a fim de julgar processos a ele vinculados, assumindo, nesta ocasião, a Presidência da Turma, de acordo com o art. 148, parágrafo único, RISTF. Subprocurador-Geral da República, Dr. Mário José Gisi.

Brasília, 15 de dezembro de 2009 — Carlos Alberto Cantanhede, Coordenador.

HABEAS CORPUS 91.431 — MA

Relator: O Sr. Ministro Cezar Peluso

Paciente: Ilma Sampaio Hipkmeier — Impetrante: Homero Junger Mafra — Coator: Superior Tribunal de Justiça

Ação penal. Citação por edital. Interrogatório realizado 14 dias após a publicação. Nulidade absoluta. Violação ao art. 361 do CPP. Ordem concedida. Prescrição reconhecida de ofício. É nulo, a partir da citação editalícia, o processo em que não se observa o prazo de 15 dias entre a publicação do edital de citação e a data do interrogatório.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência da Ministra Ellen Gracie, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em conceder a ordem, para anular o processo no qual figura como ré a Paciente (Autos 1171987, em trâmite perante a 5ª Vara Criminal da Comarca de Imperatriz/MA), desde a citação, inclusive, e conceder *habeas corpus*, de ofício, para reconhecer a prescrição da pretensão punitiva, declarando extinta a punibilidade, nos termos dos arts. 107, IV, e 109, I, do Código Penal, nos termos do voto do Relator. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, os Ministros Celso de Mello e Eros Grau.

Brasília, 4 de dezembro de 2009 — Cezar Peluso, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Cesar Peluso: Trata-se de *habeas corpus,* impetrado em favor de Ilma Sampaio Hipkmeier, contra decisão do Superior Tribunal de Justiça, que denegou a ordem requerida no **HC 68.622.**

A paciente foi denunciada em 2-9-1987 como incursa nas penas do art. 121, § 2º, II e IV, do Código Penal (fls. 34-35, apenso 1). Diante da não localização da ré para a citação, determinou-se a citação por edital (fl. 109, apenso 1).

Pelo fato de não haver comparecido à audiência designada, decretou-se-lhe a revelia (fl. 112, apenso 1). Pronunciada, determinou-se a segregação cautelar da paciente (fls. 221-225, apenso 1).

Impetrou-se, então, *habeas corpus* perante a Corte Estadual (fls. 15-29, apenso 1), pugnando pela anulação do feito, por inobservância do prazo de 15 dias entre a publicação do edital de citação e a data designada para a audiência. Requereu-se, também, a concessão de liberdade provisória.

A ordem foi concedida parcialmente, para conceder liberdade provisória à paciente, mantida a validade da citação editalícia (fls. 276-282, apenso 2).

Impetrou-se, então, *habeas corpus* ao STJ, reiterando-se a nulidade anteriormente arguida. A ordem foi denegada, nos termos da ementa:

> *Criminal. HC. Homicídio Qualificado. Nulidade. Citação editalícia. Audiência designada para o 14º dia após a publicação do edital. Inobservância do prazo legal. Assistência integral de defensor. Renovação da instrução no plenário do júri. Prejuízo não comprovado. Constrangimento ilegal não caracterizado. Ordem denegada.*
>
> I. Hipótese em que o impetrante pugna pela anulação do feito *abi initio,* por inobservância do prazo de 15 dias entre a publicação do edital de citação e a data designada para a oitiva da ré em juízo.
>
> II. Por se tratar de prazo processual, no qual o dia da publicação do ato é excluído da contagem, devendo ser computado o último dia, verifica-se que o prazo de 15 dias entre a data da publicação e a da audiência não foi consumado.
>
> III. No tocante ao tema de nulidades, é princípio fundamental, no Processo Penal, a assertiva de que não se declara nulidade de ato, se dele não resultar prejuízo comprovado para o réu, prejuízo concreto e objetivo, nos termos do art. 563 do Código de Processo Penal e da Súmula 523 do Supremo Tribunal Federal.
>
> IV. É certo que a paciente foi devidamente assistida durante todo o feito, eis que o seu procurador participou ativamente de todos os atos processuais, sendo certo que a indispensável comprovação do prejuízo não encontrou êxito na inicial do *writ*.
>
> V. A defesa da ré será renovada na Sessão Plenária do Tribunal do Júri, oportunidade em que será novamente ouvida, assim como as testemunhas e o seu defensor.
>
> VI. Na fase do juízo da causa, leva-se ao júri popular as questões de fato e de direito que o órgão acusatório e a defesa entenderem indispensáveis para a solução do caso submetido à justiça criminal.
>
> VII. Não se evidenciando a ausência de defesa e verificada a possibilidade de oitiva da ré no Plenário do Júri, não se vislumbra a ocorrência de prejuízo concreto à paciente, sendo descabidas as alegações destinadas a embasar o pleito de nulidade do processo criminal.
>
> VII. Ordem denegada.
>
> (Fls. 322-323, apenso 2.)

Aqui, insiste a defesa na tese de nulidade absoluta por vício na realização da audiência após a citação por edital. Alega, em síntese, que, "como não existiu, entre a data da publicação do edital de citação no jornal 'O Progresso' e a data designada para interrogatório o prazo mínimo de 15 dias, tem-se a nulidade absoluta do processo, que impõe-se seja reconhecida e decretada" (fl. 11).

Requer "a concessão da ordem impetrada, para anular o processo a partir da citação editalícia" (fl. 16).

A liminar foi indeferida pela Presidência, durante o recesso forense (fls. 34-36).

O Ministério Público Federal opinou pela denegação da ordem (fls. 38-40).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Cesar Peluso (Relator): 1. É caso de concessão da ordem.

É truísmo jurídico que, nos prazos processuais, se exclui o termo inicial e se inclui o termo final. (Art. 798, § 1º, do Código de Processo Penal.) Ademais, o art. 365, V, do CPP, dispõe que o prazo deve ser contado do dia da publicação do edital na imprensa, sendo esse o termo inicial. Ora, se a publicação do edital se deu em 31 de março, e a audiência foi agendada para 14 de abril, é certo que não transcorreram 15 dias entre eles, mas apenas 14.

A Corte tem dado por nulidade absoluta, em casos que tais (**HC 69.022**, Rel. Min. **Marco Aurélio**, *DJ* de 14-2-1992; **HC 67.927**, Rel. Min. **Octavio Gallotti**, *DJ* de 18-5-1990; **RHC 52.057**, Rel. Min. **Rodrigues Alckmin**, *DJ* de 5-4-1974). Em hipóteses idênticas, aliás, a Corte anulou o processo cujo interrogatório ocorreu quatorze dias após a publicação do edital (**HC 76.034**, Rel. Min. **Maurício Corrêa**, *DJ* de 30-4-1998; **RHC 60.345**, Rel. Min. **Aldir Passarinho**, *DJ* de 17-12-1982).

2. Desnecessária, porém, a repetição dos atos processuais.

É que, decretada a nulidade do processo desde a citação, se operou a prescrição da pretensão punitiva, recognoscível nos termos do art. 61 do Código de Processo Penal.

A paciente foi denunciada, em 2-9-1987, como incursa nas penas dos crimes descritos no art. 121, § 2º, incisos II e IV, do Código Penal. A prescrição da pretensão punitiva, regulada nos termos do disposto no art. 109, inciso I, do Código Penal, dá-se, nesse caso, no prazo de **20 (vinte) anos**.

Ora, anulada a decisão de pronúncia, a última causa interruptiva do prazo prescricional é o recebimento da denúncia, que ocorreu em **29-9-1987**. Assim, o prazo prescricional esgotou-se, quando menos, em **28 de setembro de 2007**.

3. Isto posto, **concedo a ordem**, para anular o processo no qual figura como ré a paciente (Autos 1171987, em trâmite perante a 5ª Vara Criminal da Comarca de Imperatriz/MA), desde a citação, inclusive, e, **concedo *habeas corpus* de ofício** para **reconhecer a prescrição da pretensão punitiva,** declarando **extinta a punibilidade**, nos termos dos arts. 107, IV, e 109, I, do Código Penal.

EXTRATO DA ATA

HC 91.431/MA — Relator: Ministro Cezar Peluso. Paciente: Ilma Sampaio Hipkmeier. Impetrante: Homero Junger Mafra. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: A Turma, por unanimidade, concedeu a ordem, para anular o processo no qual figura como ré a paciente (Autos 1171987, em trâmite perante a 5ª Vara Criminal da Comarca de Imperatriz/MA), desde a citação, inclusive, e concedeu *habeas corpus*, de ofício, para reconhecer a prescrição da pretensão punitiva, declarando extinta a punibilidade, nos termos dos arts. 107, IV, e 109, I, do

Código Penal, nos termos do voto do Relator. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, os Ministros Celso de Mello e Eros Grau.

Presidência da Ministra Ellen Gracie. Presentes à sessão os Ministros Cezar Peluso e Joaquim Barbosa. Ausentes, justificadamente, os Ministros Celso de Mello e Eros Grau. Subprocurador-Geral da República, Dr. Mário José Gisi.

Brasília, 4 de dezembro de 2009 — Carlos Alberto Cantanhede, Coordenador.

HABEAS CORPUS 93.639 — RJ

Relator: O Sr. Ministro Eros Grau

Paciente: Ovídio Lorenzo Quintans — Impetrantes: Carlos Eduardo Machado e outros — Coator: Superior Tribunal de Justiça

***Habeas corpus*. Processual penal. Prisão preventiva. Conveniência da instrução criminal e garantia da ordem pública. Superação das razões fáticas. Excesso de prazo não atribuível à defesa. Gravidade do crime e condição de policial do paciente. Inidoneidade para decretação da prisão cautelar. Primariedade, bons antecedentes, ocupação lícita e residência fixa.**

1. Encerrada a instrução criminal e decretada a perda do cargo do paciente, restam superadas as razões fáticas então justificadoras da prisão cautelar por conveniência da instrução criminal e para garantia da ordem pública.

2. Paciente preso preventivamente há aproximadamente três anos e meio. Excesso de prazo não atribuível à defesa, mas ao Poder Judiciário. Isso porque, anulada a sentença pelo STJ somente em relação a ele, os atos processuais foram renovados em relação a todos os réus, o que demandou tempo maior para o término da ação penal.

3. A gravidade do crime e a condição de policial do paciente são inidôneas à decretação da prisão cautelar, servindo tão somente ao cálculo da pena.

4. Afirmação, na sentença, de primariedade, bons antecedentes, ocupação lícita e residência fixa, indicando que, abstraída a ação penal a que responde, o paciente não é dado a atividades ilícitas.

Ordem concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Ministro Celso de Mello, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em deferir o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 16 de dezembro de 2008 — Eros Grau, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Eros Grau: Trata-se de *habeas corpus,* com pedido de liminar, impetrado contra ato do Superior Tribunal de Justiça consubstanciado em acórdão assim ementado:

Habeas corpus. Prisão preventiva fundamentada. Presentes os requisitos do art. 312 do CPP. Excesso de prazo justificado. Ordem denegada.

1. Sendo o paciente policial civil lotado na Divisão de Fiscalização de Armas e Munições, sua liberdade poderá, com elevado grau de probabilidade, causar efeito deletério ao curso normal do processo, bem como comprometer a ordem pública, já que a conduta criminosa, relativa ao desvio de armas da polícia, incentivava e difundia o tráfico ilícito de entorpecentes na cidade do Rio de Janeiro.

2. Havendo vários denunciados, com diversidade de causídicos, elevando número de testemunhas, tornando complexo e extenso o processo, há que se admitir razoável alargamento dos prazos para o encerramento da instrução, de forma a tornar justificada eventual demora no término da instrução.

3. Ordem denegada.

2. O paciente foi condenado a 14 (quatorze) anos e 4 (quatro) meses de reclusão pela prática dos crimes quadrilha armada (CP, art. 288, parágrafo único), posse e fornecimento de munições (art. 16 da Lei 10.826/2003) e peculato (CP, art. 312).

3. A impetração apoia-se no excesso de prazo da instrução processual, estando o paciente preso há mais de dois anos, e na ausência de fundamentação concreta da prisão cautelar.

4. Os impetrantes requerem "a concessão da ordem para reconhecer ao paciente seu direito de responder solto ao resto do processo, até o trânsito em julgado da decisão que vier a ser proferida pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro" (fl. 18).

A Procuradoria-Geral da República é pela denegação da ordem (fls. 577/581).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Eros Grau (Relator): A prisão preventiva do paciente foi decretada nos seguintes termos (fls. 21/22):

(...) **defiro a cota ministerial**, inclusive na parte referente ao pedido de **prisão preventiva dos acusados**. Com efeito, indiscutível a ocorrência de crimes de extrema gravidade, existindo indícios suficientes do envolvimento dos acusados naquelas infrações. Ademais, também se acham presentes os motivos para a prisão preventiva. Ora, a própria dinâmica do evento demonstra a periculosidade da quadrilha, com envolvimento de vários policiais civis e militares, com total inversão de valores, ocorrendo o desvio de armamento do Estado para o tráfico. Com outras palavras, a quadrilha, inclusive policiais, dotava os traficantes de armas que seriam por estes usados contra os próprios colegas, tudo a demonstrar que usavam a função pública que exerciam em prol da criminalidade. Os elementos somente foram descobertos e detidos por força das escutas deferidas por este Juízo, eis que atuavam na clandestinidade, se aproveitando a maioria deles dos cargos que ocupavam, não podendo ser esquecido que a própria conveniência da instrução criminal criminal reclama a prisão cautelar, eis que, sendo policiais, evidentemente estariam a colocar em risco a colheita da prova. Os jornais noticiaram e ficaram espantados com a ação dos quadrilheiros, exigindo-se uma pronta resposta do Judiciário,

mesmo que ainda de caráter temporário, circunstância que também justifica o decreto de prisão preventiva.

Assim, decreto a prisão preventiva de todos os denunciados, expedindo-se os respectivos mandados de prisão.

2. Entre o julgamento do *habeas corpus* no STJ e esta impetração sobreveio sentença condenatória mantendo a prisão preventiva do paciente pelos mesmos fundamentos anteriormente declinados. Daí que, não havendo inovação nos termos da prisão cautelar, cabe conhecer da impetração também quanto a esse tópico.

3. É necessário esclarecer que foram prolatadas duas sentenças condenatórias. Isso se deu em razão de o Superior Tribunal de Justiça ter anulado a primeira em relação a um dos réus, determinando que este fosse julgado isoladamente. Não obstante, o Juiz anulou a sentença de todos, proferiu outra e abriu prazo recursal, o que, no entender dos impetrantes, contribuiu decisivamente para o excessivo tempo de prisão cautelar do paciente.

4. Examinei os autos detidamente e não visualizei qualquer comportamento protelatório da defesa. A demora na instrução processual deveu-se à complexidade dos autos e ao elevando número de réus. Mas não foi somente isso que contribuiu para o retardamento: a prolação, desnecessária, de outra sentença abrangendo a totalidade dos réus, em lugar de apenas um deles, deu causa ao excessivo tempo de prisão cautelar.

5. De outra banda, tenho por superadas as razões fáticas que justificaram a medida extrema de cerceio da liberdade. Primeiro, face a sua conclusão, por não serem mais necessárias à conveniência da instrução criminal; segundo, porque um dos efeitos da condenação, declarado na sentença, foi a perda do cargo, a implicar superveniente falta de justificativa no que tange à garantia da ordem pública.

6. A prisão preventiva é medida excepcional, devendo ser reavaliada periodicamente, evitando-se o cumprimento da pena sem o trânsito em julgado da sentença. Os fatos que justificam a prisão cautelar não sendo estáticos são passíveis de modificação no tempo. A Primeira Turma desta Corte decidiu nesse sentido, ao julgar o HC 90.464, Rel. o Min. Ricardo Lewandowski, cuja ementa transcrevo:

Penal. Processual penal. Habeas corpus. Crime de homicídio doloso. Art. 121, § 2º, IV, do Código Penal. Prisão preventiva. Garantia da ordem pública. Inexistência de elemento concreto que justifique a segregação cautelar. Constrangimento ilegal. Configuração. Instrução criminal finda. Andamento processual regular. Ausência de conturbação do ambiente prisional. Ameaça de testemunha. Inocorrência. Corréus que, ademais, foram libertados para responderem ao processo em liberdade. Princípio da igualdade. Paciente sem condenação criminal anterior.

I – A prisão preventiva deve ser reavaliada de tempos em tempos, tendo em vista que se modifica a condição do réu ou do indiciado no transcurso da *persecutio criminis*.

II – Inadmissível que a finalidade da custódia cautelar seja desvirtuada a ponto de configurar antecipação de pena. A gravidade do delito e a existência de prova de autoria não são suficientes para justificar a prisão preventiva.

III – No caso, a instrução criminal findou-se, e o paciente foi pronunciado juntamente com outros corréus na mesma ação a que respondem em liberdade à acusação a eles imputada. Manutenção da custódia do paciente representaria ofensa ao princípio da igualdade.

IV – Paciente que, ademais, não ameaçou testemunhas em conturbou a instrução criminal, além de não ter sido condenado em processo-crime anterior.

V – Ordem concedida.

(Grifei.)

7. A gravidade do crime e a circunstância de tratar-se de policial civil servem ao cálculo da pena, não sendo aptas, contudo, para embasar prisão preventiva.

8. Consta na sentença condenatória que o paciente é primário, possui bons antecedentes, ocupação lícita e residência fixa, sendo de se supor que, abstraída a ação penal a que responde, não é dado a atividades ilícitas.

9. Além de inexistir fundamentação concreta para a custódia cautelar, o paciente encontra-se preso desde julho de 2005, há aproximadamente três anos e meio, sem decisão transitada em julgado. O que entra em testilhas com o preceito veiculado pelo art. 5º, inciso LXXVII, da Constituição do Brasil.

Concedo a ordem, a fim de que o paciente aguarde em liberdade o trânsito em julgado de sua condenação.

EXTRATO DA ATA

HC 93.639/RJ — Relator: Ministro Eros Grau. Paciente: Ovídio Lorenzo Quitans. Impetrante: Carlos Eduardo Machado e outros. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: A Turma, por votação unânime, deferiu o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator. Ausente, justificadamente, neste julgamento, a Ministra Ellen Gracie.

Presidência do Ministro Celso de Mello. Presentes à sessão a Ministra Ellen Gracie e os Ministros Cezar Peluso, Joaquim Barbosa e Eros Grau. Compareceu à Turma o Ministro Gilmar Mendes, Presidente do Tribunal, a fim de julgar processos a ele vinculados, assumindo, nesta ocasião, a Presidência da Turma, de acordo com o art. 148, parágrafo único, RISTF. Subprocurador-Geral da República, Dr. Mário José Gisi.

Brasília, 16 de dezembro de 2008 — Carlos Alberto Cantanhede, Coordenador.

HABEAS CORPUS 94.731 — MT

Relator: O Sr. Ministro Dias Toffoli

Paciente: Manoel João Marques ou Manoel João Marques Rodrigues — Impetrante: Ulisses Rabaneda dos Santos — Coator: Superior Tribunal de Justiça

***Habeas corpus*. Processual penal. Crime de competência do Tribunal do Júri. Excesso de linguagem reconhecido. Desnecessidade de anulação do julgamento, sendo suficiente o desentranhamento do acórdão no qual foram proferidas as expressões extravagantes. Precedente.**

1. O acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça, ao conceder parcialmente a ordem para reconhecer o excesso de linguagem e vedar sua utilização na sessão de julgamento, não divergiu da orientação desta Suprema Corte, firmada no sentido de que, "(...) dada a necessidade de comprovação de prejuízo concreto (...), não há nulidade, sequer em tese, a ser declarada" (HC 89.088/PR, Primeira Turma, Rel. o Min. Sepúlveda Pertence, *DJ* de 1º-12-2006), se os jurados não tiverem acesso à pronúncia ou ao acórdão que a confirmou.

2. *Habeas corpus* denegado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Ministro Carlos Britto, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em indeferir o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 1º de dezembro de 2009 — Dias Toffoli, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Dias Toffoli: *Habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado pelo advogado Ulisses Rabaneda dos Santos em favor de Manoel João Marques, buscando que seja anulado o acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de Mato Grosso em razão de ter "invadido a competência do Tribunal do Júri, pois de forma velada condena o paciente, usando de grave excesso de linguagem" (fl. 3).

Aponta como autoridade coatora a Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, que, no julgamento do HC 85.691/MT, Relatora a Ministra **Maria Thereza Rocha de Assis Moura**, concedeu parcialmente a ordem para reconhecer o excesso de linguagem e vedar a sua utilização na sessão de julgamento, certificando-se nos autos apenas o resultado do julgamento da apelação. Também concedida a ordem, de ofício, para declarar a extinção da punibilidade do ora

paciente no tocante ao crime de lesões corporais, em virtude da ocorrência de prescrição. Confira-se a ementa desse julgado:

> *Penal. Processual penal. Habeas corpus*. Júri. 1. Veredicto do Conselho de Sentença. Desclassificação Para homicídio culposo. Recurso de apelação. Anulação do veredicto. Prova manifestamente contrária à prova dos autos. Excesso de linguagem. Ocorrência. Influência perniciosa na decisão soberana dos jurados. Possibilidade. Ordem concedida em parte. 2. Lesões corporais. Prescrição. Ocorrência. Ordem concedida de ofício. 3. Ordem concedida.
>
> 1. O acórdão que julga manifestamente contrária à prova dos autos a decisão proferida pelos jurados, remetendo o réu a novo julgamento, não pode se exceder de modo a prejulgá-lo, afastando categoricamente a versão do acusado e afirmando a ocorrência de dolo eventual, a pretexto de analisar o acervo probatório.
>
> 2. Impõe-se o reconhecimento da prescrição relativamente ao crime de lesões corporais, nos termos do artigo 109, V, do Código Penal, considerada a pena abstratamente cominada ao delito em questão.
>
> 3. Ordem concedida, em parte, para, reconhecido o excesso de linguagem, determinar o desentranhamento do aresto atacado dos autos da ação penal, bem assim a sua colocação em envelope lacrado, vedada a sua utilização na sessão de julgamento, certificando-se, todavia, nos autos, o resultado do julgamento da apelação. Ordem concedida, ainda, de ofício, para declarar extinta a punibilidade do paciente com relação ao crime de lesões corporais, diante da ocorrência de prescrição. (Fl. 26.)

Alega o impetrante que:

> (...)
>
> O paciente foi denunciado na comarca de Alta Floresta/MT, em junho de 1988, acusado de ter cometido o crime descrito no Art. 121 *caput* do Código Penal (Doc. 01).
>
> Instruído o feito, o paciente foi pronunciado (Doc. 02), sendo que, desta decisão, recorreu em sentido estrito a defesa.
>
> O Recurso acima descrito não foi conhecido pelo Tribunal de Justiça Estadual, conforme se verifica do acórdão acostado como Doc. 03.
>
> Posteriormente, foi o paciente levado a julgamento em Plenário do Júri, sendo que o Conselho de Sentença desclassificou a conduta para homicídio culposo, conforme se verifica da documentação anexa como Doc. 04.
>
> Em plenário, o juiz, condenando o paciente a uma pena de 01 ano de detenção, reconheceu a ocorrência da Prescrição da Pretensão Punitiva.
>
> Contra tal decisão, apelou o Ministério Público.
>
> Apresentadas as razões e contrarrazões do apelo, foi o recurso ministerial provido pela 1ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso, mandando o réu a novo julgamento (Doc. 05)
>
> A tese para a reforma da decisão de primeira instância foi a de que a decisão dos jurados foi manifestamente contrária à prova dos autos.
>
> Ocorre, i. Ministro, que no julgamento da apelação ministerial o TJ/MT invadiu a competência do Tribunal do Júri, pois de forma velada condena o paciente, usando de grave excesso de linguagem.
>
> **Por estas razões**, impetrou-se no STJ o *Habeas Corpus* 85691, relatado pela Ministra Maria Thereza Rocha de Assis e Moura.

No julgamento do *habeas corpus* perante o STJ, aquela corte de Justiça entendeu que o TJ/MT cometeu excesso de linguagem (...).

(...)

(...) ao invés de anular o julgamento do recurso e determinar que o TJ/MT proferisse outro acórdão sem os excessos, determinou que a decisão fosse desentranhada dos autos, apenas isto.

É este o ato atacado neste *habeas*.

(Fls. 3/4 – Grifos no original.)

Para fundamentar o pedido de liminar, sustenta que "a sessão de julgamento do paciente está prestes a ser designada na origem, demonstrando o perigo na demora" (fl. 10) e que "a fumaça do bom direito reside nas jurisprudências colacionadas bem como na própria decisão do STJ, que reconheceu a mácula no acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça de Mato Grosso" (fl. 10).

Ao final, requer que seja deferida a liminar para suspender "o processo na origem, sustando a realização de julgamento do paciente pelo júri até final julgamento do presente *writ*" (fl. 10). No mérito, pede a concessão da ordem "a fim de que, reformando parcialmente a decisão do STJ, seja **efetivamente anulado** o acórdão do TJ/MT que mandou o paciente a novo julgamento, **determinando-se que outro seja proferido**, respeitando-se os limites de linguagem estabelecidos" (fl. 11 – grifos no original).

O Ministro **Menezes Direito**, então Relator, indeferiu o pedido de liminar e solicitou informações ao Juízo do Tribunal do Júri da Comarca de Alta Floresta/MT sobre a ocorrência ou não da sessão de julgamento designada para o dia 27-3-2008 (fls. 104 a 107).

Em 11-6-2008, aquele Juízo informou que não houve o julgamento pelos motivos que expôs (fl. 114).

O Ministério Público Federal, pelo parecer da ilustre Subprocuradora-Geral da República Dra. **Cláudia Sampaio Marques**, manifestou-se pela denegação da ordem (fls. 117 a 125).

Em consulta ao sítio do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso, verifiquei que o julgamento do paciente pelo Tribunal do Júri foi designado para o dia 11-12-2009 (documento anexo).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Dias Toffoli (Relator): Conforme relatado, o presente *habeas corpus* volta-se contra acórdão da Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça que no julgamento do HC 85.691/MT, Relatora a Ministra **Maria Thereza Rocha de Assis Moura**, concedeu parcialmente a ordem para reconhecer o excesso de linguagem e vedar a sua utilização na sessão de julgamento, certificando nos autos apenas o resultado do julgamento da apelação. A ordem foi também concedida, de ofício, para declarar extinção da punibilidade

do ora paciente no tocante ao crime de lesões corporais, em virtude da ocorrência de prescrição

Nesta ação, o impetrante busca a anulação do julgado proferido pelo Tribunal de Justiça de Mato Grosso na apelação do paciente, em razão de ter invadido "a competência do Tribunal do Júri, pois de forma velada condena o paciente, usando de grave excesso de linguagem" (fl. 3).

A ordem deve ser denegada.

Tem-se nos autos que o paciente foi denunciado pelos crimes de homicídio praticado contra sua esposa (art. 121, *caput*, c/c art. 61, inciso II, alínea *e*, do CP) e lesão corporal (art. 129, *caput*, do CP), em concurso de agentes (art. 29 do CP). Após a instrução do feito, foi ele pronunciado pelos crimes acima referidos.

Submetido a julgamento pelo Tribunal do Júri, o Conselho de Sentença desclassificou a conduta para homicídio culposo, sendo o paciente condenado a 1 ano de detenção. Em favor do paciente, quando da aplicação da pena, foi reconhecida a ocorrência da prescrição da pretensão punitiva.

Contra tal decisão, o Ministério Público estadual interpôs apelação, visando anular a decisão do Conselho de Sentença, sob o fundamento de que estaria em desconformidade com a prova dos autos. A apelação foi provida, conforme os termos abaixo:

> (...)
>
> A tese sustentada pela defesa foi a de que o réu praticou o crime de homicídio na forma culposa, posto que não desejava na oportunidade a morte da vítima, mas, apenas, agredi-la, que o evento se verificou por imprudência no manejo da arma que disparou acidentalmente, tese que foi acatada pelo egrégio Conselho de Sentença.
>
> Entretanto, a acurada análise dos elementos coligidos aos autos evidenciam o desacerto da decisão, pois, seguramente, denota-se, no mínimo, a existência do dolo eventual na conduta do apelado.
>
> Entre os aspectos que antecederam o crime e que devem ser ressaltados, figura o fato de que o réu foi até a casa do amante de sua esposa, ouviu as vozes dela e dele juntos no quarto, e, numa calma inusitada, voltou para sua casa, pegou a arma, passou na casa dos cunhados, e voltou com eles no local em que se encontrava a esposa. Ora, se a sua intenção era apenas a de flagrar a esposa adúltera, poderia tê-lo feito na primeira ocasião que se dirigiu até a casa de Miguel e teve a certeza de que ela lá se encontrava, mas não, preferiu voltar para que pudesse retornar levando consigo a arma de fogo que utilizaria no crime.
>
> No trajeto até a casa de Miguel os irmãos de Verônica solicitaram várias vezes ao réu que lhes entregasse a arma de fogo, porém, este negou-se peremptoriamente a entregá-la, atitude que já deixava transparecer o seu desígnio. Lá chegando, Horácio, começou a chamar sua irmã pelo nome, pedindo o réu, contudo, que ele parasse e, ao invés disto, arrombassem a porta, pois queria flagrar Verônica e Miguel.
>
> (...)
>
> Sob o aspecto da prova técnica, lamentavelmente, os elementos dos autos deixam a desejar.
>
> Ainda assim, colhe-se no laudo de fls. 44-TJ, que existiam resíduos de sangue humano na parte externa da arma, localizados na parte lateral da mira e parte frontal

da mesma, também, na parte interna do cano da mesma, não se constatando, porém, a presença de sangue humano na coronha da arma.

A ausência de sangue humano na coronha faz cair por terra a afirmação de agressão a coronhadas, ademais, se ele tivesse batendo com a coronha necessariamente o disparo acidental teria sido ou para cima ou para baixo, nunca atingindo a cabeça da vítima de cima para baixo (fls. 16/17-TJ).

Em plenário, o Cabo Moacyr Silva, que apreendeu a arma de fogo, declarou que manobrou a arma para ver se a mesma estava travada e não viu qualquer cápsula deflagrada no cano da mesma, que a arma era automática e de calibre 7.65, que quando se aciona o gatilho de tal tipo de arma, a tendência é que este ejete para fora do tambor a cápsula deflagrada (fl. 329 – TJ).

(...)

Assim, vê-se que a decisão não encontra qualquer amparo na prova que demonstre de forma inequívoca que, embora o réu pudesse não desejar a morte da vítima, em virtude de agressão com arma de fogo carregada, assumiu claramente o risco de produzir o resultado morte.

O procedimento delituoso do réu, culminando com um tiro fatal na vítima nas condições já relatadas, *data venia*, reveste-se de dolo eventual.

Ad argumentadum tantum, assiste razão ao apelante quanto a matéria arguida em preliminar referente à impossibilidade do reconhecimento da incidência da prescrição retroativa na própria sentença condenatória, que reclama, *ex vi* do disposto no artigo 110, § 1º, do Código Penal, o trânsito em julgado para a acusação.
(Fls. 81 a 84.)

Foi, então, impetrado *habeas corpus* ao Superior Tribunal de Justiça com o objetivo de anular o julgado proferido pela Primeira Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado de Mato Grosso, em virtude do excesso de linguagem presente no acórdão, o que poderia ser uma influência negativa sobre a decisão dos jurados.

A Sexta Turma daquela Corte concedeu parcialmente a ordem para reconhecer o excesso de linguagem e vedar a sua utilização na sessão de julgamento, bem como para declarar extinta a punibilidade do paciente relativamente aos crimes de lesões corporais.

A decisão ora questionada tem a seguinte ementa:

Penal. Processual penal. Habeas corpus. Júri. 1. Veredicto do Conselho de Sentença. Desclassificação para homicídio culposo. Recurso de apelação. Anulação do veredicto. Prova manifestamente contrária à prova dos autos. Excesso de linguagem. Ocorrência. Influência perniciosa na decisão soberana dos jurados. Possibilidade. Ordem concedida em parte. 2. Lesões corporais. Prescrição. Ocorrência. Ordem concedida de ofício. 3. Ordem concedida.

1. O acórdão que julga manifestamente contrária à prova dos autos a decisão proferida pelos jurados, remetendo o réu a novo julgamento, não pode se exceder de modo a prejulgá-lo, afastando categoricamente a versão do acusado e afirmando a ocorrência de dolo eventual, a pretexto de analisar o acervo probatório.

2. Impõe-se o reconhecimento da prescrição relativamente ao crime de lesões corporais, nos termos do artigo 109, V, do Código Penal, considerada a pena abstratamente cominada ao delito em questão.

> 3. Ordem concedida, em parte, para, reconhecido o excesso de linguagem, determinar o desentranhamento do aresto atacado dos autos da ação penal, bem assim a sua colocação em envelope lacrado, vedada a sua utilização na sessão de julgamento, certificando-se, todavia, nos autos, o resultado do julgamento da apelação. Ordem concedida, ainda, de ofício, para declarar extinta a punibilidade do paciente com relação ao crime de lesões corporais, diante da ocorrência de prescrição.
> (Fl. 18.)

O acórdão proferido pela Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do HC 85.691/MT, ao conceder parcialmente a ordem para reconhecer o excesso de linguagem e vedar sua utilização na sessão de julgamento, não divergiu da orientação dessa Suprema Corte firmada no sentido de que, "(...) dada a necessidade de comprovação de prejuízo concreto (...), não há nulidade, sequer em tese, a ser declarada" (HC 89.088/PR, Primeira Turma, Rel. o Min. **Sepúlveda Pertence**, *DJ* de 1º-12-2006). Afastado, assim, o *fumus boni iuris.*

Importante ressaltar, ainda, os aspectos considerados pelo Ministério Público Federal, que se manifestou pela denegação da ordem nos seguintes termos:

> (...)
> 16. A pretensão, entretanto, não merece ser acolhida. É que a decisão do Tribunal de determinar o desentranhamento da decisão e a sua colocação em envelope lacrado, atendeu à pretensão do réu de impedir que os jurados sejam influenciados em sua decisão pelas conclusões tomadas pelo Tribunal de Justiça no julgamento da apelação.
> 17. Não há, assim, prejuízo algum ao paciente. Este deverá ser submetido a novo julgamento, sem que os jurados tenham acesso aos motivos que embasaram o julgamento da apelação.
> 18. A pretensão da defesa de que o Tribunal profira novo julgamento da apelação tem por objetivo apenas protelar o julgamento do paciente pelo Tribunal do Júri, conduzindo-o à prescrição. Cabe lembrar que o fato atribuído ao paciente ocorreu em 1988.
> 19. É relevante anotar que um novo julgamento que venha a ser proferido pelo Tribunal de Justiça não trará ao paciente nenhum outro benefício, pois o Tribunal se limitará a repetir o julgamento anterior, determinando a submissão do paciente a novo júri, apenas cuidando em não externar um juízo que possa influir sobre a decisão dos jurados.
> 20. Nesse contexto, o desentranhamento da decisão e a sua colocação em um envelope lacrado atendeu à mesma finalidade, não havendo razão para que o Tribunal renove o julgamento da apelação.
> 21. Finalmente, registre-se que por contato telefônico feito ao Juízo da Quinta Vara da Comarca de Alta Floresta atestou-se que o julgamento do paciente, marcado para o dia 27/03/2008, ainda não foi realizado.
> (Fls. 124/125.)

Ante o exposto, e considerando o parecer do Ministério Público Federal, denego a ordem de *habeas corpus*.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, tem-se sinalização de que o Tribunal de Justiça substitui-se ao corpo de jurados. Essa sinalização está, com todas as letras, na proibição de divulgação aos jurados do acórdão que implicou a determinação de ser realizado novo júri. É uma peça proibida.

Então, há algo equivocado. O que tivemos na espécie? Vou ler a fundamentação do acórdão do Tribunal de Justiça. Perante o corpo de jurados, surgiram duas teses: uma no sentido da existência do dolo – crime doloso contra a vida – e outra no sentido da forma culposa do homicídio.

E os jurados, independentes nesse crivo, concluíram pela prevalência da tese do homicídio culposo. Vejam os colegas os fundamentos na substituição que apontei – essa substituição foi implicitamente admitida pelo Superior Tribunal de Justiça, no que proibiu a revelação desse acórdão ao corpo de jurados:

> A tese sustentada pela defesa foi a de que o réu praticou o crime de homicídio na forma culposa, posto que não desejava na oportunidade a morte da vítima, mas apenas, agredi-la, que o evento se verificou por imprudência no manejo da arma que disparou acidentalmente, tese que foi acatada pelo egrégio Conselho de Sentença.
>
> Entretanto, a curada análise dos elementos coligidos aos autos evidenciam o desacerto da decisão, pois, seguramente, denota-se, no mínimo, a existência do dolo eventual na conduta do apelado.
>
> Entre os aspectos que antecederam o crime e que devem ser ressaltados figura o fato de que o réu foi até a casa do amante de sua esposa, ouviu as vozes dela e dele juntos no quarto, e numa calma inusitada – voltou para sua casa, pegou a arma, passou na casa dos cunhados – voltou com eles ao local em que se encontrava a esposa.

Certamente, ele não queria testemunhas. Não iria querer testemunhas, principalmente os irmãos da vítima, do crime doloso a ser praticado, o homicídio.

> Ora, se a sua intenção era apenas a de flagrar a esposa adúltera, poderia tê-lo feito na primeira ocasião que se dirigiu até a casa de Miguel e teve a certeza de que ela lá se encontrava, mas não, preferiu voltar para que pudesse retornar levando consigo a arma de fogo que utilizaria no crime.
>
> No trajeto até a casa de Miguel os irmãos de Verônica solicitaram várias vezes ao réu que lhes entregasse a arma de fogo, porém este negou-se peremptoriamente a entregá-la, atitude que já deixava transparecer o seu desígnio. Lá chegando, Horácio, começou a chamar sua irmã pelo nome, pedindo o réu, contudo, que ele parasse e, ao invés disto, arrombassem a porta, pois queria flagrar, com o testemunho dos irmãos, Verônica e Miguel.
>
> Sob o aspecto da prova técnica, lamentavelmente, os elementos dos autos deixam a desejar, ainda assim colhe-se, no laudo de folha, que (...).

Leio apenas para mostrar que a situação mostrou-se ambígua e o corpo de jurados, na independência preconizada pela Carta, concluiu de uma forma.

> (...) existiam resíduos de sangue humano na parte externa da arma localizados na parte lateral da mira e parte frontal da mesma, também, na parte interna do cano da mesma, não se constatando, porém, a presença de sangue humano na coronha da arma.
>
> A ausência de sangue humano na coronha faz cair por terra a afirmação de agressão à coronhadas, ademais, se ele estivesse batendo com a coronha necessariamente o disparo acidental teria sido ou para cima ou para baixo (...)

Quer dizer, uma situação realmente ambígua e houve a opção pelo corpo de jurados.

> Em Plenário, o Cabo Moacyr Silva, que apreendeu a arma de fogo, declarou que manobrou a arma para ver se a mesma estava travada e não viu qualquer cápsula deflagrada no cano da mesma, que a arma era automática de calibre 7.65, que quando se aciona o gatilho de tal tipo de arma, a tendência é que este ejete para fora do tambor a cápsula deflagrada.
>
> Assim, vê-se que a decisão não encontra qualquer amparo na prova, que demonstra de forma inequívoca que, embora o réu pudesse não desejar a morte da vítima, em virtude de agressão com arma de fogo carregada assumiu claramente o risco de produzir o resultado morte.
>
> O procedimento delituoso do réu, culminando com um tiro fatal na vítima nas condições já relatadas, *data venia*, reveste-se de dolo eventual.
>
> *Ad argumentadum tantum*, assiste razão ao apelante quanto à matéria arguida em preliminar referente à impossibilidade de reconhecimento da incidência da prescrição retroativa na própria sentença condenatória.

Presidente, a decisão manifestamente contrária à prova dos autos não coabita o mesmo teto das premissas lançadas pelo Tribunal de Justiça. Houve, pelo Tribunal de Justiça, uma opção que é dada pela Carta da República não a ele, Tribunal de Justiça. Por isso, o recurso contra decisão do Tribunal do Júri é limitado.

Tenho sustentado, Presidente, que há de se conferir alguma valia à intangibilidade do veredicto dos jurados, tal como prevista na Constituição Federal, e que situações em que se assenta ser a decisão manifestamente contrária à prova dos autos revelam exceções maiores.

Por isso, Presidente, até mesmo considerando, repito, a proibição do Superior Tribunal de Justiça de se mostrar esse acórdão ao corpo de jurados, peço vênia para conceder a ordem e declarar subsistente o veredito.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Presidente): Ministro Marco Aurélio, eu tenho na medida cautelar no HC 94.730, Mato Grosso do Sul, uma decisão na linha do voto de Vossa Excelência.

Eu vou ler um trecho do meu voto, então proferido. Ali também se colocava em confronto, em estado de fricção a soberania e o duplo grau de jurisdição ou o recurso para uma segunda instância, e eu disse:

> Esse reconhecimento do direito ao duplo grau de jurisdição nas causas de competência do Tribunal do Júri não constitui, porém, licença aos nossos Tribunais de Justiça para a inversão do resultado do julgamento, sempre que prevalecer a

tese defensiva. O exame constitucional do tema, a meu sentir, exige do intérprete da norma a calibração de valores constitucionais da mais alta grandeza – soberania do veredicto do Tribunal do Júri e duplo grau de jurisdição – de modo a encontrar, em cada situação concreta, os limites da revisão das decisões do Tribunal do Júri. Na busca por critérios de definição de tais limites, a doutrina processual penal assentou o entendimento de que se a decisão popular está embasada em algumas das versões fáticas postas em julgamento, não há fundamentação idônea para a sua revisão. Critério esse também perfilhado pela jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal, *verbis*:

> "*Ementa. Habeas corpus. Processo penal. Júri. Decisão manifestamente contrária à prova dos autos (Código de Processo Penal, art. 593, III, d). Inocorrência. Ordem concedida*. 1. Decisão dos jurados, os quais, após apreciarem as teses esposadas em Plenário, optam pela absolvição do réu. 2. Se a decisão dos jurados estiver apoiada em algum elemento probatório, não há falar-se em decisão manifestamente contrária à prova dos autos. 3. Ordem concedida, para anular o acórdão do Tribunal Regional da 3ª Região que reformara a sentença absolutória. (HC 83.691, Rel. Min. Joaquim Barbosa.)"

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Presidente, Vossa Excelência me permite um pequeníssimo aparte?

O Sr. Ministro Carlos Britto (Presidente): Pois não!

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Interessantemente, eu aqui vendo os autos, verifico que na inicial deste *habeas corpus*, o impetrante pede seja anulado o julgamento do TJ de Mato Grosso, para que outro julgamento seja proferido.

E, como bem observou no caso aqui o Ministério Público em seu parecer, o que ocorrerá muito provavelmente? O Tribunal repetirá o julgamento que fez, ou seja, anulando a decisão do júri, eventualmente sem esses excessos de linguagem que o STJ procurou então delimitar, enfim permitir.

O Sr. Ministro Dias Toffoli (Relator): O júri está marcado para o dia 11 agora, semana que vem.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: O Ministério Público aqui lembra que ocorrerá provavelmente isto. O Tribunal repetirá sua decisão; então haverá certamente um novo júri. O que vai acontecer? Segundo alvitra o Ministério Público Federal possivelmente ocorrerá a prescrição, porque o crime atribuído ao paciente ocorreu em 1988.

De maneira que este é o quadro. Com a decisão do STJ, justificando o meu voto que foi muito sucinto, nenhum prejuízo sofrerá o paciente, porque realmente o julgamento será anulado, será refeito o julgamento pelo júri e os jurados não terão conhecimento desse detalhamento das provas que foi feito pelo Tribunal de Justiça do Mato Grosso. Apenas isso. Claro que não querendo, evidentemente, influenciar o juízo de Vossa Excelência – sempre bem fundamentado – apenas para justificar o meu voto.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Presidente): De qualquer sorte, o resultado do julgamento aqui, nesta Primeira Turma, já se desenha a três votos pela denegação e dois votos.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: É muito sintomático que o marido passe na casa dos irmãos da vítima, seja por eles acompanhado, peça que arrombem a porta para o flagrante do adultério e tenha a intenção, mesmo assim, de matá-la. Foi esse o quadro com o qual se defrontou o corpo de jurados.

O Sr. Ministro Dias Toffoli (Relator): Ministro **Marco Aurélio**, tem certas culturas que, infelizmente, hoje, em pleno século XXI, a própria família da mulher rechaça a mulher que traiu. Eu acho que está no momento de nós termos uma postura mais rigorosa.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: No Brasil, ainda vinga a solidariedade dos consanguíneos, o que não ocorre em outros países, onde a adúltera é, até mesmo, apedrejada pelos próprios parentes.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Presidente): É o que se chamava de lapidação.

Bem, vou perfilhar o entendimento do Ministro Marco Aurélio fiel a esse voto que já proferi, no HC 94.730.

EXTRATO DA ATA

HC 94.731/MT — Relator: Ministro Dias Toffoli. Paciente: Manoel João Marques ou Manoel João Marques Rodrigues. Impetrante: Ulisses Rabaneda dos Santos. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: Por maioria de votos, a Turma indeferiu o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator; vencidos os Ministros Marco Aurélio e Carlos Ayres Britto, Presidente.

Presidência do Ministro Carlos Ayres Britto. Presentes à sessão os Ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Dias Toffoli. Subprocurador-Geral da República, Dr. Wagner de Castro Mathias Netto.

Brasília, 1º de dezembro de 2009 — Ricardo Dias Duarte, Coordenador.

HABEAS CORPUS 95.443 — SC

Relatora: A Sra. Ministra Ellen Gracie

Paciente: Juliano Schumacher e Marcelo Kohler — Impetrante: Fabrício de Alencastro Gaertner e outros — Coator: Superior Tribunal de Justiça

***Habeas corpus*. Crime contra a ordem tributária. Instauração de inquérito policial antes do encerramento do procedimento administrativo-fiscal. Possibilidade quando se mostrar imprescindível para viabilizar a fiscalização. Ordem denegada.**

1. A questão posta no presente *writ* diz respeito à possibilidade de instauração de inquérito policial para apuração de crime contra a ordem tributária, antes do encerramento do procedimento administrativo-fiscal.

2. O tema relacionado à necessidade do prévio encerramento do procedimento administrativo-fiscal para configuração dos crimes contra a ordem tributária, previstos no art. 1º da Lei 8.137/1990, já foi objeto de aceso debate perante esta Corte, sendo o precedente mais conhecido o HC 81.611 (Min. Sepúlveda Pertence, Pleno, julgamento em 10-12-2003).

3. A orientação que prevaleceu foi exatamente a de considerar a necessidade do exaurimento do processo administrativo-fiscal para a caracterização do crime contra a ordem tributária (Lei 8.137/1990, art. 1º). No mesmo sentido do precedente referido: HC 85.051/MG, Rel. Min. Carlos Velloso, *DJ* de 1º-7-2005; HC 90.957/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ* de 19-10-2007; e HC 84.423/RJ, Rel. Min. Carlos Britto, *DJ* de 24-9-2004.

4. Entretanto, o caso concreto apresenta uma particularidade que afasta a aplicação dos precedentes mencionados.

5. Diante da recusa da empresa em fornecer documentos indispensáveis à fiscalização da Fazenda estadual, tornou-se necessária a instauração de inquérito policial para formalizar e instrumentalizar o pedido de quebra do sigilo bancário, diligência imprescindível para a conclusão da fiscalização e, consequentemente, para a apuração de eventual débito tributário.

6. Desse modo, entendo possível a instauração de inquérito policial para apuração de crime contra a ordem tributária, antes do encerramento do processo administrativo-fiscal, quando for imprescindível para viabilizar a fiscalização.

7. Ante o exposto, denego a ordem de *habeas corpus*.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a Presidência do Ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, denegar a ordem, nos termos do voto da Relatora.

Brasília, 2 de fevereiro de 2010 — Ellen Gracie, Relatora.

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Ellen Gracie: 1. Trata-se de *habeas corpus* impetrado contra julgamento colegiado do Superior Tribunal de Justiça em outro *writ* anteriormente aforado perante aquela Corte (HC 48.822/SC), que ficou assim ementado:

> *Habeas corpus. Crime contra a ordem tributária. Lei 8.137/90. Lançamento definitivo do tributo. Nulidade das provas produzidas no inquérito policial. Quebra de sigilo bancário. Irregularidade. Não ocorrência.*
>
> 1. Na esteira da compreensão firmada pelo Supremo Tribunal Federal, esta Corte vem entendendo não ser possível o indiciamento ou a deflagração de ação penal pela prática do crime previsto no art. 1º da Lei 8.137/90 enquanto não houver lançamento definitivo do tributo.
>
> 2. No caso em exame, contudo, os processos administrativos estão concluídos, não havendo que se falar em falta de justa causa para a ação penal ou para o prosseguimento do inquérito policial, eis que constituído definitivamente o crédito tributário.
>
> 3. "Tratando-se de inquérito policial em que a investigação transcende a mera apuração do delito de sonegação fiscal, uma vez que as demais condutas não guardam relação com a conclusão do procedimento administrativo-fiscal, não há falar em trancamento do inquérito." (RHC 19.083/SP, Relator o Ministro Arnaldo Esteves Lima, *DJU* de 4-12-06).
>
> 4. Não se encontrando o *writ* devidamente instruído com cópia da peça investigativa, não há como enfrentar a afirmação de que o inquérito não faz qualquer alusão à prática de outros delitos que não aqueles definidos na Lei 8.137/90.
>
> 5. *Habeas corpus* denegado.

Narra a inicial que a empresa MC JU Indústria e Comércio de Confecções Ltda., da qual os pacientes foram sócios, sofreu fiscalização por parte da Fazenda Estadual de Santa Catarina (fl. 2).

Informam os impetrantes que, em razão da fiscalização, foi remetida representação fiscal ao Ministério Público Estadual solicitando a quebra do sigilo bancário da empresa para apuração da prática de crime contra a ordem tributária (fl. 3).

Noticiam que o *Parquet* estadual requisitou a instauração de inquérito policial para apuração de infrações penais contra a ordem tributária, indicando para a autoridade policial a necessidade de quebra do sigilo bancário da empresa. Instaurado o inquérito, foi feita representação, acolhida pelo Juízo da Comarca de Brusque/SC, no sentido do afastamento do sigilo bancário da MC JU (fl. 3).

Ressaltam que o inquérito policial está aguardando, em juízo, a conclusão do procedimento administrativo-fiscal para a consequente instauração de ação penal (fl. 4).

Foi impetrado *habeas corpus* perante o Tribunal de Justiça de Santa Catarina, que restou indeferido.

Houve nova impetração, desta vez perante o Superior Tribunal de Justiça, que também denegou a ordem.

Alegam, em síntese, os impetrantes: a) ilegalidade na instauração de inquérito policial antes da conclusão do procedimento administrativo-fiscal; b) que o posterior encerramento do procedimento administrativo-fiscal não convalida anterior iniciativa de instauração de inquérito policial; e c) ilegalidade da prova obtida por meio da quebra de sigilo bancário decretada judicialmente.

Requerem a concessão da ordem para decretar a nulidade e o trancamento do inquérito policial (fl. 9).

2. Decisão indeferindo a liminar (fls. 100/102).

3. Parecer da Procuradoria-Geral da República no sentido da denegação da ordem (fls. 108/131).

4. Petição dos impetrantes requerendo sejam intimados para a sessão de julgamento (fl. 134).

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Relatora): 1. A questão posta no presente *writ* diz respeito à possibilidade de instauração de inquérito policial para apuração de crime contra a ordem tributária, antes do encerramento do procedimento administrativo-fiscal.

2. O tema relacionado à necessidade do prévio encerramento do procedimento administrativo-fiscal para configuração dos crimes contra a ordem tributária, previstos no art. 1º da Lei 8.137/1990, já foi objeto de aceso debate perante esta Corte, sendo o precedente mais conhecido o HC 81.611 (Min. Sepúlveda Pertence, Pleno, julgamento em 10-12-2003), que teve a seguinte ementa:

> Ementa: I. Crime material contra a ordem tributária (Lei 8.137/1990, art. 1º): lançamento do tributo pendente de decisão definitiva do processo administrativo: falta de justa causa para a ação penal, suspenso, porém, o curso da prescrição enquanto obstada a sua propositura pela falta do lançamento definitivo.
>
> 1. Embora não condicionada a denúncia à representação da autoridade fiscal (ADI 1.571-MC), falta justa causa para a ação penal pela prática do crime tipificado no art. 1º da Lei 8.137/1990 – que é material ou de resultado –, enquanto não haja decisão definitiva do processo administrativo de lançamento, quer se considere o lançamento definitivo uma condição objetiva de punibilidade ou um elemento normativo de tipo.

2. Por outro lado, admitida por lei a extinção da punibilidade do crime pela satisfação do tributo devido, antes do recebimento da denúncia (Lei 9249/1995, art. 34), princípios e garantias constitucionais eminentes não permitem que, pela antecipada propositura da ação penal, se subtraia do cidadão os meios que a lei mesma lhe propicia para questionar, perante o Fisco, a exatidão do lançamento provisório, ao qual se devesse submeter para fugir ao estigma e às agruras de toda sorte do processo criminal.

3. No entanto, enquanto dure, por iniciativa do contribuinte, o processo administrativo suspende o curso da prescrição da ação penal por crime contra a ordem tributária que dependa do lançamento definitivo.

3. Naquela oportunidade, manifestei posição contrária àquela que prevaleceu com base nos votos que representaram a maioria. Aproveito para reproduzir, neste caso, os principais trechos do voto que apresentei:

(...)

Concordo com o Relator que o término do procedimento administrativo não constitui condição exigida pela lei para o exercício da ação penal ou para fins de recebimento da denúncia (CPP, art. 43, III, parte final).

O que este Tribunal decidiu na ADI 1.571-MC é que a norma do art. 83 da Lei 9.430/1996 não resultava em prejuízo às atividades do Ministério Público, eis que endereçada ela, a norma do art. 83, ao agente fiscal fixando o "momento a partir do qual se faz obrigatória para a autoridade fiscal a remessa da *notitia criminis* ao MP." (voto Pertence, fl. 17).

(...) Ou seja, a norma do art. 83 não se endereça ao Ministério Público, mas visa a impedir que dele se soneguem informações que, necessariamente, levariam a propositura de ação penal, nos crimes contra a ordem tributária.

Mas não me filio à corrente que sustenta seja a ação de que o paciente é acusado crime de resultado e, mais, que se precise apurar resultado certo ou líquido, para que o Ministério Público tenha justa causa para a instauração da ação penal.

(...)

3 – Se, como argumenta o eminente Relator, o delito do art. 1º da Lei 8.137/1990 é crime material, de dano ou resultado, ou – no máximo "tipo misto alternativo, porém de resultado" (voto Pertence, fl. 20) –, o fato de omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias (inciso I); fraudar a fiscalização tributária omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei (inciso II), só haverá justa causa para instauração da ação penal quando de tal atuação resulte a supressão ou dedução de tributo devido. E isso só será possível afirmar quando encerrada a discussão inaugurada pelo contribuinte a partir da impugnação do auto de infração.

Para o eminente Relator, o legislador brasileiro, ao redigir a Lei 8.137/1990, involuiu no tratamento penal dessas condutas, em relação ao que dispunha a Lei 4.729/1965, onde, claramente, as condutas similares eram penalizadas independentemente de efetiva lesão ao fisco.

Parece-me que assim não é. Que a punibilidade da conduta esteja presente mesmo antes do desfecho da impugnação administrativa pode ser demonstrada pelo dispositivo da Lei 9.429/1995, art. 34, que autoriza a extinção dessa punibilidade, desde que pagos os tributos antes do recebimento da denúncia. E que o legislador pretendesse tornar mais rigorosa a punição dos sonegadores, revela-se na penalidade exacerbada.

Não é razoável imaginar que o legislador que ampliou a penalidade para o delito em questão tenha, no mesmo ato, inviabilizado sua persecução criminal. O caso se presta para esta demonstração. Os fatos ocorreram em 1991 e 1992, a denúncia foi recebida em 1998, com já metade do prazo prescricional decorrido. Estamos em 2003 e o contribuinte anuncia sua intenção de seguir percorrendo a via administrativa. Por ora, aguarda a publicação da decisão do Conselho de Contribuintes datada de 7-11-2001. O novo recurso, desta feita à Câmara Superior de Recursos Fiscais, ainda não é o derradeiro, pois depois dele cabe apelo ao Ministro de Estado. Ou seja, se for deferido o pleito de trancamento da ação penal e anulado o recebimento da denúncia, será de todo impossível fazê-lo processar pelos fatos que constituem, segundo penso, delitos contra a ordem tributária.

Se não fora assim, poderíamos nos encontrar diante de uma situação paradoxal. Ela surgiria quando a autoridade fazendária deixasse transcorrer o prazo de 5 anos para o lançamento. Nesta hipótese, mesmo havendo ocorrido a supressão de tributo, o delito, que tem prazo prescricional de 12 anos, não seria punível! A demonstração pelo absurdo serve para revelar que as esferas administrativa e penal são efetivamente independentes.

O entendimento da questão passa pela definição do lançamento, seja como momento do nascimento da obrigação tributária, seja como mero acertamento de seu valor definitivo.

Para alcançar sua refinada construção sobre a natureza do lançamento, o raciocínio de Souto Maior Borges, adotado pelo eminente Relator, suprime premissa básica. Segundo ele, o lançamento corresponderia à criação da **norma individual da obrigação tributária concreta**, fundada na "obrigação tributária de caráter geral e abstrato nascida com a ocorrência do fato jurídico-tributário", mas sempre inovadora e, pois, com "carga de construtividade" em relação a ela.

Com escusas pela ousadia em dissentir do ilustre autor, entendo que a obrigação tributária de caráter geral e abstrato não é a ocorrência do fato jurídico tributário, aquilo que, melhor que ninguém, descreveu Geraldo Ataliba como o fato gerador da obrigação tributária. A obrigação tributária de caráter geral e abstrato é a que se contém na lei. Lá estão descritas, com precisão, as hipóteses de incidência tributária. Quando ocorra o fato típico nela previsto, a obrigação tributária se concretiza e individualiza. Sabe-se, a partir daí, quem deve, quanto deve e quando se deverá fazer o recolhimento.

Ora, quando, no mundo dos fatos, se intermedeia a venda de 360 unidades habitacionais e se auferem resultados financeiros decorrentes de tal atividade, o fato torna-se juridicamente relevante para efeitos tributários e sujeita seu titular ao atendimento de impostos que estão, desde já, certos e definidos em seus elementos fundamentais: base de cálculo, alíquotas, vencimento e obrigações acessórias. Pode suceder – como parece ter ocorrido no caso – que o contribuinte, pela boa razão de haver ocultado seus ganhos à fiscalização, se viu obrigado a também omitir prejuízos que, eventualmente, sofreu e que teriam repercussão sobre os valores a serem recolhidos. No procedimento administrativo tais prejuízos foram reconhecidos e o valor inicial da autuação acabou reduzido. Isso não quer dizer, porém, que não fosse certa, desde a ocorrência do fato gerador, a obrigação tributária que, inatendida no vencimento, teve seu ingresso suprimido aos cofres públicos.

Não foi o julgamento redutor do conselho de contribuintes que tornou certa a obrigação tributária. A lei já continha os dispositivos que autorizaram o Conselho a reconhecer e acatar a comprovação tardia das perdas verificadas nos exercícios de 92 e 93 e, assim, reduzir o valor bruto inicialmente apurado.

O tributo era devido em seu vencimento e este prazo tem cômputo que parte da data do fato gerador. As obrigações tributárias são devidas, todos sabemos, em prazo certo. E, seja no montante inicialmente levantado pela autuação, seja naquele reduzido pelo Conselho – não importa a dimensão – o tributo era devido e deixou de ser atendido no vencimento. Não há previsão de arrecadação que se sustente, nem projeção orçamentária possível sem a expectativa de que a atividade econômica do país, num determinado exercício fiscal, gere um quantitativo determinado de ingressos. Quando a inadimplência, como no caso, resulte de omissão absoluta de comunicação da ocorrência das operações tributáveis, a conduta atrai a sanção penal.

Querer erigir o lançamento e seus efeitos preclusivos em relação ao fisco, em momento a partir do qual surja para o contribuinte a obrigação de colaborar no custeio da máquina pública, é inverter o fluxo determinado em lei. A preclusão, que se opera em favor do contribuinte, não pode ser transformada em *dies a quo* do nascimento da obrigação tributária.

Aliás, à base de tanta controvérsia parece estar um equívoco que coloca em polos opostos contribuintes e fisco. A relação tributária se estabelece, na realidade, entre a sociedade e seus membros que nela encontram o respaldo de seus direitos e para com ela assumem obrigações, na forma da lei. A administração tributária intermedeia o recolhimento das obrigações tributárias, nada mais. Se este setor do serviço público for ineficiente ou insuficiente para evitar que alguns membros da sociedade se furtem a suas obrigações, nem por isso deixa o MP de ter justa causa para a ação penal, independentemente da fixação exata do *quantum debeatur*.

O eminente Relator, ademais, dá consequência diversa à eficácia preclusiva da decisão administrativa, quer ela seja favorável ou desfavorável ao contribuinte (voto Pertence, fls. 25/27), o que me parece sistematicamente inaceitável.

Se a impugnação do contribuinte for julgada improcedente, a decisão não constituiria elemento essencial do tipo, mas assumiria eficácia puramente declaratória, com a consequência de retroatividade do lançamento à data de consumação do fato gerador.

Logo, no caso, é daí que correria a prescrição da pretensão punitiva. Vale dizer, o MP só daria início a sua atuação ou o juiz só receberia a denúncia dela resultante, com a defasagem que vai desde a ocorrência dos fatos até sua verificação pela autoridade fiscal, consubstanciada na autuação. A essa defasagem se acrescentaria o tempo necessário ao trâmite do processo administrativo que veicula a inconformidade do contribuinte. Ou seja, nem mesmo o largo prazo prescricional previsto para o delito seria suficiente para evitar a impunidade generalizada das condutas desta espécie.

A mesma fórmula, parece, se deva aplicar aos casos, como o da espécie, em que a impugnação for provida em parte. No caso presente, portanto, como os fatos tiveram lugar nos exercícios fiscais de 92 e 93, é de todo improvável que a justiça criminal consiga cumprir suas funções. Até porque ainda não está encerrada a fase administrativa e o ilustre patrono lisamente afirma a intenção de recorrer à instância superior.

E, segundo o Relator, se a impugnação for julgada procedente, afirmando que o contribuinte não suprimiu ou reduziu tributo, estaria, então, afastado o juízo positivo de tipicidade da conduta a permitir que o MP desencadeie a ação penal.

Ou seja, obliquamente, erige-se a solução do processo administrativo em questão prejudicial. Não, porém, para todos os efeitos. Como se viu antes, na hipótese

de improvimento ou de provimento parcial da impugnação administrativa, não se lhe reconhece o efeito de impedir a fluência do prazo prescricional (CP, art. 116, I).

De qualquer sorte, num e noutro caso, embora recusado o condicionamento da ação do MP e o "subordinamento da denúncia à prévia certeza de todos os elementos de fato necessários à sua procedência", temos, na realidade, a paralisação do órgão acusador diante de condutas altamente lesivas à sociedade, como as que resultam em evasão dos tributos necessários ao desenvolvimento das políticas públicas.

A prevalência e a generalização do entendimento firmado pelo eminente Ministro Sepúlveda Pertence, não obstante o seu brilhantismo, teriam as seguintes consequências negativas:

a) A impossibilidade de oferecimento da denúncia pelo Ministério Público ou a impossibilidade de seu recebimento, no aguardo da conclusão do procedimento administrativo-fiscal, faria com que a prescrição fluísse.

b) O poder-dever do Ministério Público, titular exclusivo da ação penal, ficaria subordinado à burocracia do Poder Executivo.

c) Essa burocracia, por sua vez, passaria a deter o poder – mediante sua eventual omissão – de acarretar a própria extinção do *jus puniendi*, em evidente afronta ao art. 129, I, da Constituição Federal.

d) A impugnação de autos de infração se tornaria instrumento de postergação do direito de punir estatal com o objetivo pernicioso de se alcançar a prescrição. Os inúmeros recursos administrativos postos à disposição do contribuinte pela legislação tributária certamente seriam utilizados para atingir tal fim, ainda que nenhuma razão jurídica embasasse a impugnação.

e) E, finalmente, esgotada a instância administrativa, a discussão poderia ser reaberta em sede judicial, até que se estabelecesse – depois do longo *iter recursal* que os devedores mais abonados podem percorrer – certeza a respeito do *quantum debeatur* a ser atendido pelo sonegador.

À luz desse panorama, e da clara opção que orientou o legislador, quando exacerbou a punição desses delitos, não me parece a melhor solução condicionar o exercício da função constitucional do Ministério Público (CF, art. 129, I), cujos membros têm independência funcional (CF, art. 127, § 1º), à ação ou à inação de um órgão do Poder Executivo.

Eu havia redigido este voto anteriormente e verifico que, na assentada de hoje, o eminente Ministro Sepúlveda Pertence aditou considerações em que mantém o voto anterior pelo trancamento da ação penal, mas suspenso o curso da prescrição. É esse acrescentamento que Sua Excelência faz.

Por essas razões é que, com renovada vênia ao eminente Relator, indefiro a ordem.

4. A orientação que prevaleceu foi a de considerar a necessidade do exaurimento do processo administrativo-fiscal para a caracterização do crime contra a ordem tributária (Lei 8.137/1990, art. 1º). No mesmo sentido do precedente referido: HC 85.051/MG, Rel. Min. Carlos Velloso, *DJ* de 1º-7-2005; HC 90.957/RJ, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ* de 19-10-2007; e HC 84.423/RJ, Rel. Min. Carlos Britto, *DJ* de 24-9-2004.

Aproveito para transcrever a ementa do julgamento do HC 85.463/RJ (Rel. Min. Carlos Britto, Primeira Turma, *DJ* de 10-2-2006):

Ementa: Habeas corpus. Crime contra a ordem tributária. Alegação de que não há justa causa para a ação penal enquanto o lançamento do tributo estiver pendente de decisão definitiva no processo administrativo tributário. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do HC 86.611, fixou o entendimento de que para o oferecimento da denúncia por crime contra a ordem tributária é imprescindível o exaurimento da via administrativa. *Habeas corpus* concedido para trancar a ação penal, sem prejuízo do oferecimento de nova denúncia após exaurida a esfera administrativa. Razão pela qual fica suspenso o curso do prazo prescricional.

5. Entretanto, entendo que o caso concreto apresenta uma particularidade que afasta a aplicação dos precedentes mencionados.

6. Verifico, da representação de fls. 25/31, que os fiscais de tributos estaduais de Santa Catarina solicitaram ao Ministério Público estadual "o encaminhamento legal do pedido de quebra do sigilo bancário da empresa *MC JU Ind. Com. de Confecções Ltda*.", por ser, tal diligência, imprescindível para a conclusão do procedimento fiscal instaurado.

Com efeito, os fiscais ressaltaram que, no curso da fiscalização, apesar de devidamente intimados, os representantes legais da empresa não apresentaram informações sobre a conta corrente 0052132-9, da agência 337-9, do banco Bradesco.

Tais informações se mostravam indispensáveis para a fiscalização, diante da "necessidade da identificação de toda a movimentação financeira ocorrida na conta corrente bancária em questão, objetivando o confronto com os valores lançados pela empresa *MC JU Ind. Com. de Confecções Ltda.* nos livros comerciais (Diário e Razão), nos livros fiscais (Registro de Saídas e de Apuração do ICMS), com a finalidade em apurar as operações de vendas de mercadorias que não foram acompanhadas da emissão de documentos fiscais e, consequentemente, dos valores à Fazenda Estadual" (fl. 30).

Ante a imprescindibilidade de informações protegidas pelo sigilo bancário, houve a representação ao Ministério Público estadual para que este encaminhasse pedido de quebra de sigilo.

7. Consta dos autos que o Ministério Público requereu judicialmente a quebra de sigilo bancário da empresa, sem, no entanto, que tal pedido fosse formalizado nos autos de inquérito policial ou de processo judicial, o que ensejou a impetração de *habeas corpus* (HC 2004.037551-4) perante o Tribunal de Justiça de Santa Catarina.

No julgamento do *writ*, a Corte estadual concedeu parcialmente a ordem para anular o despacho que deferiu a quebra do sigilo bancário, por considerá-lo "manifestamente ilegal, haja vista haver sido prolatado sem forma ou figura de Juízo, ausentes o inquérito ou processo judicial" (fl. 39).

Por força da referida decisão, o *Parquet* estadual requisitou a instauração de inquérito policial, no bojo do qual foi formalizado o pedido judicial de afastamento do sigilo bancário da empresa dos pacientes (fls. 41/44).

O pedido de quebra do sigilo bancário da empresa foi formalizado pela autoridade policial (fl. 44) e deferido pelo Juízo da Comarca de Brusque/SC (fls. 45/48).

A requisição de instauração do inquérito policial pelo *Parquet* (fls. 41/42) se deu, portanto, exclusivamente em razão da necessidade de se formalizar e instrumentalizar o pedido de afastamento do sigilo bancário da empresa, diante da decisão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina no julgamento do HC 2004.037551-4 (fls. 32/40), no sentido de que, "inexistindo inquérito policial ou processo judicial, a quebra de sigilo bancário, a requerimento do Ministério Público em 'processo' sem forma ou figura de Juízo, constitui manifesta ilegalidade, sanável pelo *habeas corpus*, face a possibilidade de resultar da ilicitude da prova reflexos sobre a liberdade pessoal".

8. Durante a fiscalização, foram identificados, pelo Fisco estadual, depósitos realizados pela empresa Têxtil Testo Ltda., na conta 52132-9, da agência 337-9, do banco Bradesco, sem o devido registro nos livros fiscais e contábeis da empresa dos pacientes, revelando, assim, a possível venda de mercadorias correspondentes aos depósitos mencionados, sem a emissão dos respectivos documentos fiscais.

Tais depósitos configuravam fortes indícios de ausência de recolhimento do Imposto sobre Circulação de Mercadorias – ICMS nas operações realizadas entre a empresa dos pacientes e a empresa Têxtil Testo Ltda.

9. Ocorre que, como ressaltaram os fiscais estaduais, para conclusão da fiscalização e verificação da efetiva prática de crime de sonegação fiscal, era imprescindível ter acesso à movimentação financeira da empresa dos pacientes na conta corrente 52132-9, da agência 337-9, do banco Bradesco.

Destaco, por oportuno, o seguinte trecho da representação fiscal relacionado à referida conta corrente (fls. 30/31):

> Resulta, portanto, a necessidade da identificação de toda a movimentação financeira ocorrida na conta corrente bancária em questão, objetivando o confronto com os valores lançados pela empresa *MC JU Ind. Com. de Confecções Ltda.* nos livros comerciais (Diário e Razão), nos livros fiscais (Registro de Saídas e de Apuração do ICMS), com a finalidade em apurar as operações de vendas de mercadorias que não foram acompanhadas da emissão de documentos fiscais e consequentemente, dos valores devidos à Fazenda Estadual.
>
> No entanto, como a referida movimentação financeira na conta corrente de número 0052132-9, mantida pela empresa na agência 337-9, do Banco Brasileiro de Descontos – BRADESCO, não consta dos lançamentos efetuados na sua escrita fiscal e comercial, bem como não possui a Fazenda Pública condições para apuração dos valores devidos a título de incidência do ICMS nas operações realizadas, exceto através da análise dos extratos bancários em confronto com os documentos fiscais e lançamentos realizados, que não foram apresentados pela empresa, o que resulta na necessidade da obtenção destas informações via quebra do sigilo bancário, eis que evidenciado o interesse público na questão.

Desse modo, a instauração do inquérito policial teve como escopo possibilitar à Fazenda estadual uma completa fiscalização na empresa dos pacientes, que apresentava sérios indícios de irregularidades.

Sem a quebra do sigilo bancário, determinada nos autos de processo judicial vinculado ao inquérito policial instaurado, não seria possível a conclusão da fiscalização, eis que a empresa dos pacientes se recusava a entregar aos fiscais os documentos necessários para apuração de eventuais valores devidos a título de ICMS.

Portanto, diante da recusa da empresa em fornecer documentos indispensáveis à fiscalização da Fazenda estadual, tornou-se necessária a instauração de inquérito policial para formalizar e instrumentalizar o pedido de quebra do sigilo bancário, diligência imprescindível para a conclusão da fiscalização e, consequentemente, para a apuração de eventual débito tributário.

10. Registro que, ao final da fiscalização, foi apurado um débito relativo à falta de recolhimento de ICMS pela empresa dos pacientes superior a 23 milhões de reais (fls. 68/69).

Esta significativa quantia, que poderia ser destinada para a construção de hospitais e escolas públicas no Estado de Santa Catarina, teria ficado escondida do Fisco estadual, caso não tivesse sido requerida e deferida a quebra do sigilo bancário da empresa dos pacientes.

11. Não consigo enxergar, com a devida vênia, constrangimento ilegal com a instauração de inquérito policial, para pacientes que se negaram a fornecer documentos solicitados pela Fazenda durante processo de fiscalização que visava apurar eventual sonegação de tributo.

Ao meu sentir, considerar ilegal, na presente hipótese, a instauração de inquérito policial, que era imprescindível para possibilitar uma completa fiscalização da empresa, equivale a assegurar a impunidade da sonegação fiscal.

Adotar o entendimento de que o inquérito policial somente poderia ser instaurado após a constituição definitiva do crédito tributário, no presente caso, significaria impedir a fiscalização por parte da Fazenda estadual, visto que os pacientes se negaram a fornecer os documentos necessários justamente para verificação da existência de eventual débito por parte da empresa.

12. Como já mencionado, os fiscais da Fazenda estadual não tinham como concluir a fiscalização na empresa sem o afastamento do sigilo bancário da conta corrente 52132-9, da agência 337-9, do banco Bradesco, diante da recusa dos pacientes em apresentar os respectivos extratos bancários.

De outro lado, o Ministério Público estadual teve que requisitar a instauração do inquérito para possibilitar a formalização do pedido de quebra, por força da decisão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, no sentido de que o afastamento do sigilo bancário somente pode ser determinado nos autos de inquérito policial ou de processo judicial (fls. 32/40).

Ora, se a Fazenda estadual não tinha como concluir a fiscalização da empresa sem os extratos da conta corrente 52132-9, da agência 337-9, do banco Bradesco – que não foram entregues pelos pacientes – e se, para determinar o afastamento do sigilo desta conta bancária, era necessária a instauração de inquérito policial, por força de decisão do Tribunal de Justiça de Santa Catarina, a não instauração do inquérito significava inviabilizar a fiscalização da empresa.

Desse modo, entendo possível a instauração de inquérito policial para apuração de crime contra a ordem tributária, antes do encerramento do processo administrativo-fiscal, quando for imprescindível para viabilizar a fiscalização.

13. Ainda que o procedimento administrativo-fiscal não estivesse concluído por ocasião da instauração do inquérito policial, é certo que naquele momento já havia claros indícios da prática de crime contra a ordem tributária, diante da existência de oito comprovantes de depósitos feitos pela empresa Têxtil Testo Ltda. em favor da empresa dos pacientes (fls. 25/26) que não foram registrados nos livros fiscais e contábeis.

Além disso, os fiscais assinalaram também: a) a ocorrência de lançamentos contábeis de "ordem genérica", sem a correspondente identificação e detalhamento documental; b) a inexistência de livros auxiliares de contabilidade ou lançamentos que identificassem, através de extratos bancários ou borderôs, as entradas de numerários no "Caixa Geral" da empresa, especificamente com relação à conta corrente referida; e c) a inexistência, por lançamento no livro Diário ou Razão da empresa, de movimentação financeira através de contas correntes bancárias. Tais ocorrências, de acordo com a fiscalização, evidenciavam a falta de declaração, na escrita comercial, de movimentação financeira efetuada através de contas correntes bancárias.

Diante disso, mostrava-se evidente a necessidade de instauração de inquérito policial para possibilitar o afastamento do sigilo bancário, diligência, esta, imprescindível para conclusão da fiscalização na empresa pela Fazenda estadual e, consequentemente, para apuração de eventual prática de crime de sonegação fiscal.

Sem o inquérito policial, que serviu de instrumento para formalizar o afastamento do sigilo bancário da empresa, a Fazenda estadual ficaria de "mãos atadas", impossibilitada de exercer sua função de fiscalização e de velar pelo correto pagamento dos tributos estaduais.

14. Vale ressaltar, por fim, que o inquérito instaurado está aguardando em cartório o julgamento de recurso pelo Conselho Estadual de Contribuintes (fl. 52) e, portanto, a justa causa para eventual ação penal poderá ser averiguada caso o crédito tributário apurado durante a fiscalização seja confirmado pelo referido Conselho.

15. Assim, diante das peculiaridades do caso concreto, entendo que não houve ilegalidade na instauração do inquérito policial antes do encerramento do procedimento administrativo-fiscal.

16. Ante o exposto, **denego** a ordem de *habeas corpus*.

VOTO
(Aditamento)

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Presidente e Relatora): Acrescento ainda, Senhores Ministros, que, a não ser assim, estaríamos até incentivando as empresas a manterem a sua contabilidade em má ordem e a recusarem a fiscalização da documentação necessária ao exercício do seu mister, tornando-se efetivamente impossível chegar a qualquer conclusão por parte das autoridades fiscais.

Por todas essas razões, estou denegando a ordem.

PEDIDO DE VISTA

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Senhora Presidente, o inquérito policial tinha por objeto apenas o crime material de sonegação fiscal ou também outro crime?

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Presidente e Relatora): O objetivo da fiscalização era essa apuração, pois havia sérios indícios de que o ICMS não havia sido recolhido. Como vimos, existem pelo menos oito recibos anteriores.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Vossa Excelência fez referência a várias irregularidades.

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Presidente e Relatora): Irregularidades de ordem contábil. A fiscalização estava apontando diversas incongruências nos lançamentos.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Vou pedir vista.

EXTRATO DA ATA

HC 95.443/SC — Relatora: Ministra Ellen Gracie. Pacientes: Juliano Schumacher e Marcelo Kolher. Impetrante: Fabrício de Alencastro Gaertner e outros. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: Após o voto da Ministra Relatora, que indeferia o pedido de *habeas corpus*, o julgamento foi suspenso em virtude de pedido de vista formulado pelo Ministro Cezar Peluso. Falou, pelo paciente, o Dr. Rodrigo Pereira de Mello. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, os Ministros Joaquim Barbosa e Eros Grau.

Presidência da Ministra Ellen Gracie. Presentes à sessão os Ministros Celso de Mello e Cezar Peluso. Ausentes, justificadamente, os Ministros Joaquim Barbosa e Eros Grau. Subprocurador-Geral da República, Dr. Francisco Adalberto Nóbrega.

Brasília, 25 de agosto de 2009 — Carlos Alberto Cantanhede, Coordenador.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Cezar Peluso: **1**. Trata-se de *habeas corpus,* impetrado em favor de *Juliano Schumacher* e *Marcelo Kohler*, contra decisão do Superior

Tribunal de Justiça, que, ao julgar o HC 48.822, lhe denegou a ordem. Segundo a impetração, não há justa causa para o prosseguimento do inquérito policial, diante da pendência do procedimento administrativo-fiscal. A eminente Relatora, Ministra **Ellen Gracie**, proferiu voto pelo indeferimento da ordem.

Pedi vista dos autos para melhor examinar a questão.

2. Acompanho a eminente Relatora.

A argumentação da defesa repousa, em síntese, na tese de impossibilidade de instauração de inquérito ou de ação penal para a apuração de crimes contra a ordem tributária antes do lançamento definitivo do tributo, conforme o entendimento cristalizado na **Súmula Vinculante 24**. Assim, o inquérito policial, instaurado para viabilizar a quebra de sigilo bancário que, por sua vez, visava a informar o procedimento administrativo-fiscal, careceria de justa causa. Em consequência, as provas obtidas por meio da referida quebra de sigilo seriam imprestáveis, fulminando todos os procedimentos administrativos e judiciais delas dependentes.

O Ministério Público, tendo em vista a representação fiscal de fls. 25-31, havia solicitado a quebra de sigilo bancário de uma das contas de titularidade da empresa dos ora pacientes. Diante da decisão do TJSC, que julgou inviável a quebra de sigilo fora do âmbito de inquérito policial ou processo judicial, o MP requisitou a instauração do referido inquérito policial para apurar "indícios da ocorrência de infrações penais contra a ordem tributária" (fls. 41-42). Nele, novo pedido de quebra de sigilo foi encaminhado à autoridade judiciária, que a deferiu (fls. 45-46).

Este pequeno relatório, posto redundante frente ao minucioso voto da Relatora, pretende circunscrever o debate neste *habeas corpus*: não me parecem relevantes os fatos ocorridos **antes** da decisão do TJSC que julgou ilegal a primeira quebra de sigilo bancário. Trata-se, tão somente, de verificar a existência de justa causa para a instauração do inquérito policial. Em caso negativo, a nulidade da quebra de sigilo bancário contaminará todos os procedimentos dela decorrentes. Caso a resposta seja positiva, não há falar em nulidade da prova.

3. Sustentam os impetrantes que a requisição de instauração do inquérito se deu de forma genérica, ao noticiar à autoridade policial a "existência de indícios da ocorrência de infrações penais contra a ordem tributária" (fl. 41). Alegam, ademais, que a decisão que quebrou o sigilo bancário padece do mesmo defeito, ao justificar a medida na configuração, em tese, "da prática de infrações penais previstas na Lei 8.137/1990" (fl. 45).

Como se sabe, a investigação policial tem início com a notícia do crime – no caso, indireta, por requisição do Ministério Público, nos termos do art. 5º, II, do CPP. O mesmo artigo, no § 1º, estabelece os requisitos da *notitia criminis* indireta, *quando possível*: narração do fato com as suas circunstâncias, individualização do indiciado e das testemunhas. Trata-se, na verdade, de prover a requisição com dados suficientes à condução dos trabalhos policiais, não se admitindo

descrições genéricas e indeterminadas, nem relato de fato evidentemente atípico (**RHC 62.648**, Rel. Min. **Moreira Alves**, *DJ* de 12-4-1985).

Não é, decididamente, o que ocorre no caso. A requisição ministerial individualiza os investigados, nomeia testemunhas, recomenda diligências, e, sobretudo, narra os fatos e as circunstâncias, nos seguintes termos:

> A Fiscalização de Tributos Estaduais da 23ª Unidade Setorial de Fiscalização de Brusque, através de Representação Fiscal e demais documentos anexos, noticia a respeito da existência de indícios de ocorrência de infrações penais contra a ordem tributária praticadas por *Marcelo Kohler* e *Juliano Schumacher*, sócios e responsáveis legais da empresa MC JU Ind. e Com. de Confecções Ltda.
>
> Extrai-se das peças informativas encaminhadas pela Unidade de Fiscalização Tributária Estadual que a empresa MC JU Ind. e Com. de Confecções Ltda. teve depósitos bancários oriundos de vendas de mercadorias sem a cobertura de notas fiscais de saída, além de inexistir registro na escrituração comercial obrigatória. (Fl. 41).

De igual forma, a decisão que quebrou o sigilo bancário contém descrição suficiente dos fatos e da necessidade da medida, a partir dos indícios de prática delituosa (fl. 45). O fato de a requisição e a quebra de sigilo não fazerem referência ao exato enquadramento legal não compromete, de maneira alguma, a higidez do inquérito. Ora, o fato narrado pode enquadrar-se, em tese, em diversos tipos penais da Lei 8.137/1990, não fazendo sentido exigir-se uma capitulação legal que seria, necessariamente, provisória, precária e imprecisa – impossível, portanto. A descrição pormenorizada dos fatos imputados aos ora pacientes é suficiente para afastar a tese de que o inquérito, e a quebra de sigilo, foram levados a cabo a partir de alegações genéricas e indiscriminadas.

4. A conclusão pela inexistência de ilegalidade na requisição de abertura de inquérito policial é reforçada pelo fato de que a investigação fundada na venda de mercadorias sem a correspondente cobertura de nota fiscal (fl. 29) não se restringiu a eventuais fatos tipificados nos incisos do art. 1º da Lei 8.137/1990, mas, como fica claro das informações prestadas pelo juízo de primeiro grau ao STJ, há possíveis "crimes fiscais, crimes de lavagem e ocultação de bens, que independem da conclusão do procedimento administrativo fiscal" (fl. 92).

Não se podendo afastar de plano a hipótese de ocorrência de outros crimes não dependentes de processo administrativo – em outras palavras, se a abertura do inquérito não está fundada apenas na existência de indícios de delitos tributários materiais – não há falar em falta de justa causa para a sua instauração.

Não se diga que a ulterior paralisação do inquérito policial para aguardar a conclusão do referido procedimento administrativo é suficiente para caracterizar a vinculação intrínseca entre o inquérito e a investigação fiscal. A concessão do quanto requerido, como visto, depende exclusivamente da demonstração da **inviabilidade jurídica do inquérito policial**. Se, mesmo suprimindo os fatos objeto do procedimento administrativo, o inquérito ainda seria juridicamente possível, havia justa causa formal para a sua instauração.

Não se pode ignorar, por certo, a possibilidade de inexistir, no caso, base **material** para a instauração do inquérito em relação aos demais crimes. Trata-se, no entanto, de matéria não suscitada na inicial, cuja comprovação, ademais, dependeria do exame aprofundado de provas, tanto no processo administrativo quanto no inquérito policial. A evidente impossibilidade de se levar a cabo tal propósito em sede de *habeas corpus* conduz à inviabilidade do pedido defensivo.

5. Ante ao exposto, acompanho integralmente a Relatora, para **denegar a ordem.**

EXTRATO DA ATA

HC 95.443/SC — Relatora: Ministra Ellen Gracie. Pacientes: Juliano Schumacher e Marcelo Kolher. Impetrante: Fabrício de Alencastro Gaertner e outros. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: Denegada a ordem. Votação unânime. Ausente, licenciado, neste julgamento, o Ministro Celso de Mello.

Presidência do Ministro Cezar Peluso. Presentes à sessão a Ministra Ellen Gracie e os Ministros Joaquim Barbosa e Eros Grau. Ausente, licenciado, o Ministro Celso de Mello. Subprocurador-Geral da República, Dr. Paulo da Rocha Campos.

Brasília, 2 de fevereiro de 2010 — Carlos Alberto Cantanhede, Coordenador.

HABEAS CORPUS 96.415 — DF

Relator: O Sr. Ministro Eros Grau

Paciente: Carlos Alberto Lacerda da Silva — Impetrante: Centro de Assistência Judiciária do Distrito Federal (CEAJUR/DF) — Coator: Presidente do Superior Tribunal de Justiça (*Habeas Corpus* 111.212)

***Habeas corpus*. Processual penal. Prisão em flagrante. Manutenção. Ausência de fundamentos cautelares. Constrangimento ilegal. Exceção à Súmula 691/STF.**

Paciente mantido preso por prazo excessivo unicamente em decorrência da prisão em flagrante. Ausência de situação fática vinculada a qualquer das hipóteses listadas no art. 312 do Código de Processo Penal. Possibilidade, se vier a ser condenado, de fazer jus à progressão de regime ou à conversão da pena privativa de liberdade em outra restritiva de direitos. Constrangimento ilegal caracterizado. Situação que enseja exceção à Súmula 691 do Supremo Tribunal Federal.

Ordem concedida, de ofício.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Ministro Celso de Mello, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, superando a restrição fundada na Súmula 691/STF, em conceder, de ofício, a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 25 de novembro de 2008 — Eros Grau, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Eros Grau: Trata-se de *habeas corpus,* com pedido de liminar, impetrado contra ato do Ministro Cesar Asfor Rocha, do STJ, que indeferiu pleito cautelar em idêntica via processual.

2. O paciente foi denunciado pela prática do crime descrito no art. 121, § 2º, c/c art. 14, II, do Código Penal (tentativa de homicídio).

3. O Juiz-Presidente do Tribunal do Júri da Circunscrição Judiciária Especial de Brasília desclassificou o delito descrito na denúncia para outro, da competência do Juízo comum. Em razão dessa desclassificação o Ministério Público aditou a denúncia, para requerer a instauração da ação penal pelo crime tipificado no art. 129, § 1º, I, do Código Penal (lesão corporal de natureza grave).

4. O Juiz da Sexta Vara Criminal de Brasília indeferiu o pedido de relaxamento da prisão sob o fundamento de que "o acusado não faz jus a liberdade

provisória, pois os motivos ensejadores de sua segregação cautelar e já analisados permanecem".

5. Foram impetrados *habeas corpus* no Tribunal de Justiça do Distrito Federal e no Superior Tribunal de Justiça. A ordem foi indeferida pelo Tribunal local e a liminar foi negada pelo Tribunal *a quo*.

6. A tese deduzida em ambas as Cortes diz com o excesso de prazo da instrução criminal, estando o paciente preso há dez meses.

7. Determinei fosse expedido ofício ao Juízo da Sexta Vara de Brasília a fim de que enviasse a este Tribunal cópia da decisão que decretou a prisão cautelar do paciente.

8. A Defensoria peticionou dando conta de que não houve decreto de prisão preventiva do paciente, que se encontra preso tão somente em decorrência da prisão em flagrante.

9. Ante essa informação, concedi a liminar.

10. A impetrante requer seja afastada a regra da Súmula 691/STF, concedendo-se liberdade provisória ao paciente.

11. A Procuradoria-Geral da República manifesta-se pela concessão da ordem.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Eros Grau (Relator): É o caso de exceção à regra da Súmula 691 desta Corte.

2. O paciente encontra-se preso por prazo excessivo unicamente em virtude da prisão em flagrante, qual se infere das informações prestadas pela Juíza da causa. Não há, pois, indicação de situação fática vinculada a qualquer das hipóteses listadas no art. 312 do Código de Processo Penal. De resto, a pena cominada para o crime pelo qual ele foi denunciado varia de 1 (um) a 5 (cinco) anos. Daí ser razoável presumir que, se vier a ser condenado, provavelmente fará jus à progressão de regime ou à conversão da pena privativa de liberdade em outra restritiva de direitos.

3. O parecer ministerial corrobora os fundamentos que acabo de expor.

Concedo a ordem, de ofício, a fim de que o paciente responda à ação em liberdade. Determino, em consequência, a expedição de alvará de soltura, a ser cumprido com as cautelas de estilo.

EXTRATO DA ATA

HC 96.415/DF — Relator: Ministro Eros Grau. Paciente: Carlos Alberto Lacerda da Silva. Impetrante: Centro de Assistência Judiciária do Distrito

Federal (CEAJUR/DF) (Advogado: Ricardo Ribeiro Batista). Coator: Presidente do Superior Tribunal de Justiça (*Habeas Corpus* 111.212).

Decisão: A Turma, por votação unânime, superando a restrição fundada na Súmula 691/STF, concedeu, de ofício, a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator. Ausente, licenciado, o Ministro Joaquim Barbosa.

Presidência do Ministro Celso de Mello. Presentes à sessão a Ministra Ellen Gracie e os Ministros Cezar Peluso e Eros Grau. Ausente, licenciado, o Ministro Joaquim Barbosa. Subprocurador-Geral da República, Dr. Francisco Adalberto Nóbrega.

Brasília, 25 de novembro de 2008 — Carlos Alberto Cantanhede, Coordenador.

HABEAS CORPUS 96.532 — RS

Relator: O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski

Paciente: Jeremias Ramos Rezendes — Impetrante: Defensoria Pública da União — Coator: Superior Tribunal de Justiça

***Habeas corpus*. Penal. Art. 16 do Estatuto do Desarmamento (Lei 10.826/2003). Porte ilegal de munição de uso restrito. Ausência de ofensividade da conduta ao bem jurídico tutelado. Atipicidade dos fatos. Ordem concedida.**

I – Paciente que guardava no interior de sua residência 7 (sete) cartuchos munição de uso restrito, como recordação do período em que foi Sargento do Exército.

II – Conduta formalmente típica, nos termos do art. 16 da Lei 10.826/2003.

III – Inexistência de potencialidade lesiva da munição apreendida, desacompanhada de arma de fogo. Atipicidade material dos fatos.

IV – Ordem concedida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Ministro Marco Aurélio, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por maioria de votos, deferir o pedido de *habeas corpus,* nos termos do voto do Relator; vencido o Ministro Marco Aurélio. Ausente, justificadamente, o Ministro Carlos Ayres Britto.

Brasília, 6 de outubro de 2009 — Ricardo Lewandowski, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de medida liminar, impetrado pela Defensoria Pública da União em favor de Jeremias Ramos Rezendes, contra acórdão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça que deu provimento ao recurso especial interposto pelo Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, para reconhecer a tipicidade da conduta do ora paciente, determinando o retorno dos autos ao Tribunal de origem, a fim de que prossiga no julgamento do recurso de apelação do *Parquet* estadual.

Consta dos autos que o acórdão ora impugnado foi publicado em 6-10-2008 (fl. 196), não havendo notícia de recurso contra essa decisão.

Narra a inicial que o paciente foi denunciado pela prática do delito previsto no art. 16 da Lei 10.826/2003, por ter sido apreendida munição de uso proibido

ou restrito, no interior da sua residência, mais especificamente, 5 (cinco) cartuchos de munição calibre 9mm, marca CBC, 1 (um) cartucho de munição calibre 7.62mm, marca CBC (festim) e 1 (um) cartucho de munição calibre 7.62mm, marca CBC, conforme se extrai da peça acusatória (fl. 11).

O impetrante assim resume a *questio iuris*: "saber se a munição encontrada no interior de um ropeiro (*sic*) é crime ou não" (fl. 4).

Sustenta, em suma, ser a conduta atípica, uma vez que a inexistência de arma disponível ao paciente torna o objeto apreendido inócuo quanto ao potencial lesivo, já que a munição, isoladamente considerada, seria incapaz de oferecer perigo.

Ao final, requer a concessão de medida liminar "para o fim de obstar o Acórdão que determinou o retorno dos autos ao Tribunal de origem, a fim de que prossiga no julgamento do recurso de apelação" (fl. 8).

No mérito, postula a concessão da ordem para que seja restabelecida a absolvição do paciente.

Em 21-10-2008, indeferi a liminar e, bem instruídos os autos, determinei sua remessa à Procuradoria-Geral da República (fls. 181-183).

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral da República Wagner Gonçalves, opinou pela concessão da ordem (fls. 186 a 190).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Relator): Bem examinados os autos, tenho que é caso de concessão da ordem.

Conforme se depreende dos autos, o Ministério Público estadual ofereceu denúncia contra o paciente, pela prática do delito descrito no art. 16 da Lei 10.826/2003 (Estatuto do Desarmamento), porque teriam sido encontrados, no interior de sua residência, sete cartuchos de munição de uso restrito.

Quando interrogado, o paciente afirmou que mantinha a munição a título de recordação do período em que foi Sargento do Exército, apresentando a seguinte justificativa:

> O declarante foi sargento do Exército por oito anos e quatro meses. Saiu do Exército em 2002. A munição o declarante possuía desde a época que era militar. Isso ficou esquecido no roupeiro, até que a polícia foi lá e encontrou.
> (Fl. 99.)

Em primeira e segunda instâncias a conduta do paciente foi considerada materialmente atípica, em face da ausência de potencialidade lesiva da munição, desacompanhada de arma de fogo. O Superior Tribunal de Justiça, porém, deu provimento ao recurso especial do Ministério Público para reconhecer a tipicidade da conduta. Esta a ementa do julgado:

Recurso especial. Penal. Art. 16 da Lei 10.826/2003. Posse ilegal de munição de uso restrito. Crime de perigo abstrato. Não apreensão de arma de fogo. Irrelevância para o reconhecimento da tipicidade da conduta. Recurso conhecido e provido.

1. A segurança coletiva é o objeto jurídico imediato dos tipos penais compreendidos entre os arts. 12 e 18 da Lei 10.826/2003, com os quais visa o legislador, mediatamente, proteger a vida, a integridade física, a saúde, o patrimônio, entre outros bem jurídicos fundamentais.

2. Consoante o firme entendimento jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça, tais crimes são de perigo abstrato, do que se conclui ser presumida a ofensividade da conduta ao bem jurídico tutelado.

3. Por conseguinte, é irrelevante a não apreensão de arma de fogo para o reconhecimento da tipicidade da conduta de posse ilegal de munição de uso restrito, prevista no art. 16 do Estatuto do Desarmamento.

4. Recurso especial conhecido e provido.

(Fl. 195.)

Pois bem. A conduta em apreço, a rigor, enquadra-se no tipo previsto no art. 16 do Estatuto do Desarmamento:

> Art. 16. Possuir, deter, portar, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob sua guarda ou ocultar arma de fogo, acessório ou munição de uso proibido ou restrito, sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar:
>
> Pena – reclusão, de 3 (três) a 6 (seis) anos, e multa.

Está-se diante, portanto, de conduta formalmente típica, a qual, todavia, a meu ver, não se mostra típica em sua dimensão material. Isso porque não é possível vislumbrar, nas circunstâncias, situação que exponha o corpo social a perigo, uma vez que a munição apreendida, na espécie em exame – é preciso novamente frisar –, guardada em um armário e desacompanhada de arma de fogo, por si só, é incapaz de provocar qualquer lesão ao bem jurídico tutelado (a incolumidade pública).

Como bem assentado no parecer do ilustre membro do *Parquet*:

> Estando desvinculada de outras circunstâncias que levem a concluir pela lesividade ao bem jurídico tutelado (incolumidade pública), a posse ilegal de munição não pode ser considerada injusto penal (fato típico e antijurídico). Afinal, a munição, por si só, não gera perigo algum, pois não pode ser usada sozinha, ao contrário do que ocorre com a arma desmuniciada ou que não funciona. Ora, se o agente guarda consigo a munição, mas não tem a arma de fogo, não há artefato idôneo a produzir disparo, tampouco poder de intimidação. Dessa forma, não se realiza a conduta típica, não se vislumbra lesão efetiva ou potencial a bem jurídico.
>
> (Fl. 188.)

Nesse sentido, oportuno citar o magistério de Luiz Flávio Gomes, quando trata do princípio da ofensividade do fato como critério para interpretação da lei penal:

> O mais relevante efeito prático da função dogmática do princípio da ofensividade, em conclusão, consiste em permitir excluir do âmbito do que é penalmente

> relevante as condutas que, mesmo que tenham cumprido formalmente ou literalmente a descrição típica, em concreto mostram-se inofensivas ou não significativamente ofensivas para o bem jurídico tutelado. Não resultando nenhuma relevante lesão ou efetivo perigo de lesão a esse bem jurídico, não se pode falar em fato típico.[1]

Deste modo, inexistindo, no caso concreto, ofensividade da conduta ao bem jurídico tutelado – incolumidade pública –, não há falar em fato típico, e, por conseguinte, em crime.

Isso posto, concedo a ordem para cassar o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, de modo a manter a absolvição do paciente decretada nas instâncias inferiores, ante a atipicidade da conduta.

VOTO

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Senhor Presidente, eu gostaria de apenas um esclarecimento do Ministro-Relator, só para ter segurança ao que Vossa Excelência afirma: a munição foi encontrada, no roupeiro, separada, e que não tinha arma de fogo.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Relator): Não, não havia arma de fogo, até porque a munição é de uso restrito, munição é 9 mm.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Porque munição de uso restrito, como Vossa Excelência mesmo afirma, no art. 16 da Lei 10.826/2003, formalmente seria típico porque seria possuir munição de uso restrito.

Agora, o que se tem aqui da peculiaridade do caso é que ele ficou com esse artefato exclusivamente como uma lembrança e, portanto, sem nenhuma vinculação com arma, e o bem jurídico tutelado absolutamente seria impossível de ser ofendido. Estou correta no entendimento do quadro descrito na peculiaridade?

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Relator): Exatamente.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Eu digo isso porque eu não afirmo de jeito nenhum e não votaria acompanhando sobre tese eventualmente de que alguém poderia possuir munição, ainda que de uso restrito, e ainda que naquele momento não pudesse fazer uso, isso não configuraria crime. Eu não avanço até esse ponto.

O que estou considerando é apenas uma peculiaridade relatada por Vossa Excelência. Então, por isso é que chamei a atenção. É isso?

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Relator): É exatamente esse o caso: não havia nenhuma arma até porque as armas...

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Guardou isso em uma bolsinha, em uma coisa, no roupeiro... Fico me perguntando como é que se chega até a isso, porque a coisa é esquisita. Como é que alguém chega a esse roupeiro...

---

[1] GOMES, Luiz Flávio; MOLINA, Antonio García-Pablos; BIANCHINI, Alice. *Direito penal*: introdução e princípios fundamentais. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. vol. 1, p. 508.

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente): A munição seria própria ou da Corporação e não foi devolvida.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Relator): Não, ele deve ter levado; a munição é da corporação, mas aí seria, talvez, crime de furto, outro tipo penal. Estamos aqui restritos ao tipo penal do art. 16 da Lei 10.826.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Formalmente foi configurado o tipo. Aqui o que se tem é essa jurisprudência realmente do Tribunal que materialmente não se teria porque seria possuir para uma finalidade, ofendendo-se um bem. Aqui não se teria esse caso.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Relator): E até porque essa munição só pode ser utilizada com uma arma de uso restrito que é uma arma militar, de calibre 9 mm e 762 mm, que são armas que o sargento não teria em casa.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Eu não avanço até aí, Ministro.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Relator): Mas, no caso, ele não tinha arma, não consta nos autos que havia arma por perto.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Eu fiz questão de chamar atenção para esse ponto, porque acho que, nos termos expressos, possuir munição de uso restrito, sem autorização, realmente configura o tipo formalmente.

Mas em face das peculiaridades, porque ele teria ficado com esse produto sem desconsiderar a possibilidade até, como alerta o Ministro Marco Aurélio, indevidamente, ou clandestinamente, ou irregularmente, mas que não seria caracterização desse tipo. Considerando exclusivamente que ele ficou com isso como se fosse um suvenir, digamos daquele período e que, portanto não era para uso e não tem arma nem nada disso, exclusivamente por essa peculiaridade descrita por Vossa Excelência é que eu neste caso vou acompanhar, nem tanto considerando a tipicidade do fato, mas a circunstância específica de que não enquadraria porque aqui, apesar de constituir, na verdade, uma munição, ele não poderia ser considerado para os efeitos.

Com essa ressalva porque eu não aderiria à circunstância de considerar que alguém poderia possuir uma munição longe de uma arma e, portanto, isso não configuraria o tipo. Eu acho que configuraria. As peculiaridades é que me levam a acompanhar Vossa Excelência neste caso.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio (Presidente): A quadra vivenciada levou ao abandono do enquadramento do porte de munição como simples contravenção penal. E o Congresso, numa opção político-normativa, trouxe à balha um artigo, o art. 16 da Lei 10.826/2003, que possui diversos núcleos, núcleos conducentes a concluir-se que há crime formal, e não material. O dano não é condição para o enquadramento no tipo.

O que nos vem do mencionado art. 16?

> Art. 16. Possuir, deter, portar, adquirir, fornecer, receber, ter em depósito, transportar, ceder, ainda que gratuitamente, emprestar, remeter, empregar, manter sob sua guarda ou ocultar arma de fogo [e aí não há a exigência de ela estar acompanhada da munição] acessório ou munição de uso proibido ou restrito [tanto faz], sem autorização e em desacordo com determinação legal ou regulamentar:

A meu ver, não se pode chegar à associação dos diversos tipos, para dizer-se que o porte de arma sem munição não configura o crime. O porte ou a guarda de munição sem a arma merecem o mesmo enfoque.

Evidentemente, teve-se presente, numa ficção jurídica, que qualquer dessas condutas coloca em risco a paz pública, coloca em risco os cidadãos em geral.

Dir-se-á que, no caso, o paciente resolveu guardar os cartuchos de lembrança da época em que integrava o Exército brasileiro. Esse fato, essa versão – difícil de se provar –, é conducente a afastar-se o tipo tal como definido no art. 16 da Lei 10.826/2003? A meu ver, não. Daí ter feito a pergunta sobre a propriedade dos cartuchos. Seriam da Corporação? Se o são, deveriam ter sido devolvidos. Pertenceriam ao paciente? Ele, então, não deveria detê-los, ante a glosa penal que veio com a Lei 10.826, de 2003, aplicável à espécie.

Não tenho como distinguir, como inserir, no art. 16, a excludente, ou seja, deixa-se de haver os crimes a partir do momento em que se proceda à guarda a título de lembrança de certa fase da vida.

Por isso, peço vênia ao relator e à Ministra Cármen Lúcia, para indeferir a ordem.

EXTRATO DA ATA

HC 96.532/RS — Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Paciente: Jeremias Ramos Rezendes. Impetrante: Defensoria Pública da União. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: Por maioria de votos, a Turma deferiu o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator; vencido o Ministro Marco Aurélio, Presidente. Falou o Dr. João Alberto Simões Pires Franco, Defensor Público da União, pelo paciente. Ausente, justificadamente, o Ministro Carlos Ayres Britto.

Presidência do Ministro Marco Aurélio. Presentes à sessão, Ricardo Lewandowski e a Ministra Cármen Lúcia. Ausente, justificadamente, o Ministro Carlos Ayres Britto. Compareceu o Ministro Cezar Peluso a fim de julgar processos a ele vinculados, ocupando a cadeira da Ministra Cármen Lúcia. Subprocurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot.

Brasília, 6 de outubro de 2009 — Ricardo Dias Duarte, Coordenador.

HABEAS CORPUS 97.147 — MT

Relatora: A Sra. Ministra Ellen Gracie

Relator para o acórdão: O Sr. Ministro Cezar Peluso

Paciente: Janeth Vaca Sanches — Impetrante: Defensoria Pública da União — Coator: Superior Tribunal de Justiça

Execução penal. Pena privativa de liberdade. Progressão de regime. Admissibilidade. Condenação por tráfico de drogas. Estrangeira sem domicílio no País e objeto de processo de expulsão. Irrelevância. *Habeas corpus* concedido. Voto vencido. O fato de o condenado por tráfico de droga ser estrangeiro, estar preso, não ter domicílio no País e ser objeto de processo de expulsão, não constitui óbice à progressão de regime de cumprimento da pena.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência da Ministra Ellen Gracie, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, vencida a Ministra Ellen Gracie, em deferir a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do Ministro Cezar Peluso. Reconsideraram seus respectivos votos os Ministros Joaquim Barbosa e Eros Grau, para acompanhar o voto do Ministro Cezar Peluso. Redigirá o acórdão o Ministro Cezar Peluso.

Brasília, 4 de agosto de 2009 — Cezar Peluso, Relator para o acórdão.

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Ellen Gracie: 1. Trata-se de *habeas corpus* impetrado contra julgamento colegiado do Superior Tribunal de Justiça em outro *writ* anteriormente aforado perante aquela Corte (HC 112.935/MT), que ficou assim ementado:

> Processual penal. *Habeas corpus*. Tráfico de drogas. Progressão de regime. Paciente estrangeiro. Processo de expulsão em andamento. Regime mais rigoroso. Possibilidade. Ordem denegada.
>
> 1. O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido de não ser possível deferir ao estrangeiro o benefício da progressão de regime prisional quando, contra ele, houver processo de expulsão em andamento.
>
> 2. Ordem denegada.

Narra a inicial que a paciente, de nacionalidade boliviana, foi condenada pela prática do delito previsto no art. 33, c/c art. 40, I e III, da Lei 11.343/2007.

Noticia que o Juízo da 3ª Vara Criminal da Comarca de Cáceres/MT indeferiu pedido de progressão de regime formulado em favor da ora paciente. Contra essa decisão, foi impetrado *habeas corpus* junto ao Tribunal de Justiça do Estado

de Mato Grosso, que denegou a ordem sob o fundamento de que o processo de expulsão impossibilita a concessão do referido benefício. Registra, ainda, a impetração do HC 112.935/MT perante o Superior Tribunal de Justiça.

Sustenta a impetrante, em síntese, que a manutenção da prisão em regime fechado viola o princípio da razoabilidade e o art. 5º da Constituição Federal (fls. 3-9).

Requer a concessão da ordem, "para cassar a decisão proferida pelo Superior Tribunal de Justiça, determinando-se a progressão de regime à paciente" (fl. 10).

2. O pedido de liminar foi indeferido (fls. 223/224).

3. Parecer da Procuradoria-Geral da República no sentido da denegação da ordem (fls. 230/232).

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Relatora): 1. A questão debatida no presente *writ* diz respeito à possibilidade de progressão de regime para o condenado estrangeiro que responde a processo de expulsão.

2. No caso em tela, a paciente é boliviana e foi condenada à pena de 2 (dois) anos de reclusão pela prática do crime de tráfico de entorpecentes (fls. 85/94).

Em razão de sua condenação, foi instaurado contra a paciente, pelo Ministério da Justiça, inquérito para fins de expulsão, nos termos dos arts. 68, parágrafo único, e 71, da Lei 6.815/1980 (fl. 135).

3. Transcrevo, por oportuno, o seguinte trecho do voto condutor do acórdão impugnado, da lavra do eminente Ministro Arnaldo Esteves Lima (fl. 217):

> (...) se a paciente é estrangeira em situação irregular no País, passível de expulsão, não podendo exercer trabalho remunerado e, assim, cumprir a exigência laborativa do regime semiaberto, deve subsistir o entendimento firmado nas instâncias ordinárias, em face da ausência de constrangimento ilegal.

No mesmo sentido foi o parecer da ilustre Subprocuradora-Geral da República Cláudia Sampaio Marques (fl. 231):

> Como se sabe, o estrangeiro em situação irregular no País não pode exercer trabalho remunerado e, em consequência, não pode cumprir a exigência laborativa do regime semiaberto.
>
> Permitir ao paciente, pois, sua reinserção no meio social, estando o Estado ciente de que este convívio se daria de forma irregular, porquanto aqui não autorizado a se estabelecer, seria um contrassenso por parte do Estado, na tentativa de compatibilizar o que não pode ser compatibilizado.

4. Com efeito, mostra-se incompatível a concessão do regime semiaberto ao condenado estrangeiro submetido a processo de expulsão, sob pena de frustrar-se a própria medida expulsória.

Esta Suprema Corte tem precedente neste sentido:

> Estrangeiro condenado. Expulsão decretada. Progressão ao regime semiaberto. A progressão ao regime semiaberto é incompatível com a situação do estrangeiro cujo cumprimento da ordem de expulsão está aguardando o cumprimento de pena privativa de liberdade por crimes praticados no Brasil, sob pena de desnaturar a sua finalidade. *Habeas corpus* conhecido, mas indeferido.
> (HC 68.135/DF, Rel. Min. Paulo Brossard, *DJ* de 13-9-1991.)

5. Ora, seria contraditório conceder ao estrangeiro contra o qual foi instaurado processo de expulsão, por ser considerado nocivo ao País, o benefício do regime semiaberto, que permite saídas temporárias e trabalho externo.

6. Ademais, a condição irregular do estrangeiro no País e a vedação do art. 98 da Lei 6.815/1980 impedem o exercício de atividade laborativa externa.

7. Ante o exposto, **denego** a ordem de *habeas corpus*.

É como voto.

EXTRATO DA ATA

HC 97.147/MT — Relatora: Ministra Ellen Gracie. Paciente: Janeth Vaca Sanches. Impetrante: Defensoria Pública da União. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: Após o voto da Ministra Relatora, que denegava a ordem, no que foi acompanhada pelos Ministros Eros Grau e Joaquim Barbosa, pediu vista o Ministro Cezar Peluso. Falou, pela paciente, o Dr. Gustavo de Almeida Ribeiro e, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Francisco Adalberto Nóbrega. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Ministro Celso de Mello.

Presidência da Ministra Ellen Gracie. Presentes à sessão os Ministros Cezar Peluso, Joaquim Barbosa e Eros Grau. Ausente, justificadamente, o Ministro Celso de Mello. Subprocurador-Geral da República, Dr. Francisco Adalberto Nóbrega.

Brasília, 31 de março de 2009 — Carlos Alberto Cantanhede, Coordenador.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Cezar Peluso: 1. Trata-se de *habeas corpus* impetrado em favor de *Janeth Vaca Sanches*, boliviana, condenada por infração ao art. 33, c/c o art. 40, I e III, da Lei 11.343/2007.

Em virtude de sua condenação definitiva, foi instaurado inquérito para fins de expulsão, no âmbito do Ministério da Justiça (fl. 135).

A ora paciente, após cumpridos 2/5 da pena, requereu mas não obteve progressão para regime semiaberto em virtude de ser estrangeira, estar em curso procedimento de sua expulsão e mostrar-se inviável o cumprimento de uma das condições do benefício, a qual está na possibilidade de trabalho lícito e, como

tal, incompatível com sua situação irregular no País. Vale registrar que a análise dos requisitos para a progressão foi realizada à vista dos exigidos para o regime aberto, na impossibilidade de progressão para o semiaberto.

Alega a impetrante que a "a manutenção da prisão em regime fechado fere diretamente o princípio da razoabilidade", relevando "que não é a situação particular do paciente que impede a progressão de regime, mas de todo e qualquer estrangeiro irregular do País, como se a norma exigisse o cumprimento de pena em regime integralmente fechado para os alienígenas" (fl. 3).

O juízo de primeiro grau indeferiu a progressão sob fundamento de que a ora paciente estaria impedida de exercer atividade lícita e remunerada, bem como de ter residência fixa. Justificou-se assim:

> No caso versando, impende consignar que este Magistrado vinha concedendo progressão de regime aos reeducando estrangeiros.
>
> Contudo, estudando melhor a matéria, passei a entender que referido benefício é insuscetível de ser concedido aos referidos penitentes, haja vista que os reeducandos estrangeiros, condenados no Brasil, a teor da Lei 6.815/80, **não podem permanecer no território brasileiro, devendo ser expulsos, sendo assim, não poderão exercer atividade lícita e remunerada, nem ter residência fixa, devendo, portanto, cumprir custodiado até o final sua reprimenda, para posteriormente serem expulsos.**
>
> *In casu* a penitente é estrangeira, e por ter sido condenada definitivamente no Brasil, em virtude de sua irregular e irremediável situação, em solo brasileiro, será absolutamente impossível de encontrar trabalho lícito, bem como comprovar residência no território nacional.
>
> Destarte, é de todo incoerente, a concessão de regime, ainda que cumpridos os 2/5 (dois quintos) da pena, já que em liberdade a penitente não poderá exercer atividade lícita e remunerada, nem ter residência fixa, o que certamente fará com que a mesma fique perambulando pelas ruas e encontre estímulos a cometer novas infrações com o fito de garantir a sua própria sobrevivência.
>
> Além disso, o art. 114, inciso I, da LEP, exige que os reeducandos para progredir de regime estejam trabalhando ou comprovem a necessidade de fazê-lo, e a reeducanda, estando em situação irregular, não terá como cumprir uma das condições do benefício, que é prover a sua própria subsistência mediante trabalho honesto. Desta feita, deverá cumprir custodiada até o final sua reprimenda para posteriormente ser expulsa.

(Fls. 136-137 – Grifos nossos.)

O Tribunal de Justiça do Mato Grosso denegou-lhe ordem nos termos desta ementa:

> *Habeas corpus – Estrangeiro em situação irregular – Condenação – Crime hediondo – Progressão de regime – Processo administrativo de expulsão em tramitação – Impedimento – Ordem denegada.*

(Fl. 173.)

Na sessão do dia 31-3-2009, a Ministra Relatora, *Ellen Gracie,* também denegou a ordem sob a seguinte fundamentação:

4. Com efeito, mostra-se incompatível a concessão do regime semiaberto ao condenado estrangeiro submetido a processo de expulsão, sob pena de frustrar-se a própria medida expulsória.

Esta Suprema Corte tem precedente neste sentido:

"Estrangeiro condenado. Expulsão decretada. Progressão ao regime semiaberto. A progressão ao regime semiaberto é incompatível com a situação do estrangeiro cujo cumprimento da ordem de expulsão está aguardando o cumprimento de pena privativa de liberdade por crimes praticados no Brasil, sob pena de desnaturar a sua finalidade. *Habeas corpus* conhecido, mas indeferido."

(HC 68.135/DF, Rel. Min. Paulo Brossard, *DJ* de 13-9-1991.)

5. Ora, seria contraditório conceder ao estrangeiro contra o qual foi instaurado processo de expulsão, por ser considerado nocivo ao País, o benefício do regime semiaberto, que permite saídas temporárias e trabalho externo.

6. Ademais, a condição irregular do estrangeiro no País e a vedação do art. 98 da Lei 6.815/1980 impedem o exercício de atividade laborativa externa.

Acompanharam-na os Ministros *Eros Grau* e *Joaquim Barbosa*.

Pedi vista.

2. Pesa-me discordar.

A questão está em saber se é, ou não, admissível progressão de regime para réus estrangeiros não residentes no País. A indagação remete logo ao disposto no art. 5º, *caput*, da Constituição Federal, onde se lê:

> Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

Em princípio, parece que tal norma excluiria de sua tutela os estrangeiros não residentes no País. Não é esta, porém, a leitura mais curial, sobretudo porque a garantia de inviolabilidade dos direitos fundamentais da pessoa humana não comporta exceção baseada em qualificação subjetiva puramente circunstancial. Tampouco se compreende que, sem razão perceptível, o Estado deixe de resguardar direitos inerentes à dignidade humana das pessoas que, suposto estrangeiras sem domicílio no País, se encontrem sob o império de sua soberania. Esta, aliás, é a lição de avisada doutrina:

> A norma suscita a questão de saber se os estrangeiros não residentes estariam alijados da titularidade de todos os direitos fundamentais.
>
> A resposta deve ser negativa. A declaração de direitos fundamentais da Constituição abrange diversos direitos que radicam diretamente no princípio da dignidade do homem – princípio que o art. 1º, III, da Constituição Federal toma como estruturante do Estado Democrático Brasileiro. O respeito devido à dignidade de todos os homens não se excepciona pelo fator meramente circunstancial da nacionalidade.
>
> Há, portanto, direitos que se asseguram a todos, independentemente da nacionalidade do indivíduo, porquanto são considerados emanações necessárias do princípio da dignidade da pessoa humana. Alguns direitos, porém, são dirigidos ao indivíduo enquanto cidadão, tendo em conta a situação peculiar que o liga ao País.

> Assim, os direitos políticos pressupõem exatamente a nacionalidade brasileira. Direitos sociais, como o direito ao trabalho, tendem a ser também não inclusivos dos estrangeiros sem residência no País.
>
> É no âmbito dos direitos chamados individuais que os direitos do estrangeiro não residente ganham maior significado.[1]

Superada, pois, essa objeção, fica por perquirir se a hipótese apresenta alguma outra causa legitimante da quebra de tratamento isonômico entre brasileiros e estrangeiros quanto ao estatuto normativo da execução da pena, designadamente se há motivos jurídicos idôneos para vedação geral de progressão de regime a estrangeiros.

Sobre o ponto, creio pertinente a discussão travada sobre a possibilidade de progressão de regime no caso de crimes hediondos, e em cujo julgamento se concluiu pela inconstitucionalidade do § 1º do art. 2º da Lei 8.072/1990 (**HC 82.959**, Rel. Min. **Marco Aurélio**, *DJ* de 1-9-2006).

Na oportunidade, assim me manifestei:

> É, pois, norma constitucional que a pena deve ser individualizada, ainda que nos limites da lei, e que sua execução em estabelecimento prisional deve ser individualizada, quando menos, de acordo com a natureza do delito, a idade e o sexo do apenado.
>
> Evidente, assim, que, perante a Constituição, o princípio da individualização da pena compreende: a) proporcionalidade entre o crime praticado e a sanção abstratamente cominada no preceito secundário da norma penal; b) individualização da pena aplicada em conformidade com o ato singular praticado por agente em concreto (dosimetria da pena); c) individualização da sua execução, segundo a dignidade humana (art. 1º, III), o comportamento do condenado no cumprimento da pena (no cárcere ou fora dele, no caso das demais penas que não a privativa de liberdade) e à vista do delito cometido (art. 5º, XLVIII).
>
> Logo, tendo predicamento constitucional o princípio da individualização da pena (em abstrato, em concreto e em sua execução), exceção somente poderia aberta por norma de igual hierarquia nomológica.
>
> "A imposição de um regime único e inflexível para o cumprimento da pena privativa de liberdade", nota Maria Lúcia Karam, "com a vedação da progressividade em sua execução, atinge o próprio núcleo do princípio individualizador, assim, indevidamente retirando-lhe eficácia, assim indevidamente diminuindo a razão de ser da norma constitucional que, assentada no inciso XLVI do art. 5º da Carta de 1988, o preconiza e garante".[2]
>
> Já sob este aspecto, falta, pois, legitimidade à norma inserta no § 1º do art. 2º da Lei 8.072/1990.
>
> Mas não é só.
>
> Quando o constituinte reservou o tratamento excepcional (no sentido primário de exceção) aos crimes hediondos, não lhes vetou progressão de regime (forma

---

[1] MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso de direito constitucional*. São Paulo: Saraiva, 2007. p. 262-263.

[2] KARAM, Maria Lúcia. Regimes de cumprimento da pena privativa de liberdade. In: *Escritos em homenagem a Alberto Silva Franco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 314.

de individualização da execução da pena), nem impôs outra restrição qualquer à incidência da regra da individualização.

J. J. Gomes Canotilho, ao cuidar do regime das leis restritivas de direitos fundamentais, ensina que compreende ele três instâncias: 1ª delimitação do âmbito de proteção da norma; 2ª averiguação do tipo, natureza e finalidade da restrição; e, 3ª controle da observância dos limites estabelecidos pela Constituição às leis restritivas (problema do limite de limites).[3] Tais instâncias funcionam como critérios de interpretação-aplicação das normas restritivas de direitos, liberdades e garantias.

Dentro do âmbito da 3ª instância – limite de limites – enquadra-se a exigência de autorização de restrição expressa, que, nas palavras do eminente constitucionalista português, "tem como objectivo obrigar o legislador a procurar sempre nas mesmas normas constitucionais o fundamento concreto para o exercício de sua competência de restrição de direitos, liberdades e garantias, e criar segurança jurídica nos cidadãos, que poderão contar com a inexistência de medidas restritivas de direitos fora dos casos expressamente considerados pelas normas constitucionais como sujeitos a reserva de lei restritiva." E, acrescenta, "a exigência de autorização constitucional expressa visa exercer uma função da advertência (Warnfunktion) relativamente ao legislador, tornando-o consciente do significado e alcance da limitação de direitos, liberdades e garantias, e constituir uma norma de proibição, pois sob reserva de lei restritiva não se poderão englobar outros direitos salvo os autorizados pela Constituição."[4]

A autorização constitucional para a restrição de direitos deve, pois, ser observada à risca pelo legislador, sob pena de entrar em contraste com a Constituição.

De modo que não resiste a tal exigência a vedação de progressão de regime prevista no dispositivo controverso, que deve, por ambos os fundamentos, ser declarado inconstitucional.

Ademais, conforme acentuado por Alberto Silva Franco, "o sistema progressivo é, em verdade, o precipitado lógico, a decorrência natural, o resultado prático de alguns princípios constitucionais inseridos na Constituição Federal. É o ponto de interseção em que se conectam os princípios da legalidade, da individualização e da humanidade da pena."[5] "O princípio da individualização da pena", prossegue, "garante, em resumo, uma pena particularizada, pessoal, distinta e, portanto, inextensível a outro cidadão, em situação fática igual ou assemelhada."[6] Pondera: "mais importante do que a sentença em si é o seu cumprimento, porque é na execução que a pena, cominada em abstrato pelo legislador e ajustada pelo juiz à situação singular, encontra o seu momento de maior concreção. É aí que o processo de individualização chega à sua derradeira etapa: a da pena real que adere, de modo definitivo, à pessoa do condenado."[7]

Ensina, ainda, que os objetivos do sistema progressivo de execução da pena – parte essencial da individualização da mesma – tem triplo objetivo: "a) a diminuição

---

[3] CANOTILHO, J. J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. 2. ed. Coimbra: Almedina, 1998. p. 411.

[4] *Idem*, p. 412.

[5] FRANCO, Alberto Silva. Op. cit., p. 161.

[6] *Idem*, p. 163.

[7] *Idem*, p. 164.

gradativa do tônus da pena; b) o estímulo à boa conduta, e c) a obtenção paulatina da reforma moral do recluso e sua conseqüente preparação para a vida em liberdade."[8]

E conclui, em nosso entender, acertadamente, que "excluir, portanto, o sistema progressivo, também denominado 'sistema de individualização científica', da fase de execução é impedir que se faça valer, nessa fase, o princípio constitucional da individualização da pena. Lei ordinária que estabeleça regime prisional único, sem possibilidade de nenhuma progressão atenta, portanto, contra tal princípio, de indiscutível embasamento constitucional."[9]

Deveras, a aniquilação do sistema progressivo conflita com o princípio da humanidade da pena (art. 5º, III, XLVII e LXIX, da CF), transformando-lhe a finalidade "numa resposta estatal que paga o mal causado com um mal, de igual ou superior intensidade, dela eliminando não apenas qualquer intento ressocializador (que pode ter expressão até na tentativa de evitar um processo dessocializador), mas também o mínimo ético que é exigível na execução penal."[10]

O mesmo entendimento é perfilhado por Tupinambá Pinto de Azevedo, para quem

> "a) norma constitucional que cerceia direitos ou garantias deve ser interpretada restritivamente, inclusive pelo legislador ordinário;
>
> b) o princípio da individualização da pena deve ser observado também na fase de execução, sendo absolutamente ilegítima a consideração de fato delituoso para fins de concessão dos benefícios executórios."[11]

Acresça-se que o Pacto de São José da Costa Rica, promulgado pelo Decreto 678, de 6 de novembro de 1992, não só veda a submissão de qualquer pessoa a penas desumanas ou degradantes (art. 5, nº 2), como fixa os escopos que devem orientar a disciplina legal e a execução das penas privativas de liberdade, *verbis*:

> "As penas privativas de liberdade devem ter por finalidade essencial a reforma e a readaptação social dos condenados." (art. 5, nº 6).

Independentemente do grau hierárquico que na escala nomológica se atribua aos dispositivos oriundos de tratados internacionais de direitos humanos ratificados pelo Brasil – refiro-me ao significado do disposto no § 2º do art. 5º da Constituição Federal –, o fato é que a norma é posterior à Lei 8.072/1990 e se mostra de todo incompatível com seu art. 1º, § 1º, em sendo evidente que a proibição da progressão de regime impede a reforma e a readaptação social dos condenados.

É bom não esquecer ainda que a Lei de Execuções Penais (Lei 7.210/1984), no art. 1º, estatui que "a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições de sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado e do internado" (grifei).

(...)

Concluo com as palavras de Luiz Vicente Cernicchiaro: "Só se aprende a viver em sociedade vivendo na sociedade!"[12]

---

[8] *Idem*, p. 165.

[9] *Idem*, p. 165.

[10] *Idem*, p. 168.

[11] AZEVEDO, Tupinambá Pinto de. Crimes hediondos e regime carcerário único: novos motivos de inconstitucionalidade. In: CARVALHO, Salo de (Org.). *Crítica à execução penal*: doutrina, jurisprudência e projetos legislativos. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 588. Grifos do original.

[12] CERNICCHIARO, Luiz Vicente. Pena: cumprimento integral em regime fechado. In: *Escritos em homenagem a Alberto Silva Franco*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003. p. 291.

Donde se vê não ser lícito cogitar de proibição genérica de progressão de regime a nenhuma pessoa pelo só fato de ser estrangeiro, em particular à vista da cláusula constitucional que impõe individualização da pena.

3. Passemos, então, à análise dos outros fatores, específicos, que vedariam a progressão, quais sejam:

a) impossibilidade de residência fixa;

b) impossibilidade de obter ocupação lícita;

c) pendência de procedimento de expulsão.

No tocante à necessidade de residência fixa, pode dizer-se que o fundamento e seu escasso valor jurídico seriam os mesmos dos casos em que se decreta prisão preventiva de moradores de rua pelo simples fato de não terem residência fixa.

Mais ainda, não há por onde inferir necessariamente dessa condição circunstancial que a paciente não possa providenciar residência para estabelecer-se até o fim do cumprimento da pena, durante cujo período seria contra os princípios não lhe garantir tal oportunidade. Ademais, a LEP estatui, no art. 95, que, "em cada região haverá, pelo menos, uma Casa do Albergado", donde considero superado esse obstáculo.

4. No que diz respeito à necessidade de ocupação lícita, é mister estimar de maneira objetiva se estaria presente, ou não, eventual impedimento à progressão.

O art. 114, I, da LEP, estabelece que somente ingressará no regime aberto o condenado que "estiver trabalhando ou comprovar a possibilidade de fazê-lo imediatamente". Apesar de o texto sugerir que seria obrigatória a condição de trabalho, não se exaure aí o alcance da norma. Vejamos.

Com relação à sua primeira cláusula, a de que o condenado esteja trabalhando, não se aplica, é óbvio, à situação, até porque a lei foi idealizada como sistema, em que ao regime semiaberto deve seguir-se o aberto. No caso, tendo em vista deficiências do próprio Estado, estamos a cogitar de progressão direta do regime fechado ao aberto, donde ser impertinente toda referência à condição de o condenado já estar trabalhando.

A mesma consequência tira-se, *mutatis mutandi*s, à segunda locução, concernente à exigência de "comprovar a possibilidade imediata" de trabalhar. É que, estando o condenado encarcerado, sobretudo quando estrangeiro, não mantém contato com o mundo exterior que lhe permita obter propostas imediatas de emprego.

E não custa lembrar que, nos termos do art. 115, *caput*, da LEP, pode o juiz estabelecer outras condições que repute necessárias.

Deve, pois, entender-se que o mais curial é que fixe o juiz, conforme lhe faculta a lei, prazos e condições para que, já estando em regime aberto, o condenado demonstre o cumprimento do requisito exigido, sob pena de regressão.

Ora, no caso, a Paciente provou ser apta para o trabalho, pois logrou remissão de dias em virtude de trabalho consistente em artesanato de crochê (fl. 99).

Nem se objete que o estrangeiro estaria proibido de encontrar trabalho. Sobre o tema, colho a lição de **Gueiros Souza**, que demonstra a compatibilidade entre a LEP e o Estatuto, sobretudo se observada a finalidade do trabalho para o caso:

> (...) cabe acrescentar que a atividade laborativa, na Execução Penal, tem trajetória e pressupostos diversos da discussão geral daquele Estatuto. Segundo Anabela Miranda Rodrigues, o trabalho prisional foi assumindo três grandes papéis na execução da pena privativa de liberdade. O primeiro foi a visão de que o trabalho era fundamental para a "regeneração moral" do delinquente. Era a concepção, de fundo religioso, de que a atividade laborativa incessante afastaria o infrator da vida ociosa, do pecado e do crime, ideia presente nas workhouses, houses of correction, rasphius e outros estabelecimentos citados no Capítulo 3. O segundo momento foi o de conceber o trabalho como um elemento da própria punição, um castigo agravante à privação da liberdade. Foi essa ideologia que justificou o aparecimento da figura da "prisão com trabalhos", espécie punitiva diversa da "prisão simples", conforme dispunha, inclusive, o nosso Código Criminal do Império. A última concepção sobre o trabalho prisional é a da identificação da atividade laborativa como um elemento do processo de ressocialização do apenado. Segundo Anabela Rodrigues, essa identificação "é perfeitamente coerente com o modo como se encara a principal finalidade da execução da pena de prisão. Se a socialização do recluso é essencialmente prevenção da reincidência, há fundadas esperanças de que aquela capacidade contribua decisivamente para que o recluso consiga praticar a sua vida futura sem praticar crimes".
>
> Dentro desse enquadramento teórico, vê-se como reducionismo o argumento de que, pelo Estatuto do Estrangeiro vedar o exercício de trabalho por parte do estrangeiro irregular, dever-se-ia, por conseguinte – como a Lei de Execução Penal impõe o dever de trabalho – ser indeferida qualquer pretensão prisional por incompatibilidade normativa.
>
> Acresce-se, por fim, o fato de que a maioria dos presos estrangeiros exerce atividade laborativa dentro do estabelecimento prisional, conforme comprovado por intermédio do estudo de caso constante do Capítulo 2. Em suma, se é permitido o trabalho interno, como se poderia vedar o desempenho da mesma atividade no ambiente externo?
>
> De todo o exposto, é de se concluir que, diante da corrente jurisprudencial dominante em nossos Tribunais, o preso estrangeiro, mormente em razão da tramitação de procedimento de expulsão ou mesmo desta já decretada, sofre tratamento discriminação no exercício de direitos relacionados com a execução de sua pena privativa de liberdade, isto é, ao gozo do livramento condicional, da progressão de regime prisional, da suspensão condicional da pena, dentre outros instrumentos jurídicos pertinentes.[13]

E a alegada incompatibilidade de normas, tida como razão específica de suposta vedação legal, não se sustenta de outro ângulo. O art. 98 do Estatuto do Estrangeiro, invocado pelo juízo de primeiro grau para negar o pedido, assim dispõe:

---

[13] SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *Presos estrangeiros no Brasil:* aspectos jurídicos e criminológicos. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2007. p. 235-236.

> Art. 98. Ao estrangeiro que se encontra no Brasil ao amparo de visto de turista, de trânsito ou temporário de que trata o art.13, IV, bem como aos dependentes de titulares de quaisquer vistos temporários, é vedado o exercício de atividade remunerada. Ao titular de visto temporário de que trata o art.13, VI, é vedado o exercício de atividade remunerada por fonte brasileira.

Da leitura do texto, já se depreende, como pré-compreensão, não existir proibição alguma de trabalho remunerado ao condenado estrangeiro. É que sua situação não se subsume a nenhuma das dessas hipóteses normativas. Não está ele em território nacional sob amparo de qualquer das modalidades de *visto* ali mencionadas, senão apenas pela força inexorável de sentença, que é o título que lhe justifica e impõe a permanência no território nacional. E é desse mesmo título jurídico que lhe advém a obrigação de trabalhar, como uma das condições do cumprimento da pena.

Não se está, com isto, professando que o estrangeiro não deva vergar-se às limitações constantes do Estatuto do Estrangeiro, senão apenas que a ele decerto se lhe não aplica proibição de obter trabalho remunerado.

5. Resta afastar o óbice que a apontada jurisprudência vincula à pendência de procedimento de expulsão, o qual, doutro modo, segundo o entendimento pretoriano dominante, se frustraria. E não é custoso afastá-lo.

A uma, porque é do Poder Executivo a prerrogativa de decidir o momento em que, por conveniência do interesse nacional, a expulsão deva efetivar-se, independentemente da existência de processo ou condenação (art. 67 do Estatuto do Estrangeiro). De modo que, se o não fez até agora, essa autoridade, é porque julgou adequado que o cumprimento da pena ocorra integralmente em território nacional. E, julgando-o assim, não pode subtrair ao condenado estrangeiro nenhum dos seus direitos constitucionais, que abrangem o da individualização da pena. Entre nós, qualquer pessoa tem direito à progressão de regime, nos termos do art. 112 da LEP. A só condição de estrangeiro não lhe retira a possibilidade de reinserção na sociedade.

A duas, o próprio Poder Executivo previu a possibilidade de cumprimento de pena em regime mais benéfico. É que fez constar do Decreto 98.961/1990, que trata da expulsão de estrangeiro condenado por tráfico de entorpecentes, a seguinte regra:

> Art. 4º Nos casos em que o Juízo de Execução conceder ao estrangeiro, de que trata este Decreto, regime penal mais benigno do que aquele fixado na decisão condenatória, caberá ao Ministério da Justiça requerer ao Ministério Público providências para que seja restabelecida a autoridade da sentença transitada em julgado.

Não obstante sua redação pouco técnica, da norma resulta claro possa ser concedido regime mais benéfico e, se o entender inadmissível ou impróprio, o Ministério da Justiça pode requerer ao Ministério Público que lhe restabeleça a regressão. Não há, pois, proibição teórica, ou *a priori*.

6. Isto posto, **concedo a ordem**, para afastar a vedação de progressão de regime à paciente, remetendo-se os autos ao juízo da execução para que verifique a presença dos requisitos necessários, nos termos enunciados.

VOTO
(Retificação)

O Sr. Ministro Eros Grau: Diante desse voto primoroso, que certamente ficará, vou pedir vênia a Vossa Excelência para alterar o meu entendimento anterior e acompanhar o Ministro Cezar Peluso.

VOTO
(Retificação)

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Senhor Presidente, retifico meu voto para acompanhar o Ministro Cezar Peluso, pedindo vênia a Vossa Excelência.

EXTRATO DA ATA

HC 97.147/MT — Relatora: Ministra Ellen Gracie. Relator para o acórdão: Ministro Cezar Peluso. Paciente: Janeth Vaca Sanches. Impetrante: Defensoria Pública da União. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: A Turma, por maioria, vencida a Ministra Ellen Gracie, deferiu a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do Ministro Cezar Peluso. Reconsideraram seus respectivos votos os Ministros Joaquim Barbosa e Eros Grau, para acompanhar o voto do Ministro Cezar Peluso. Redigirá o acórdão o Ministro Cezar Peluso.

Presidência da Ministra Ellen Gracie. Presentes à sessão os Ministros Celso de Mello, Cezar Peluso, Joaquim Barbosa e Eros Grau. Subprocurador-Geral da República, Dr. Paulo da Rocha Campos.

Brasília, 4 de agosto de 2009 — Carlos Alberto Cantanhede, Coordenador.

HABEAS CORPUS 98.061 — GO

Relator: O Sr. Ministro Eros Grau

Paciente: João Batista Sabino de Oliveira — Impetrantes: Mauro L. Gonzaga Jayme e outros — Coator: Superior Tribunal de Justiça

***Habeas corpus*. Penal e processual penal. Homicídio triplamente qualificado e ocultação de cadáver. Prisão preventiva. Aplicação da lei penal e garantia da ordem pública. Risco de fuga e periculosidade do agente. Necessidade.**

1. Prisão preventiva decretada com fundamento no art. 413, § 3º, c/c art. 312 do Código de Processo Penal, pela prática dos crimes descritos nos art. 121, § 2º, incisos I, III e IV, e 211, c/c o art. 29 do Código Penal (homicídio triplamente qualificado e ocultação de cadáver, praticados em concurso de agentes).

2. O julgamento sem a presença do réu, previsto na recente reforma do procedimento do Júri, não elimina, como o impetrante sustenta, a necessidade da prisão cautelar para garantia da aplicação da lei penal, eis que esta não se confunde com a conveniência da instrução criminal. Na primeira hipótese, havendo nítida intenção, como no caso se dá, de o paciente pretender frustrar a aplicação da lei penal, a segregação cautelar se impõe.

3. A periculosidade do agente, aferida pelo *modus operandi* na prática do crime, consubstancia situação concreta a autorizar a prisão preventiva para garantia da ordem pública.

Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência da Ministra Ellen Gracie, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em denegar a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 28 de abril de 2009 — Eros Grau, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Eros Grau: Trata-se de *habeas corpus,* com pedido de liminar, impetrado contra acórdão do Superior Tribunal de Justiça cuja ementa é a seguinte (fls. 393/394):

Processual penal. Habeas corpus. Homicídio qualificado. Prisão decorrente da pronúncia. Análise pelo Tribunal do fundamento da fuga do réu. Ausência de supressão de instância. Réu que fugiu e praticou atos concretos para obstaculizar

a aplicação da lei penal. Modus operandi. Perigo concreto para a ordem pública. Pedido conhecido e, nessa extensão, ordem denegada.

1. Se o Tribunal estadual já se manifestou sobre a legalidade da prisão, entendendo que a fuga do réu do distrito da culpa é suficiente para mantê-lo preso, não há supressão de instância por este Superior Tribunal de Justiça na análise de igual pedido.

2. O réu que empreende fuga e pratica atos concretos tendentes a impedir o trâmite processual regular, dá mostra real de que não pretende ver aplicada a lei penal.

3. A prisão cautelar justificada no resguardo da ordem pública visa prevenir a reprodução de fatos criminosos e acautelar o meio social, retirando do convívio da comunidade o indivíduo que diante do *modus operandi* ou da habitualidade de sua conduta demonstra ser dotado de periculosidade.

4. Pedido conhecido e, nessa extensão, ordem denegada.

2. O impetrante alega, em longo arrazoado de 42 (quarenta e duas) laudas, que a prisão cautelar do paciente, decretada na pronúncia, não contém fundamentação idônea, porquanto meras alusões à garantia da ordem pública e à conveniência da aplicação da lei penal e do processo não respaldam a medida extrema de cerceio da liberdade. Sustenta que a fuga para não se sujeitar à prisão considerada injusta não autoriza a invocação da aplicação da lei penal. Afirma, ademais, que após a reforma do procedimento do Júri, a presença do réu na sessão de julgamento não é mais necessária, circunstância que exclui a necessidade da prisão cautelar por conveniência da instrução criminal.

3. Requer seja a liminar deferida a fim de que o paciente seja posto em liberdade; no mérito, a concessão definitiva da ordem.

4. A liminar foi indeferida.

5. A Procuradoria-Geral da República é pela denegação da ordem.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Eros Grau (Relator): Os fatos pelos quais o paciente foi pronunciado estão assim descritos nos seguintes excertos da denúncia:

Narram os autos do inquérito policial que a denunciada Tânia Sabino de Oliveira foi casada com a vítima Jerônimo Neto Souto e Silva, tendo se separado deste, vindo, após um período de dois anos, manter nova relação afetiva com a vítima.

Consta dos autos que Diego Mirrayllo Rodrigues era filho de Jerônimo Neto Souto e Silva, tendo como madrasta a denunciada Tânia Sabino de Oliveira, a qual não nutria sentimentos de afinidade por este.

Apurou-se que a denunciada, por conta do patrimônio pertencente à vítima Jerônimo Neto Souto e Silva aproximar-se da ordem de 3.000.000,00 (três milhões de reais), decidiu consorciar-se com seu irmão, o denunciado João Batista Sabino de Oliveira, tendo como escopo por termo à vida de Jerônimo Neto Souto e Silva e seu filho Diego Mirrayllo Rodrigues em situação tal que não pudesse existir a possibilidade de sucessão patrimonial entre as vítimas.

Para tanto, a denuncia Tânia Sabino de Oliveira, enquanto mentora intelectual dos crimes, combinou com o denunciado João Batista Sabino de Oliveira que o mesmo deveria agenciar uma falsa compra do veículo VW/Saveiro placa KEH 7050, de propriedade da vítima, indicando a cidade de Faina como sendo o local onde o pretenso comprador se encontraria, fazendo que as vítimas pudessem se deslocar para o local, confiando na pessoa do denunciado, sem suspeitarem de que estariam caminhando para a própria morte.

(...)

Por volta das 19:30 horas do dia 9 de julho de 2005, o denunciado João Batista Sabino de Oliveira, na companhia de terceira pessoa ainda não identificada, conseguiu abordar as vítimas no veículo utilizado por estas, isto no Posto de Gasolina Caxambu, o qual fica próxima à saída do município e aproveitando-se novamente da confiança que estas lhe depositava, dominou-as, com auxílio de terceira pessoa, utilizando para tanto de arma de fogo, conduzindo-as para uma estrada de terra para um local próximo a 3 km (três quilômetros) do Trevo da GO 164 entre os municípios de Faina e Caiçara. Consta, ainda, que o denunciado após abordar e dominar as vítimas fez contato telefônico com a denunciada, confirmando que a empreitada criminosa teria sucesso.

(...)

Constam dos laudos cadavéricos que as mortes ocorreram por volta das 22:30 horas do dia 9 de julho de 2005, não se podendo inferir qual das vítimas teria sido morta primeiro, fato decorrente do avançado estágio de decomposição que os corpos foram encontrados, situação esta querida e almejada pela denunciada Tânia Sabino de oliveira, justamente para obter, na condição de companheira da vítima Jerônimo Neto Souto e Silva, todo o patrimônio desta através do direito sucessório.

2. A prisão preventiva do paciente foi decretada com fundamento no art. 413, § 3º[1], c/c o art. 312 do Código de Processo Penal pela prática dos crimes descritos nos arts. 121, § 2º, incisos I, III e IV e 211, c/c o art. 29 do Código Penal.

3. O julgamento sem a presença do réu, previsto na recente reforma do procedimento do Júri, não elimina, como o Impetrante sustenta, a necessidade da prisão cautelar para garantia da aplicação da lei penal, eis que esta não se confunde com a conveniência da instrução criminal. Na primeira hipótese, havendo nítida intenção, como no caso se dá, de o paciente pretender frustrar a aplicação do cumprimento da pena que eventualmente lhe venha a ser imposta, a segregação cautelar se impõe.

4. No que tange à garantia da ordem pública, a periculosidade do paciente, aferida pelo *modus operandi* de sua conduta, restou evidenciada no decreto

---

[1] "Art. 413. O Juiz, fundamentadamente, pronunciará o acusado, se convencido da materialidade do fato e da existência de indícios suficientes de autoria ou de participação. (Redação dada pela Lei 11.689, de 2008.)

(...)

§ 3º O Juiz decidirá, no caso de manutenção, revogação ou substituição da prisão ou medida restritiva de liberdade anteriormente decretada e, tratando-se de acusado solto, sobre a necessidade da decretação da prisão ou imposição de quaisquer das medidas previstas no Título IX do Livro I deste Código. (Incluído pela Lei 11.689, de 2008.)"

prisional. A jurisprudência desta Corte está sedimentada no sentido de afirmar a idoneidade da prisão cautelar em hipótese como tal. As ementas do HC 90.398, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, e HC 95.414, Rel. Min. Eros Grau, abaixo respectivamente transcritas, expressam esse entendimento:

> *Penal. Processual penal. Habeas corpus. Infração ao art. 159, § 1º, do Código Penal. Prisão preventiva adequadamente fundamentada na garantia da ordem pública e conveniência da instrução criminal. Réus que demonstraram insensibilidade e periculosidade. Temor de que, soltos, possam colocar em risco a incolumidade pública. Decisão que, ademais, menciona a possibilidade de evasão do distrito da culpa. Ordem denegada.*
>
> I – A prisão cautelar é exceção à regra da liberdade.
>
> II – **A garantia da ordem pública, todavia, caracterizada pelo perigo que o agente representa para a sociedade é fundamento apto à manutenção da segregação.**
>
> (...)
>
> (Grifei.)

> ***Habeas corpus*. Penal e processual penal. Homicídio. Incidência de qualificadoras. Análise de fatos e provas. Vedação. Prisão preventiva. Periculosidade do agente. Garantia da ordem pública. Fuga. Aplicação da lei penal**.
>
> 1. A questão concernente à incidência, ou não, de qualificadoras demanda reexame de fatos e provas, vedado em *habeas corpus*.
>
> 2. **A periculosidade do agente, evidenciada pelo *modus operandi* na prática do delito, justifica a prisão preventiva para garantia da ordem pública. O Paciente desferiu vários golpes de faca na vítima, agindo com premeditação, frieza e insensibilidade.**
>
> 3. A fuga do distrito da culpa justifica a prisão preventiva quando prenuncia nítida intenção de frustrar a aplicação da lei penal.
>
> Ordem indeferida.
>
> (Grifei.)

5. No mais, o parecer de fls. 54/64, cuja transcrição dispenso, da lavra do Subprocurador-Geral da República Wagner Gonçalves, corrobora os fundamentos que acabo de expor.

Denego a ordem.

VOTO
(Aditamento)

O Sr. Ministro Eros Grau: Senhora Presidente, os fatos pelos quais o paciente foi pronunciado estão descritos na denúncia. De fato, trata-se de um crime hediondo. A mulher ou companheira da vítima planejou com seu irmão o homicídio com fim específico de se assenhorear do patrimônio da vítima. Foram duas vítimas: o pai e o filho.

EXTRATO DA ATA

HC 98.061/GO — Relator: Ministro Eros Grau. Paciente: João Batista Sabino de Oliveira. Impetrantes: Mauro L. Gonzaga Jayme e outros. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: A Turma, por unanimidade, denegou a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator. Falou, pelo paciente, o Dr. Emerson Tadheu Vita Ferreira e, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Wagner Gonçalves. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, os Ministros Celso de Mello e Cezar Peluso.

Presidência da Ministra Ellen Gracie. Presentes à sessão os Ministros Joaquim Barbosa e Eros Grau. Ausentes, justificadamente, os Ministros Celso de Mello e Cezar Peluso. Subprocurador-Geral da República, Dr. Wagner Gonçalves.

Brasília, 28 de abril de 2009 — Carlos Alberto Cantanhede, Coordenador.

HABEAS CORPUS 98.197 — SP

Relator: O Sr. Ministro Eros Grau

Pacientes: Daniel Danilo Amparo dos Santos e Emerson Lucio de Souza — Impetrantes: Egmar Guedes da Silva e outros — Coator: Superior Tribunal de Justiça

***Habeas corpus*. Penal e processual penal. Homicídio qualificado e resistência. Qualificação jurídica de fato incontroverso. Possibilidade. Prisão preventiva: presunção de ameaça a testemunhas. Inidoneidade. Periculosidade do agente evidenciada pelo *modus operandi*. Garantia da ordem pública. Condições pessoais irrelevância.**

1. Apesar de o rito do *habeas corpus* não comportar reexame de fatos e provas, é possível operar-se, nessa via, a qualificação jurídica de fatos incontroversos. Precedentes.

2. Prisão preventiva por conveniência da instrução criminal. Presunção de ameaça a testemunhas. Inidoneidade.

3. Prisão cautelar para garantia da ordem pública. Periculosidade do réu evidenciada pelo *modus operandi* na prática do crime. Idoneidade. Precedentes.

4. Primariedade, bons antecedentes, residência e trabalho fixos não impedem a prisão preventiva quando presentes os requisitos do art. 312 do CPP. Precedentes.

Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência da Ministra Ellen Gracie, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em denegar a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 12 de maio de 2009 — Eros Grau, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Eros Grau: Trata-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado contra ato do Superior Tribunal de Justiça consubstanciado em acórdão assim ementado:

> *Penal e processual penal. Habeas corpus. Homicídio qualificado e resistência. Prisão preventiva. Alegada ausência de fundamentação do decreto prisional. Segregação cautelar devidamente fundamentada na garantia da ordem pública.*
>
> I – A **privação cautelar da liberdade individual** reveste-se de caráter excepcional (**HC** 90.753/RJ, **Segunda Turma**, Rel. **Min. Celso de Mello**, *DJU* de

22-11-2007), sendo **exceção à regra** (**HC** 90.398/SP, **Primeira Turma**. Rel. **Min. Ricardo Lewandowski**, *DJU* de 17-5-2007). Assim, é inadmissível que a finalidade da custódia cautelar, **qualquer que seja a modalidade** (prisão em flagrante, prisão temporária, prisão preventiva, prisão decorrente de decisão de pronúncia ou prisão em razão de sentença penal condenatória recorrível) seja deturpada a ponto de configurar uma **antecipação do cumprimento de pena** (**HC** 90.464/RS, **Primeira Turma**, Rel. Min. **Ricardo Lewandowski**, *DJU* de 4-5-2007). O **princípio constitucional da não culpabilidade** se por um lado não resta malferido diante da previsão no nosso ordenamento jurídico das prisões cautelares (**Súmula 9/STJ**), por outro não permite que o Estado trate como culpado aquele que não sofreu condenação penal transitada em julgado (**HC** 89.501/GO, **Segunda Turma**, Rel. Min. **Celso de Mello**, *DJU* de 16-3-2007). Desse modo, a constrição cautelar desse direito fundamental (**art. 5º, inciso XV, da Carta Magna**) deve ter **base empírica e concreta** (**HC** 91.729/SP, **Primeira Turma**, Rel. **Min. Gilmar Mendes**, *DJU* de 11-10-2007). Assim, a prisão preventiva se justifica desde que demonstrada a sua **real necessidade** (**HC** 90.862/SP, **Segunda Turma**, Rel. **Min. Eros Grau**, *DJU* de 27-4-2007) com a satisfação dos pressupostos a que se refere o **art. 312 do Código de Processo Penal**, **não bastando**, frise-se, a **mera explicitação textual de tais requisitos** (**HC** 92.069/RJ, **Segunda Turma**, Rel. **Min. Gilmar Mendes**, *DJU* de 9-11-2007). Não se exige, contudo fundamentação exaustiva, sendo suficiente que o decreto constritivo, ainda que de forma sucinta, concisa, analise a presença, no caso, dos requisitos legais ensejadores da prisão preventiva (**RHC** 89.972/GO, **Primeira Turma**, Rel. **Min. Cármen Lúcia**, *DJU* de 29-6-2007).

II – Na espécie, o decreto prisional encontra-se devidamente fundamentado, com expressa menção à situação concreta que se caracteriza pela **garantia da ordem pública**, eis que os pacientes, após alvejarem a vítima, em sequência, se opuseram, **de forma violenta**, a ordem de prisão anunciada por policial civil, presente na cena do crime, **efetuando contra ele diversos disparos, para evitar suas prisões em flagrante delito, o que, de fato, ocorreu**. Tal modo de agir evidencia **periculosidade latente**, suficiente para justificar a segregação cautelar, para **garantia da ordem pública**.

IV – De fato, a **periculosidade do agente para a coletividade**, desde que **comprovada concretamente,** é apta à manutenção da restrição de sua liberdade (**HC** 89.266/GO, **Primeira Turma**, Rel. **Min. Ricardo Lewandowski**, *DJU* de 28-6-2007; **HC** 86002/RJ, **Segunda Turma**, Rel. **Min. Gilmar Mendes**, *DJU* de 3-2-2006; **HC** 88.608/RN, **Segunda Turma**, Rel. **Min. Joaquim Barbosa**, *DJU* de 6-11-2006; **HC** 88.196/MS, **Primeira Turma**, Rel. **Min. Marco Aurélio**, *DJU* de 17-5-2007).

V – Acrescente-se, também, que em alguns crimes, como foi afirmado no **HC** 67.750/SP, **Primeira Turma**. Rel. **Min. Celso de Mello**, *DJU* de 9-2-1990, a periculosidade do agente encontra-se **ínsita na própria ação criminosa praticada** em face da grande repercussão social de que se reveste o seu comportamento. Não se trata, frise-se, de presumir a periculosidade dos agentes a partir de meras ilações, conjecturas desprovidas de base empírica concreta, que conforme antes destacado não se admite, pelo contrário, no caso, **a periculosidade decorre da forma como o crime foi praticado** (***modus operandi***).

VI – Outrossim, condições pessoais favoráveis, como primariedade e bons antecedentes, não têm o condão de, por si só, garantirem a revogação da prisão preventiva, se há nos autos, elementos hábeis a recomendar a manutenção da custódia cautelar **(Precedentes)**.

Ordem denegada.

2. Os pacientes foram denunciados pela prática dos delitos previstos nos arts. 121, § 2º, II e IV (homicídio qualificado)[1] e 329 (resistência)[2] do Código Penal, em concurso material (art. 69 do CP[3]).

3. O Juiz, na decisão que recebeu a denúncia, em 4 de julho de 2007, decretou a prisão preventiva para garantia da ordem pública e por conveniência da instrução criminal.

4. A defesa impetrou *habeas corpus* no Tribunal de Justiça de São Paulo alegando ausência dos requisitos da custódia cautelar.

5. Denegada a ordem, sobreveio novo *writ* no STJ, igualmente indeferido.

6. Daí esta impetração, na qual se alega, preliminarmente, que o Superior Tribunal de Justiça examinou indevidamente fatos e provas para denegar o *habeas corpus* lá impetrado.

7. Os impetrantes sustentam, no mérito, que a periculosidade dos pacientes foi invocada como suporte da segregação cautelar "em decorrência da gravidade abstrata dos delitos", o que é inadmissível (fl. 20). Afirma que "[a] primariedade de ambos afasta a invocada periculosidade, uma vez que permaneceram em liberdade e não há notícias de que tenham cometido qualquer crime após os fatos" (fl. 21).

8. Requerem a concessão de liminar a fim de revogar a prisão preventiva. No mérito, a concessão definitiva da ordem.

9. A liminar foi indeferida.

10. A Procuradoria-Geral da República é pela denegação da ordem.

É o relatório.

---

1 "Art. 121. (...)
§ 2º Se o homicídio é cometido:
(...)
II – por motivo fútil;
(...)
IV – à traição, de emboscada, ou mediante dissimulação ou outro recurso que dificulte ou torne impossível a defesa do ofendido;
(...)
Pena – reclusão, de doze a trinta anos."

2 "Art. 329. Opor-se à execução de ato legal, mediante violência ou ameaça a funcionário competente para executá-lo ou a quem lhe esteja prestando auxílio:
Pena – detenção, de dois meses a dois anos.
§ 1º Se o ato, em razão da resistência, não se executa:
Pena – reclusão, de um a três anos."

3 "Art. 69. Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplicam-se cumulativamente as penas privativas de liberdade em que haja incorrido. No caso de aplicação cumulativa de penas de reclusão e de detenção, executa-se primeiro aquela."

VOTO

O Sr. Ministro Eros Grau (Relator): A matéria fático-probatória não foi indevidamente analisada no julgamento do *habeas corpus* impetrado no Superior Tribunal de Justiça.

2. O reexame de prova na via do *habeas corpus* é vedado. É possível, contudo, a qualificação jurídica de fato incontroverso (HC 91.585, Rel. Min. Cezar Peluso, *DJ* de 19-12-2008), o que, no caso, se deu.

3. Os disparos efetuados pelos pacientes contra a vítima e, em seguida, contra o policial, que tentou prendê-los em flagrante, consubstanciam fato incontroverso. Isso está afirmado no decreto de prisão preventiva e no acórdão estadual.

4. O STJ apenas corroborou o quanto afirmado pelo TJSP, que o *modus operandi* da prática delituosa evidencia a periculosidade dos pacientes.

5. A prisão preventiva dos pacientes foi decretada, na decisão que recebeu a denúncia, nestes termos (fls. 96/97 do apenso):

> (...)
> No tocante ao pedido de prisão preventiva, entendo que estão preenchidos os pressupostos legais para o acolhimento da custódia provisória.
> Os autos tratam de crime doloso, punido com reclusão, hipótese legal permissiva da decretação da prisão.
> Fundamenta-se, pois, a prisão preventiva em garantia da ordem pública e conveniência da instrução criminal (Código de Processo Penal, art. 311 e 312).
> Destaque-se que os denunciados, em tese, efetuaram diversos disparos com arma de fogo contra a vítima Roberto Arruda, que foi a óbito em razão dos ferimentos causados e logo em seguida, opuseram-se à execução de ato legal contra o policial também disparando contra este para não serem presos, o que indica que sua custódia é imprescindível para assegurar a instrução processual.
> Em liberdade, os réus poderão influenciar na prova oral a ser produzida, sendo necessária a prisão dos acusados para assegurar a instrução processual penal e aplicação da lei processual penal, em caso de condenação.

6. O fundamento concernente à conveniência da instrução criminal, atrelado tão somente à **presunção judicial** de que a liberdade dos pacientes implicaria ameaça a testemunhas, não justifica a segregação cautelar. Far-se-ia necessário demonstrar, cabalmente, em que consistiria essa ameaça.

7. A prisão preventiva encontra, entretanto, justificativa idônea na garantia da ordem pública. Isso em razão da acentuada periculosidade dos pacientes, aferida pelo *modus operandi* da prática delituosa, qual se vê nos seguintes trechos do acórdão impugnado (fl. 35/37):

> (...)
> **Na hipótese dos autos**, contudo, **entendo que a prisão está satisfatoriamente fundamentada** na **garantia da ordem pública**. Imputa-se aos pacientes a prática, em tese, dos delitos previstos nos artigos **121, § 2º, II e IV e 329, § 1º, todos do Código Penal, em concurso material**, porquanto, segundo narra a denúncia,

'no dia 17 de dezembro de 2006, Daniel Danilo Amparo dos Santos e Emerson Lucio de Souza, previamente ajustados entre si, agindo em concurso e com unidade de propósitos, mediante recurso que dificultou a defesa da vítima e por motivo fútil, efetuaram disparos de arma de fogo contra Roberto Arruda, produzindo-lhe os ferimentos que provocaram sua morte.

Consta ainda dos autos que, logo após a conduta anterior, Daniel Danilo Amparo dos Santos e Emerson Lucio de Souza, opuseram-se à execução de ato legal, mediante violência consistente em disparos, contra o investigador Ivanildo Francisco de Souza, com atribuição para prendê-los em flagrante.

(...)

Ora, o risco à incolumidade da **ordem pública**, no caso, decorre **não** da gravidade em abstrato das condutas descritas na denúncia, mas sim, em razão da **atuação concreta** dos pacientes, que, em tese, **logo após** alvejarem a vítima, se opuseram, **de forma violenta**, à ordem de prisão anunciada por policial civil, presente na cena do crime, **efetuando contra ele diversos disparos, para evitar suas prisões em flagrante delito, o que, de fato, ocorreu**. Tal modo de agir evidencia **periculosidade latente** e suficiente a justificar a segregação cautelar, para **garantia da ordem pública**.

(...)

Com efeito, a **periculosidade do agente para a coletividade**, desde que **comprovada concretamente,** é apta a manutenção da restrição de sua liberdade. [...] **no caso**, a periculosidade decorre da forma como o crime, em tese, foi praticado, isto é, seu *modus operandi*.

8. Nesse sentido o HC 94.753, Rel. Min. Cármen Lúcia, *DJ* de 29-8-2008, entre outros.

9. Condições pessoais – primariedade, bons antecedentes, residência e trabalho fixos – não impedem a prisão preventiva quando presentes os requisitos do art. 312 do CPP (HC 86.605, Rel. Min. Gilmar Mendes, *DJ* de 10-3-2006, o HC 86.061, Rel. Min. Carlos Velloso, *DJ* de 24-2-2006, entre outros).

Denego a ordem.

EXTRATO DA ATA

HC 98.197/SP — Relator: Ministro Eros Grau. Pacientes: Daniel Danilo Amparo dos Santos e Emerson Lucio de Souza. Impetrantes: Egmar Guedes da Silva e outros. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: A Turma, por unanimidade, denegou a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator. Ausente, licenciado, o Ministro Celso de Mello.

Presidência da Ministra Ellen Gracie. Presentes à sessão os Ministros Cezar Peluso, Joaquim Barbosa e Eros Grau. Ausente, licenciado, o Ministro Celso de Mello. Subprocurador-Geral da República, Dr. Mário José Gisi.

Brasília, 12 de maio de 2009 — Carlos Alberto Cantanhede, Coordenador.

HABEAS CORPUS 98.381 — RS

Relator: O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski

Paciente: E. B. A — Impetrante: Defensoria Pública da União — Coator: Superior Tribunal de Justiça.

***Habeas corpus*. Ato infracional. Princípio da insignificância. Aplicabilidade. Aspectos relevantes do caso concreto. Caráter educativo das medidas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente. Ordem denegada.**

I – O princípio da insignificância é aplicável aos atos infracionais, desde que verificados os requisitos necessários para a configuração do delito de bagatela. Precedente.

II – O caso sob exame, todavia, apresenta aspectos particulares que impedem a aplicação do referido princípio.

III – As medidas previstas no ECA têm caráter educativo, preventivo e protetor, não podendo o Estado ficar impedido de aplicá-las.

IV – Ordem denegada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Ministro Carlos Ayres Britto, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por decisão unânime, indeferir o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 20 de outubro de 2009 — Ricardo Lewandowski, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Trata-se de *habeas corpus* impetrado pela Defensoria Pública da União em favor do menor E. B. A., contra acórdão da Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça (HC 107.779/RS, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima).

Eis a ementa da decisão impugnada:

> *Habeas corpus. Estatuto da Criança e do Adolescente. Ato infracional equiparado ao crime de furto qualificado. Teoria constitucionalista do delito. Tipicidade material. Princípio da insignificância. Não incidência. Lesão ao bem jurídico tutelado. Pequeno valor. Ordem denegada.*
>
> 1. O princípio da insignificância surge como instrumento de interpretação restritiva do tipo penal que, de acordo com a dogmática moderna, não deve ser considerado apenas em seu aspecto formal, de subsunção do fato à norma, mas, primordialmente, em seu conteúdo material, de cunho valorativo, no sentido da sua efetiva

lesividade ao bem jurídico tutelado pela norma penal, consagrando os postulados da fragmentariedade e da intervenção mínima.

2. Indiscutível a sua relevância, na medida em que exclui da incidência da norma penal aquelas condutas cujo desvalor da ação e/ou do resultado (dependendo do tipo de injusto a ser considerado) impliquem uma ínfima afetação ao bem jurídico.

3. A subtração de uma ovelha, avaliada em R$ 90,00 (noventa reais), subsume à definição jurídica do crime de furto e se amolda à tipicidade subjetiva (dolo), portanto, punível.

4. Ordem denegada, revogando-se a liminar (fl. 122 do apenso).

A impetrante narra, em suma, que, em 27-1-2006, o Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul ofereceu representação em desfavor do menor, ora paciente, pela prática de ato infracional que corresponde ao delito tipificado no art. 155, § 4º, IV, do CP, consistente na subtração de uma ovelha.

Aduz, mais, que a magistrada de primeira instância rejeitou a inicial da representação, com base no art. 43, I, do CPP (revogado pela Lei 11.719/2008), com base no princípio da insignificância, ressaltando que a subtração de um bem no valor de R$ 90,00 não tem o condão de ameaçar a integridade social.

Prossegue, informando que, contra esta decisão, o *Parquet* gaúcho apelou ao Tribunal de Justiça local, que deu provimento ao recurso para afastar a aplicação do aludido princípio.

Da ementa do julgado (fl. 42 do apenso) é possível verificar que a Corte estadual entendeu que o princípio da insignificância não se aplica aos procedimentos para apuração de ato infracional, por configurar instituto cujo objeto é a ressocialização do adolescente, sem caráter punitivo.

Irresignada, a Defensoria do Estado ajuizou recurso especial, o qual teve, primeiramente, o seu seguimento negado pelo Terceiro Vice-Presidente do Tribunal *a quo*, dando ensejo à interposição de agravo de instrumento, que não foi conhecido pelo Ministro Arnaldo Esteves Lima em face da impossibilidade de comprovação da tempestividade do recurso.

Em face dessa decisão, a Defensoria Pública da União manejou *writ* no Superior Tribunal de Justiça, obtendo o deferimento de medida liminar. No mérito, contudo, a ordem foi denegada ao fundamento de que o furto de uma ovelha, avaliada em R$ 90,00, não seria inexpressivo, mas, sim, de pequeno valor. Desse modo, o STJ considerou típica a conduta, afastando a aplicação do princípio da insignificância.

É contra essa decisão que se insurge a impetrante, sustentando, em síntese, que a lesão econômica sofrida pela vítima é insignificante, tomando-se por base o seu patrimônio, além de ressaltar que não houve ameaça ou violência contra a pessoa, o que excluiria a possibilidade de recebimento da representação.

Afirma, também, que o entendimento da Corte gaúcha – segundo o qual o princípio da insignificância não se aplicaria a atos praticados por menor – já teria sido superado na decisão impugnada, pois a Quinta Turma do STJ considerou ser perfeitamente cabível dele cogitar-se na espécie.

Assevera, ainda, que o fundamento utilizado para denegação da ordem, a saber, o valor do bem subtraído, não seria razoável, uma vez que o STF e o próprio STJ já decidiram em sentido contrário ao examinar questões em que a *res furtiva* teria valor igual ou até mesmo superior ao deste caso.

Ressalta, mais, que seria necessário analisar a potencialidade lesiva do ato, o que favoreceria ao paciente, uma vez que sua conduta não causou prejuízo relevante à vítima, nem tampouco a comunidade, mostrando-se irrazoável a dispendiosa a movimentação do aparelho estatal para solução de tal conflito.

Requer, ao final, a concessão de medida liminar para restabelecer a decisão de primeira instância, que rejeitou a representação e, no mérito, a confirmação da ordem.

Em 31-3-2009, indeferi o pedido de liminar e, estando adequadamente instruídos os autos, determinei a sua remessa à Procuradoria-Geral da República (fls. 12-14).

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral da República Wagner Gonçalves, opinou pela denegação da ordem, "em face da não aplicação do princípio da insignificância aos atos infracionais" (fls. 17-20).

Em 3-8-2009, determinei ao impetrante que providenciasse a juntada de cópia integral do acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul (fl. 25), o que foi atendido em 13-8-2009 (fls. 30-36).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Relator): Bem examinados os autos, tenho que o caso é de denegação da ordem, conforme passarei a demonstrar.

Preliminarmente, registro que, não obstante os ponderáveis argumentos lançados no parecer ministerial, no sentido da inaplicabilidade do princípio da insignificância aos atos infracionais, esta Primeira Turma, em recente julgamento, reconheceu a incidência do referido princípio em se tratando de ato praticado por menor.

Refiro-me ao HC 96.520/RS, Rel. Min. Cármen Lúcia, impetrado pela Defensoria Pública da União em favor de menor contra o qual foi oferecida representação por suposta prática de ato infracional, consubstanciado no furto de R$ 10,00 do interior de uma carteira.

Naquela ocasião, não se conheceu da ordem porque a matéria não teria sido examinada nas instâncias inferiores, contudo, com fundamento no princípio da insignificância, concedeu-se *habeas corpus* de ofício para assentar a inexistência de justa causa para o oferecimento de representação contra o paciente.

Na espécie, não encontro maior dificuldade em considerar satisfeitos os requisitos necessários à configuração do delito de bagatela, quais sejam, conduta

minimamente ofensiva, a ausência de periculosidade do agente, reduzido grau de reprovabilidade do comportamento e lesão jurídica inexpressiva.

Em que pesem tais considerações, todavia, penso que outros aspectos devem ser sopesados para o deslinde da questão, os quais, todavia, conduzem à denegação da ordem.

Com efeito, colhe-se do acórdão proferido pela Corte gaúcha que o adolescente registra antecedentes pela prática de outros atos infracionais, já tendo sofrido medida socioeducativa, além de ser ele usuário de substâncias entorpecentes, tendo sua mãe declarado, perante as autoridades locais, que o filho "está se envolvendo com criminosos, utilizando drogas e vendendo as coisas de casa para adquiri-las" (fl. 36).

Assim, tendo em conta o caráter educativo, preventivo e protetor das medidas previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente, não parece desarrazoado o que foi decidido pelo Tribunal local, ou seja, a aplicação da medida consistente na liberdade assistida, pelo prazo de seis meses, mínimo previsto pelo art. 118 do ECA, além de sua inclusão em programa oficial ou comunitário para combater a dependência química (art. 101, VI, do ECA).

Como bem afirmou o ilustre representante do *Parquet* federal:

> Dadas as funções sociais das medidas sócio-educativas, não pode o Estado ficar impossibilitado de aplicá-las, deixando de exercer seu papel constitucional de tutelar por suas crianças e adolescentes. Seria como impedir que um pai aplicasse a devida repreensão ao seu filho, de modo a evitar que não praticasse outras condutas erradas, ilegais.
> (Fl. 19.)

Cumpre destacar, ainda, que nenhuma das duas medidas importa em privação à liberdade do adolescente.

Ante o exposto, considerando as peculiaridades do presente caso, denego a ordem.

VOTO

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Eu acompanho o Relator, Senhor Presidente, tal como bem posto por ele, porque, a despeito de se ter considerado como aplicável, em tese, o princípio da insignificância a essas medidas, efetivamente, no caso concreto, as peculiaridades levam a que se chegue à denegação.

Eu acompanho o Relator pela fundamentação apresentada.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, não me recordo de haver enfrentado na Turma a problemática de se adotar a teoria da bagatela quanto ao Estatuto

da Criança e do Adolescente. E tenho dúvidas a respeito, presente o caráter socioeducativo do Estatuto.

Agora, todo modo, o relator ressaltou que se está diante de menor infrator reincidente. No caso, foi imposta a liberdade assistida, ou seja, a liberdade mediante acompanhamento e relatórios periódicos. Não há qualquer ilegalidade no ato de indeferimento da ordem, praticado pelo Superior Tribunal de Justiça.

Acompanho Sua Excelência.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Britto (Presidente): Também entendo que a decisão do STJ levou em conta a condição especial, a peculiar condição de pessoa em estado de desenvolvimento, como diz a Constituição, para as crianças e os adolescentes. A medida socioeducativa aí se impõe para tutela, para proteção do menor.

Louvo o voto de Sua Excelência, o Ministro Relator, Ricardo Lewandowski, e o acompanho.

EXTRATO DA ATA

HC 98.381/RS — Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Paciente: E. B. A. Impetrante: Defensoria Pública da União. Coator: Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: A Turma indeferiu o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator. Unânime. Presidência do Ministro Carlos Ayres Britto.

Presidência do Ministro Carlos Ayres Britto. Presentes à sessão os Ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski e a Ministra Cármen Lúcia. Subprocurador-Geral da República, Dr. Paulo de Tarso Braz Lucas.

Brasília, 20 de outubro de 2009 — Ricardo Dias Duarte, Coordenador.

———

HABEAS CORPUS 99.918 — RS

Relator: O Sr. Ministro Dias Toffoli

Paciente: Valtezer Michelis Hoelscher ou Valtezer Michels Hoelscher ou Waltezer Michelis Hoelscher — Impetrantes: Daniel Figueira Tonetto e outros — Coator: Relator da Revisão Criminal 1.146 do Superior Tribunal de Justiça

***Habeas corpus*. Penal e processual penal. Decisão de Ministro do Superior Tribunal de Justiça indeferitória de liminar em revisão criminal. Aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 16 do Código Penal. Peculiaridades do caso concreto. Possibilidade de suspensão da execução da pena para aguardar o julgamento da ação revisional em liberdade.**

1. Decisão indeferitória de liminar requerida em revisão criminal, na qual se busca aplicar a causa de diminuição de pena prevista no art. 16 do Código Penal, segundo o qual, "nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, reparado o dano ou restituída a coisa, até o recebimento da denúncia ou da queixa, por ato voluntário do agente, a pena será reduzida de um a dois terços", em virtude de o impetrante ter, antes do recebimento da denúncia, celebrado acordo amigável com a vítima, visando o ressarcimento da quantia indevidamente apropriada.

2. A jurisprudência desta Suprema Corte firmou-se no sentido de que "o ajuizamento da ação revisional não suspende a execução da sentença penal condenatória. Assim, não há como deferir a pretensão de o paciente aguardar em liberdade o julgamento" (HC 76.650/RJ, Segunda Turma, Rel. Min. Néri da Silveira, *DJ* de 15-12-2000).

3. O caso concreto contém peculiaridades que recomendam a suspensão da execução da pena imposta ao paciente e a permissão para que ele aguarde em liberdade o julgamento da ação revisional.

4. Caso hoje fosse aplicada a redução máxima prevista no art. 16 do Código Penal (2/3), daqui a dezesseis dias o paciente terá cumprido integralmente a sua pena.

5. *Habeas corpus* concedido para que o paciente aguarde em liberdade o julgamento da Revisão Criminal 1.146/RS, ficando, neste período, suspenso o prazo prescricional da pretensão executória.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Ministro

Carlos Ayres Britto, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria dos votos, em deferir o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 1º de dezembro de 2009 — Dias Toffoli, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Dias Toffoli: *Habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado pelos advogados Daniel Figueira Tonetto e outros em favor de Valtezer Michels Hoelscher, buscando o direito de o paciente aguardar o julgamento da revisão criminal ajuizada no Superior Tribunal de Justiça em liberdade.

Embora os impetrantes apontem como autoridade coatora a Terceira Seção do Superior Tribunal de Justiça, na verdade, a impetração volta-se contra decisão do Ministro **Napoleão Nunes Maia Filho**, que indeferiu a liminar na Revisão Criminal 1.146/RS, ajuizada pelo paciente.

Os impetrantes informam, inicialmente, que, apesar de o Superior Tribunal de Justiça ter provido o recurso especial do Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul, para restabelecer a condenação do paciente à pena de dois anos e oito meses, pelo crime de apropriação indébita, deixou de aplicar a causa de diminuição prevista no art. 16 do Código Penal. Esse é o objeto da revisão criminal (fl. 9).

Sustentam, por conseguinte, que o indeferimento da liminar na revisão criminal causa constrangimento ilegal ao paciente, pois, "se considerada essa nova circunstância – art. 16 do Código Penal –, o mesmo já poderia estar cumprindo pena em regime aberto ou ainda ter findado seu apenamento" (fl. 10).

Requerem, portanto, liminarmente, que seja "conferido efeito suspensivo ao cumprimento da pena do paciente (...) (fl. 13) e, no mérito, "que o paciente possa aguardar o julgamento de sua revisão criminal em liberdade (...)" (fl. 14).

O Ministro **Gilmar Mendes**, no período de recesso forense, solicitou informações ao Superior Tribunal de Justiça a respeito do recurso especial e da revisão criminal, tendo determinado, na sequência, a abertura de vista ao Ministério Público Federal (fl. 208).

As informações foram prestadas à fl. 215 e encaminhados os documentos de fls. 216 a 219.

O Ministério Público Federal, pelo parecer do ilustre Subprocurador-Geral da República, Dr. **Wagner Gonçalves**, manifestou-se pela denegação da ordem (fls. 222 a 224).

Com pedido de liminar pendente, trago o processo a este colegiado por estar devidamente instruído e pronto para julgamento.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Dias Toffoli (Relator): Conforme relatado, o presente *habeas corpus* volta-se contra decisão do Ministro **Napoleão Nunes Maia Filho**, que indeferiu a liminar na Revisão Criminal 1.146/RS, e tem como objetivo a suspensão da execução da pena imposta ao paciente para que ele aguarde o julgamento da ação revisional em liberdade.

Pelo que se verifica nos autos, o paciente foi condenado à pena de dois anos e oito meses de reclusão, em regime inicial aberto, pela prática do crime de apropriação indébita, agravada pela reincidência e aumentada em virtude de o paciente ter cometido o crime na condição de advogado da vítima (art. 168, § 1º, III, c/c art. 61, I, todos do Código Penal – fls. 75 a 81).

Contra a sentença condenatória, a defesa interpôs apelação, tendo a Quinta Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul dado provimento ao recurso para absolver o paciente, com fundamento no art. 386, III, do Código de Processo Penal (fls. 125 a 132).

Eis a ementa desse julgado:

> *Apropriação indébita. Composição da dívida antes do recebimento da denúncia. Delito descaracterizado. Absolvição. Art. 386, III, do CPP. Apelo defensivo provido. Unânime.*
> (Fl. 128.)

Daí a interposição de recurso especial pelo Ministério Público estadual (REsp 1.054.353/RS), ao qual, por decisão monocrática, o Ministro **Paulo Gallotti** deu provimento para restabelecer a sentença penal condenatória (fls. 158 a 160), nos termos seguintes:

> *Penal. Recurso especial. Apropriação indébita. Devolução do valor apropriado antes do recebimento da denúncia. Extinção da punibilidade. Impossibilidade.*
>
> 1. A devolução da quantia apropriada antes do recebimento da denúncia não extingue a punibilidade do crime de apropriação indébita.
>
> 2. Recurso especial provido.
>
> Cuida-se de recurso especial interposto pelo Ministério Público do Rio Grande do Sul, fundamentado na alínea *a* do permissivo constitucional, contra acórdão do Tribunal de Justiça.
>
> Noticiam os autos que o recorrido foi condenado, como incurso no art. 168, § 1º, III, c/c o art. 61, I, ambos do Código Penal, a 2 anos e 8 meses de reclusão, a serem cumpridos em regime aberto, e 20 dias-multa.
>
> Irresignado, apelou, tendo o Tribunal de origem, por unanimidade de votos, dado provimento ao recurso para absolvê-lo, assim ementado o acórdão:
>
> *"Apropriação indébita. Composição da dívida antes do recebimento da denúncia. Delito descaracterizado. Absolvição. Art. 386, III, CPP. Apelo defensivo provido. Unânime."* (Fl. 203.)

Daí o especial, no qual se alega violação do art. 168, § 1º, III, do Código Penal, sustentando que a reparação do dano antes do recebimento da denúncia não exclui a tipicidade da conduta.

A Subprocuradoria-Geral da República opina pelo provimento do apelo.

A irresignação merece acolhimento.

Com efeito, a devolução da quantia indevidamente apropriada antes do recebimento da denúncia não extingue a punibilidade do crime de apropriação indébita.

Confiram-se:

A – *"Penal. Recurso especial. Art. 168 do Código Penal. Devolução do valor apropriado antes do recebimento da denúncia. Delito não descaracterizado.*

No delito de apropriação indébita, a devolução da quantia apropriada antes do recebimento da denúncia não enseja a extinção da punibilidade. (Precedentes do STJ e do STF).

Recurso provido."

(REsp 843.713/RS, Rel. Min. **Felix Fischer** , *DJU* de 12-2-2007.)

B – "Embargos de divergência. Indeferimento liminar (possibilidade). Divergência jurisprudencial (não comprovação). Apropriação indébita (restituição). Extinção da punibilidade (não ocorrência). Precedentes.

1. Nos termos do Regimento (art. 266, § 3º), sorteado o relator dos embargos de divergência, 'este poderá indeferi-los, liminarmente, quando intempestivos, ou quando contrariarem Súmula do Tribunal, ou não se comprovar ou não se configurar a divergência jurisprudencial'.

2. Não se indicando, com clareza e exatidão, em que ponto, ou pontos, o acórdão embargado eventualmente dissentiu do paradigma, não estará a alegada divergência adequadamente comprovada.

3. Diz a jurisprudência que a devolução da coisa alheia móvel antes do recebimento da denúncia não extingue a punibilidade.

4. Agravo regimental improvido."

(AgRg nos EREsp 684.412/SP, Rel. Min. **Nilson Naves**, *DJU* de 2-5-2006.)

Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial para restabelecer a sentença de primeira instância.

Essa decisão transitou em julgado em 12-9-2008 (fl. 215).

O paciente ajuizou, então, naquele Superior Tribunal, a Revisão Criminal 1.146/RS, com pedido de liminar, buscando a aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 16 do Código Penal, com base no art. 621, III, do CPP, ao argumento de que, "quando do restabelecimento da sentença de primeiro grau teria de ter indiscutivelmente apreciado e valorado acerca da concessão da causa de diminuição de pena ao revisionando" (fl. 170).

O Ministro **Napoleão Nunes Maia Filho**, Relator, indeferiu o pedido de liminar assim:

1. A concessão de tutela de eficácia imediata (liminar) em *habeas corpus* constitui medida de extrema excepcionalidade, somente admitida nos casos em que demonstrada de forma manifesta a necessidade e urgência da ordem, bem como o abuso de poder ou a ilegalidade do ato impugnado.

2. Na hipótese vertente, tais circunstâncias não restaram evidenciadas de plano, razão pela qual *indefiro*, por agora, o pedido de provimento emergencial postulado.

3. Solicitem-se informações à douta autoridade apontada como coatora, com a máxima urgência; após, abra-se vista dos autos ao Ministério Público Federal, para o parecer de estilo.

(Fl. 163.)

É contra essa decisão que se insurge o impetrante neste *writ*.

Inicialmente, não vejo óbice ao conhecimento da impetração em virtude do trânsito em julgado da condenação.

É certo que esta Corte firmou o entendimento no sentido de que o *habeas corpus* não pode ser utilizado como sucedâneo de revisão criminal para reabrir a discussão de mérito da ação penal ou analisar o conjunto fático-probatório nela existente. Todavia, a jurisprudência desta Suprema Corte também se consolidou no sentido de que "a coisa julgada estabelecida no processo condenatório não é empecilho, por si só, à concessão de *habeas corpus* por órgão jurisdicional de gradação superior, de modo a desconstituir a decisão coberta pela preclusão máxima" (RHC 82.045/SP, Primeira Turma, Rel. Min. **Sepúlveda Pertence**, *DJ* de 25-10-2002).

Não se trata, no presente caso, de reabrir discussão de mérito ou analisar o conjunto fático-probatório. A questão trazida no *habeas corpus* é exclusivamente de direito, a respeito da legitimidade ou não da aplicação da causa de diminuição de pena prevista no art. 16 do Código Penal.

A impetração, portanto, comporta conhecimento.

No mérito, a ordem deve ser concedida.

Trata-se de decisão indeferitória de liminar requerida em revisão criminal, na qual se busca aplicar a causa de diminuição de pena prevista no art. 16 do Código Penal, segundo o qual, "nos crimes cometidos sem violência ou grave ameaça à pessoa, reparado o dano ou restituída a coisa, até o recebimento da denúncia ou da queixa, por ato voluntário do agente, a pena será reduzida de um a dois terços", em virtude de o impetrante ter, antes do recebimento da denúncia, celebrado acordo amigável com a vítima, visando o ressarcimento da quantia indevidamente apropriada. Essa informação pode ser encontrada no acórdão do Tribunal de Justiça local, mais especificamente à fl. 130 dos autos.

No presente *writ*, embora traga fundamentos de mérito da revisão criminal, o que se pede, liminarmente, é a suspensão da execução da pena imposta ao paciente e, no mérito, que ele aguarde o julgamento da revisão criminal em liberdade.

É certo que a jurisprudência desta Suprema Corte firmou-se no sentido de que "o ajuizamento da ação revisional não suspende a execução da sentença penal condenatória. Assim, não há como deferir a pretensão de o paciente aguardar em liberdade o julgamento" (HC 76.650/RJ, Segunda Turma, Rel. Min. **Néri da Silveira**, *DJ* de 15-12-2000). No mesmo sentido: HC 78.233/DF, Segunda Turma, Rel. Min. **Maurício Corrêa**, *DJ* de 19-2-1999; HC 88.460/SP, Primeira Turma, Rel. Min. **Marco Aurélio**, *DJe* de 28-3-2008; entre outros.

Todavia, a meu ver, o caso contém peculiaridades que recomendam a suspensão da execução da pena imposta ao paciente e a permissão para que ele aguarde em liberdade o julgamento da ação revisional.

O primeiro dado importante é o fato incontroverso de que o impetrante, antes do recebimento da denúncia, celebrou acordo amigável com a vítima, visando o ressarcimento da quantia indevidamente apropriada (fl. 130).

A pena imposta é a de dois anos e oito meses (32 meses) de reclusão. Tendo o paciente iniciado o seu cumprimento em 17-12-2008, o termo final ocorrerá em 16-8-2011.

Contudo, caso hoje fosse aplicada a redução máxima prevista no art. 16 do Código Penal (2/3), o paciente já teria quase cumprido integralmente a sua pena, configurando a sua prisão constrangimento ilegal. Completa em 17-12-2009 exatamente os 12 meses que atualmente podem vir a ser fixados como pena final.

Por outro lado, a suspensão da execução da pena não trará nenhum prejuízo à pretensão estatal, pois o prazo prescricional também ficará suspenso até que se decida sobre a aplicação ou não da redução ora pleiteada.

Presentes esses aspectos, entendo que a ordem de *habeas corpus* deve ser concedida para que o paciente aguarde em liberdade o julgamento da Revisão Criminal 1.146/RS, ficando, neste período, suspenso o prazo prescricional da pretensão executória.

DEBATE

O Sr. Ministro Dias Toffoli (Relator): Fiz aqui um breve apontamento sobre questões fáticas. Ele está condenado por apropriação indébita à pena de dois anos e oito meses de reclusão; regime inicial aberto. O trânsito dessa decisão ocorreu em 12 de setembro de 2008. A revisão corre no Superior Tribunal de Justiça, pois foi lá que o especial teve provimento. O paciente é advogado. Ele se teria apropriado de recursos do seu cliente. Ele reparou antes da denúncia e há provas, nos autos, que ele reparou isso. Esse é daqueles casos, como Vossa Excelência disse há pouco, Senhor Presidente, em que é necessário, de fato, um olhar coletivo, um pensar coletivo. Ele reparou, realmente, antes da denúncia o...

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Tanto que foi absolvido pelo Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

O Sr. Ministro Dias Toffoli (Relator): E eu verifiquei os documentos, e neles consta que, realmente, foi feita a reparação.

O *habeas corpus* se volta contra o indeferimento da tutela antecipada. O fato ocorreu em 26 de junho de 2003. Ele foi condenado a uma pena de dois anos e oito meses. Teve início o cumprimento em 17 de dezembro de 2008. O final será em 16 de agosto de 2011. Eu fiz aqui os cálculos. Ele estava condenado a uma pena total de 32 meses. Ele teria direito, pelo 16, a um benefício entre 1/3 e 2/3, entre vinte meses e dez meses. Essa é a circunstância fática.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Quanto à pretensão executória, não há risco maior, porque, a partir do momento em que se suspende a execução da pena, não corre prazo prescricional, pois não se tem ação de execução exercitável.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Presidente): Agora, tecnicamente, na revisão o título executivo não se suspende.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Ele tentou lograr, no Superior Tribunal de Justiça, uma tutela antecipada, uma cautelar. Aqui, o *habeas* faz as vezes de cautelar.

O Sr. Ministro Dias Toffoli (Relator): Faz as vezes de cautelar, exatamente.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Tendo sem risco, Presidente – diante até desse fato de ele ter sido condenado no Juízo, absolvido em segunda instância, condenado em sede extraordinária no julgamento de um recurso excepcional, que é o recurso especial, ficando explícito o equacionamento quanto à pretensão da prescrição executória –, a deferir essa revisão.

O Sr. Ministro Dias Toffoli (Relator): A minha dúvida nesse sentido é que ele começou a cumprir a pena em 17-12-2008, ou seja, ele ainda não completou um ano; se tiver um benefício de dois terços, que é o benefício máximo do art. 16 do Código Penal, ele teria vinte meses.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Presidente): O prazo prescricional se suspende, e eu não tenho dúvida quanto a isso.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Somente tem-se o curso da prescrição quando existe uma ação exercitável. A ação seria de execução. Ela é exercitável quando se suspende essa mesma execução? Concluo que não há o curso, e explicito já no voto, se é que ele impetrou este *habeas* para conseguir a prescrição da pretensão executória, evidentemente não terá esse efeito. Deixo explícito em meu voto.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Presidente): Que não terá esse efeito.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Não, não, é para aguardar, simplesmente, sem o risco da prescrição da pretensão executória.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Apenas porque, como ele já está cumprindo desde dezembro de 2008, se ele lograr o benefício, ele já teria cumprido.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Se aplicado o art. 16, ele já teria um outro regime – o aberto.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Presidente): Isso é verdade.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Não, mas aqui, na verdade, ele começou no aberto. Ele já estava no regime aberto.

O Sr. Ministro Dias Toffoli (Relator): Ele já está no aberto. Agora, no dia 17 de dezembro, ele completa doze meses, se lhe for aplicado o benefício máximo de vinte meses, que é o benefício de dois terços, já terá cumprido toda pena.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Ele já terá cumprido a pena, e ainda há esse aspecto que reforça.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Ele teria cumprido. Então, por isso é que eu acho que não conceder, não deferir agora.

O Sr. Ministro Dias Toffoli (Relator): Pode causar um prejuízo a ele.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Não, deferir significa que isso aqui é definitivo.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Cumprir uma pena que poderá vir a ser modificada, caso julgada procedente a revisão.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Acho que o deferimento se impõe, porque senão ele cumpre e fica, de todo jeito, prejudicada a revisão.

O Sr. Ministro Dias Toffoli (Relator): Realmente, nos autos consta, Senhor Presidente, a documentação.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: O ressarcimento.

O Sr. Ministro Dias Toffoli (Relator): E isso é incontroverso: ele realmente ressarciu antes do recebimento da denúncia.

A minha proposição é no sentido de conceder a ordem, mas com essas cautelas que o Ministro **Marco Aurélio** muito bem agrega.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Presidente): Só para aguardar.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Afastado o curso do prazo prescricional da pretensão executória.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Exclusivamente, para se suspender a execução, enquanto prossegue a revisão criminal, sem que isso importe em qualquer influência no prazo prescricional.

O Sr. Ministro Dias Toffoli (Relator): Prossegue a revisão criminal, exatamente.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: É isso. Poderá ter uma vitória de Pirro: ganha a revisão, mas não leva, porque ninguém devolve a liberdade perdida.

O Sr. Ministro Dias Toffoli (Relator): Na verdade, é como se fosse um efeito cautelar mesmo. Nós estaríamos, aqui, concedendo um *habeas corpus* para dar um efeito cautelar a uma revisão criminal.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Presidente): Há uma peculiaridade aqui, além dessa devolução etc., ele foi absolvido na instância do Tribunal de Justiça.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: O Tribunal de Justiça chegou a ir além, não observando apenas a diminuição da pena. Absolveu.

O Sr. Ministro Dias Toffoli (Relator): Sim. Ele absolveu. Foi no recurso do Ministério Público, no especial, é que o STJ...

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Com base na atipicidade, enquadrando a espécie no inciso III do art. 386 do Código de Processo Penal.

O Sr. Ministro Dias Toffoli (Relator): Aí, o STJ reformula, mas não aplica o art. 16, e é a documentação que mostra. Então, o que é o pedido?

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Uma situação excepcional.

O Sr. Ministro Dias Toffoli (Relator): Exatamente. Por isso que eu trouxe ao diálogo maior da Turma. O pedido, estritamente, é o seguinte: "requer que seja conhecido o presente *habeas corpus*, a fim de que o Paciente possa aguardar o julgamento de sua revisão criminal em liberdade, por imperativo de justiça e bom senso."

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Não correndo prazo prescricional da pretensão executória. Com isso, fecha-se a porta.

O Sr. Ministro Dias Toffoli (Relator): Aguardar em liberdade, mas não correndo prazo prescricional.

Defiro a ordem, Senhor Presidente, nos termos como requerido na inicial, mas agregando a ponderação de que nesse período não corre a prescrição.

VOTO

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Senhor Presidente, eu apenas, ao invés de deixar a proclamação como uma ponderação do Tribunal, eu diria que, afirmando-se o Supremo Tribunal, não ocorre, para que ele não tenha dúvida que isso pode ser objeto, e depois aparece.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Consigno e Vossa Excelência proclama.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Presidente): Relator, Vossa Excelência reposiciona-se nesse sentido?

O Sr. Ministro Dias Toffoli (Relator): Sim, perfeitamente.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: É uma concessão parcial.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Na verdade, é isso.

O Sr. Ministro Carlos Britto (Presidente): O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski está de acordo?

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Eu estou de acordo.

O Sr. Ministro Dias Toffoli (Relator): Agradeço ao colegiado o auxílio na reflexão sobre o caso.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Britto (Presidente): Olhem, eu vou fazer algo de que talvez eu me arrependa, eu vou votar contra o eminente Relator e denegar o *habeas corpus*.

EXTRATO DA ATA

HC 99.918/RS — Relator: Ministro Dias Toffoli. Paciente: Valtezer Michelis Hoelscher ou Valtezer Michels Hoelscher ou Waltezer Michelis

Hoelscher. Impetrantes: Daniel Figueira Tonetto e outros. Coator: Relator da Revisão Criminal 1.146 do Superior Tribunal de Justiça.

Decisão: Por maioria de votos, a Turma deferiu o pedido de *habeas corpus*, nos termos do voto do Relator; vencido o Ministro Carlos Ayres Britto, Presidente.

Presidência do Ministro Carlos Ayres Britto. Presentes à sessão os Ministros Marco Aurélio, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Dias Toffoli. Subprocurador-Geral da República, Dr. Wagner de Castro Mathias Netto.

Brasília, 1º de dezembro de 2009 — Ricardo Dias Duarte, Coordenador.

———

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 248.499 — PR

Relator: O Sr. Ministro Cezar Peluso

Recorrente: Estado do Paraná — Recorrida: Cristalvel – Indústrias Químicas Ltda.

Tributo. ICMS. Exportação de produtos industrializados. Imunidade. Limitação apenas às operações realizadas com moeda estrangeira. Restrição imposta pelo Decreto estadual 7.004/1990 e Convênio ICMS 4/1990. Inadmissibilidade. Recurso extraordinário não provido. A imunidade do ICMS relativa à exportação de produtos industrializados abrange todas as operações que contribuíram para a exportação, independentemente da natureza da moeda empregada.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Ministro Celso de Mello, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em conhecer do recurso extraordinário, mas, a este, negar provimento, nos termos do voto do Relator. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, a Ministra Ellen Gracie e o Ministro Joaquim Barbosa.

Brasília, 27 de outubro de 2009 — Cezar Peluso, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Trata-se de recurso extraordinário interposto contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, assim ementado:

> *ICM. Exportação de produtos industrializados. Imunidade (art. 155, § 2º, X, letra a da Constituição Federal). Exigência da operação em moeda estrangeira (Decreto estadual 7.004/90, art. 11 – Convênio ICMS 04/90). Inconstitucionalidade. Apelo provido.*
> (Fl. 370.)

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados (fls. 380-383).

O recorrente, com base no art. 102, III, *a*, alega ter havido violação aos arts. 155, § 2º, X, *a*, da Constituição Federal.

Aduz que a cobrança da exação é devida, sustentando que o decreto em questão foi editado com base no convênio de ICMS 4/1990 e que a cobrança do imposto se deveu ao fato de que a empresa *Cristavel – Indústrias Químicas Ltda*. não atendeu às condições estabelecidas para fazer jus à isenção prevista (realização da operação em moeda estrangeira).

O Tribunal de Justiça do Estado do Paraná decidiu que a cobrança do imposto era indevida e que a exigência de que a operação se desse em moeda estrangeira não estava de acordo com a imunidade prevista no art. 155, § 2º, X, *a*, da Constituição da República, julgando inconstitucional o decreto estadual.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): 1. Inconsistente o recurso.

Tem a Corte assentado que a imunidade relativa ao ICMS atinge todas as operações que contribuíram para a exportação, independentemente de a transação ter sido realizada em moeda estrangeira. É o que se vê do precedente:

> (...) 1. No parecer de fls. 112/120, a ilustre Subprocuradora-Geral da República Dra. *Helenita Caiado de Acioli* resumiu a hipótese e, em seguida, opinou nos seguintes termos: "Trata-se de agravo de instrumento interposto pelo *Estado do Paraná*, contra o r. despacho proferido pelo Vice-Presidente do Eg. Tribunal de Justiça daquele Estado, que inadmitiu o recurso extraordinário fundamentado no art. 102, inciso III, alínea *a*, da Constituição Federal. 2. Consoante se extrai dos autos, *Karan & Karan Ltda.* impetrou mandado de segurança com pedido de liminar contra o Delegado da 13ª Delegacia Regional da Receita Estadual em Cascavel e o chefe da Agência de Rendas de Foz do Iguaçu, objetivando o direito de não recolher o montante exigido a título de **ICMS**, por entender que, ao comercializar suas mercadorias para exportação, ocorreu a hipótese de **imunidade** tributária prevista no art. 155, § 2º, *a*, da Constituição Federal. Aduz, ainda, a inconstitucionalidade do art. 11 do Decreto 7.004/90, que condiciona o benefício da **imunidade** à exportação ser efetuada em **moeda estrangeira**. 3. Denegada a segurança em primeira instância, interpôs a ora agravada recurso de apelação, provido, por unanimidade, pela 5ª Câmara Cível do Eg. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, em decisão de fls. 213/224, assim ementada: '***ICMS***. *Exportação. Produtos industrializados. Não incidência do tributo (art. 155, § 2º, inciso X, letra a, CF/88). Exigência da exportação realizar-se em* **moeda estrangeira** *(art. 11, do D. est. 7.004/90 e Convênio 4/90). Inconstitucionalidade. Apelo provido*. A **imunidade** instituída em favor dos produtos industrializados destinados à exportação alcança a operação posterior à industrialização consistente nas saídas das mercadorias do estabelecimento produtor à empresa exportadora, não havendo margem para o legislador estadual restringir o alcance dessa **imunidade,** exigindo que a exportação se faça em **moeda estrangeira**.' 4. Irresignado, o Estado do Paraná interpôs recurso extraordinário (fls. 230/234), alegando, em síntese, que o art. 155, § 2º, inc. X, *a*, da Carta Magna, não se aplica a hipótese, uma vez que, 'o que se está tributando – e é o fundamento da execução – na espécie não é a exportação, mas a operação de transferência das mercadorias para o estabelecimento exportador, que por força de previsão local estaria isenta de tributação se a operação de exportação fosse realizada em **moeda estrangeira**.' 'Trata-se de uma isenção condicionada trazida pelo Decreto 7.004/90 como recepção do Convênio 4/90. Sujeita-se a isenção a uma operação complexa, por envolver outro sujeito. Em suma, para que o produtor goze de isenção é necessário que a exportação se efetive em **moeda estrangeira**. Tal exigência é modalidade de fiscalização das autoridades monetárias a fim de reduzir a possibilidade de que a saída de mercadorias com isenção tributária tenha

como destinatário final o próprio mercado interno ou a venda para o mercado externo sem qualquer vantagem interna'. 5. O processamento do apelo extremo foi indeferido na origem (fls. 271/272), sob os seguintes fundamentos: 'Por entender correta a interpretação do acórdão recorrido relativamente à norma constitucional em discussão, e, também, por reputar suficiente a contra-argumentação da recorrida (fls. 243/267), na qual também fundamento este despacho, denego seguimento ao recurso extraordinário interposto.' 6. Sobreveio o presente agravo de instrumento (fls. 1/8), no qual o agravante, além de repisar os argumentos expendidos no extraordinário, sustenta que o despacho agravado adentrou na análise da questão de fundo, usurpando, assim, a competência da Corte Suprema. 7. *In casu*, não prospera a irresignação. 8. Muito embora tenha o agravante alegado que o Juízo primeiro de admissibilidade adentrou no mérito, usurpando, assim, competência do Supremo Tribunal Federal, não merece prosperar o presente agravo. 9. Como bem destacou o r. despacho agravado, não se vislumbra na espécie qualquer violação a dispositivo constitucional. Consoante já decidiu o Excelso Pretório, a **imunidade** deve ser interpretada de forma ampla, não podendo o legislador ordinário ou complementar estabelecer restrições a este benefício (nesse sentido: RE 174.476-6/SP, Min. Celso de Mello, *in RTJ* 116/267). 10. Essa mesma orientação vem sendo prestigiada pela doutrina, como se vê em *Amilcar de Araújo Falcão* (RDA 66/372), *Ives Gandra Martins* (*Sistema Tributário Nacional na Constituição de 1988*. 3. ed., São Paulo: Saraiva, 1991. p. 152) e *Roque Antonio Carraza*, segundo o qual 'a **imunidade** é ampla indivisível, não admitindo, nem por parte do legislador (complementar ou ordinário), nem do aplicador (Juiz ou agente final), 'restrição ou meios-termos', a não ser, é claro, aqueles que já estão autorizados na própria Lei Maior' (*in Curso de Direito Constitucional Tributário*. 10. ed., São Paulo: Malheiros, 1997. p. 401). 11. Nesse sentido, também, os ensinamentos do eminente professor *Hugo de Brito Machado*: 'A regra da Constituição dirige-se ao legislador, limitando a competência deste. As situações nela descritas ficam fora do alcance da regra jurídica de tributação. Ficam excluídas do âmbito de incidência do imposto. Regra de lei ordinária, ou mesmo de lei complementar, que restrinja conceitos albergados na forma da Constituição, reduzindo o alcance desta, mesmo a propósito de interpretá-la, é inconstitucional. Interpretação autêntica de validade indiscutível é somente aquela veiculada por normas da mesma categoria da norma interpretada.' (*in Curso de Direito Tributário*. 13. ed., revista atualizada e ampliada, São Paulo: Malheiros, 1998. p. 278). 12. Assim, a **imunidade** relativa ao **ICMS** abrange todas as operações que contribuíram para a exportação do produto industrializado, inclusive a transferência das mercadorias do produtor para o estabelecimento exportador, independentemente de a referida exportação ter sido realizada em **moeda estrangeira**, *ex vi* do art. 155, § 2º, X, *a*, da Constituição Federal. 13. Ademais, a atual lei do **ICMS** (LC 87/96), em seu art. 3º, parágrafo único, promoveu a equiparação de operações praticadas internamente com as de exportação, com o objetivo de tornar aquelas imunes em relação ao **ICMS**, desde que a saída de mercadorias tenha a finalidade específica de exportação para o exterior. 14. No caso, não há que se falar em contrariedade à norma constitucional invocada, uma vez que, na passagem do produto industrializado do fabricante à empresa exportadora, não ocorre o fato gerador do **ICMS**, configurando, assim, hipótese de **imunidade** tributária estatuída pela Carta Magna, obrigatória para os legisladores federais e estaduais, os quais não poderão estabelecer restrições para o exercício deste direito. 15. Finalmente, como bem observou o acórdão recorrido: 'Quando o estabelecimento destinatário não

realizar a exportação, mas vender o produto no mercado interno – o que não é o caso dos autos – restará ao Estado por em campo sua fiscalização, aí, sim, autuando o empresário sonegador.' 17. Ante o exposto, opino pelo não provimento do agravo." 2. Adotando a exposição, a fundamentação e a conclusão do parecer do Ministério Público federal, nego seguimento ao presente agravo (arts. 21, § 1º, do RISTF; 38 da Lei 8.038, de 28-5-1990; e 557 do Código de Processo Civil).

(**AI 237.951**, Rel. Min. **Sydney Sanches**, *DJ* de 10-10-2001. No mesmo sentido: **RE 259.964**, Rel. Min. **Carlos Britto**, *DJ* de 25-5-2004, e **RE 443.343**, Rel. Min. **Eros Grau**, *DJ* de 7-3-2005.)

É o que convém ao caso.

2. Diante do exposto, nego provimento ao recurso.

EXTRATO DA ATA

RE 248.499/PR — Relator: Ministro Cezar Peluso. Recorrente: Estado do Paraná (Advogados: PGE/PR – Joe Tennyson Velo e outros). Recorrida: Cristalvel – Indústrias Químicas Ltda. (Advogados: Deoclécio Adão Paz e outros).

Decisão: A Turma, por votação unânime, conheceu do recurso extraordinário, mas, a este, negou provimento, nos termos do voto do Relator. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, a Ministra Ellen Gracie e o Ministro Joaquim Barbosa. Presidiu este julgamento o Ministro Celso de Mello.

Presidência do Ministro Celso de Mello. Presentes à sessão os Ministros Cezar Peluso, Joaquim Barbosa e Eros Grau. Ausente, justificadamente, a Ministra Ellen Gracie. Subprocurador-Geral da República, Dr. Wagner Gonçalves.

Brasília, 27 de outubro de 2009 — Carlos Alberto Cantanhede, Coordenador.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 436.017 — MG

Relator: O Sr. Ministro Cezar Peluso

Embargante: Cooperativa de Ensino de Belo Horizonte Ltda. — Embargada: União

Tributo. Regime especial de tributação. SIMPLES – Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuição de Microempresas e Empresas de Pequeno Porte. Cooperativa dedicada à criação, organização e direção de unidades de ensino e educação, mediante curso completo em qualquer grau e curso técnico profissionalizante. Vedação do art. 9º, XIII, da Lei 9.317/1996. Não ocorrência. Direito de adesão reconhecido. Recurso extraordinário provido para esse fim. Tem direito de inscrever-se no Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuição de Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES a cooperativa dedicada à direção de unidades de ensino e educação, mediante curso completo em qualquer grau e curso técnico profissionalizante.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Ministro Celso de Mello, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em receber os embargos de declaração, nos termos do voto do Relator. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, a Ministra Ellen Gracie e o Ministro Joaquim Barbosa.

Brasília, 9 de dezembro de 2008 — Cezar Peluso, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Cezar Peluso: 1. Trata-se de embargos de declaração contra acórdão que julgou agravo regimental de decisão que negou seguimento a recurso extraordinário, sob fundamento de que seria exclusivamente infraconstitucional a questão em debate. A embargante alega erro de fato na apreciação do objeto do extraordinário.

2. Este volta-se contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 1ª Região e assim ementado:

> *Tributário. Regime especial de tributação. SIMPLES – Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições de Microempresas e Empresas de Pequeno Porte. Lei 9.317/96. Art. 9º. Princípio da isonomia. Constitucionalidade. Lei 10.034/2000: inaplicável. Cooperativas.*

A interpretação da norma no direito tributário não poderá fundar-se tão somente na literalidade do texto, devendo-se observar, também, o contexto jurídico, econômico e social.

A Constituição Federal veda a atribuição de tratamento desigual entre contribuintes que se encontram em situação equivalente. A aplicação do art. 9º da Lei 9.37/96 não será para alguns daqueles contribuintes em situação equivalente ali elencados, será para todos.

Inaplicável à espécie a Lei 10.034/2000, vez que o objeto social da impetrante prevê outras atividades além de creche, pré-escola e ensino fundamental contidas na referida norma legal.

Por terem as cooperativas tratamento tributário diferenciado, estas não estarão abrangidas pelos benefícios oriundos da Lei 9.317/96.

(Fl. 160.)

A recorrente sustenta, com base no art. 102, III, *a*, violação aos arts. 5º, II; 93, IX; 146, II, *c*; 150, I e II; 174, § 1º; e 179 da Constituição Federal.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): 1. Não subsiste o fundamento da decisão agravada, que contém, deveras, erro de fato quanto ao objeto do recurso extraordinário. É que o acórdão recorrido se fundou não apenas na interpretação de legislação infraconstitucional, mas também em regras constitucionais, que estão prequestionadas (fls. 155-158 e 160).

Por isso, acolho os embargos e dou provimento ao agravo regimental, para julgar o recurso extraordinário.

É o que passo a fazer.

2. Estão prequestionados somente os arts. 145, § 1º, 150, II, e 179 da Constituição Federal (fls. 155 e 157).

Embora o acórdão recorrido tenha reconhecido que a atividade econômica desenvolvida pela recorrente seja "a criação, organização e direção de unidades dedicadas ao ensino e educação de alunos, mediante curso completo, em qualquer grau, podendo também instituir cursos técnicos, profissionalizantes ou quaisquer outros de caráter cultural, artístico e esportivo" (fls. 158), concluiu que tal atividade estaria "contida dentre as vedações elencadas" pelo "inciso XIII do art. 9º da Lei 9.317/96" (fl. 157).

Ao assim decidir, o Tribunal *a quo* violou flagrantemente a regra constitucional da isonomia tributária (art. 150, II), pois criou vedação para adesão ao regime de tributação Simples que não está contemplada pelo inciso XIII do art. 9º da Lei 9.317/1996, uma vez que de tal inciso não consta referência à atividade econômica exercida pela recorrente.

O entendimento do acórdão recorrido possibilita, em tese, que outras pessoas jurídicas, as quais exerçam a mesma atividade econômica desenvolvida pela ora recorrente, ingressem do regime do Simples, quando ela não o pôde.

Há ofensa ao art. 150, II, da Constituição da República, na medida em que o acórdão impugnado cria possibilidade teórica de diferença de tratamento entre contribuintes postos em situação jurídica idêntica.

2. Ante o exposto, acolho os embargos, para dar provimento ao agravo regimental e ao recurso extraordinário, concedendo a segurança para assegurar à recorrente, nos termos da Lei 9.317, de 5 de dezembro de 1996, a inscrição no Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições de Microempresas e Empresas de Pequeno Porte – SIMPLES –, ano base 2000 e subsequentes, até 1º de julho de 2007 (art. 89 da Lei Complementar 123, de 14 de dezembro de 2006), desde que satisfeitos os demais requisitos legais.

EXTRATO DA ATA

RE 436.017-AgR-ED/MG — Relator: Ministro Cezar Peluso. Embargante: Cooperativa de Ensino de Belo Horizonte Ltda. (Advogados: Maria Inês Murgel e outros). Embargada: União (Advogada: PFN – Fabiola Inez Guedes de Castro Saldanha).

Decisão: A Turma, por unanimidade, rejeitou os embargos de declaração, com imposição, à parte embargante, de multa de 1% sobre o valor da causa, nos termos do voto do Relator. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Ministro Celso de Mello. Presidiu este julgamento a Ministra Ellen Gracie. Segunda Turma, 9-12-2008.

Decisão: A Turma, por votação unânime, deliberou retificar a decisão proferida na 38ª sessão ordinária, de 9-12-2008, para que tenha o seguinte teor: "A Turma, por votação unânime, recebeu os embargos de declaração, nos termos do voto do Relator." Ausentes, justificadamente, neste julgamento, a Ministra Ellen Gracie e o Ministro Joaquim Barbosa. Presidiu este julgamento o Ministro Celso de Mello.

Presidência do Ministro Celso de Mello. Presentes à sessão os Ministros Cezar Peluso, Joaquim Barbosa e Eros Grau. Ausente, justificadamente, a Ministra Ellen Gracie. Subprocurador-Geral da República, Dr. Wagner Gonçalves.

Brasília, 27 de outubro de 2009 — Carlos Alberto Cantanhede, Coordenador.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 511.961 — SP

Relator: O Sr. Ministro Gilmar Mendes

Recorrentes: Sindicato das Empresas de Rádio e Televisão no Estado de São Paulo – SERTESP e Ministério Público Federal — Recorridos: União e Federação Nacional dos Jornalistas – FENAJ e outros

Jornalismo. Exigência de diploma de curso superior, registrado pelo Ministério da Educação, para o exercício da profissão de jornalista. Liberdades de profissão, de expressão e de informação. Constituição de 1988 (art. 5º, IX e XIII, e art. 220, *caput* e § 1º). Não recepção do art. 4º, V, do Decreto-Lei 972, de 1969.

1. Recursos extraordinários. Art. 102, III, *a*, da Constituição. Requisitos processuais intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade. Os recursos extraordinários foram tempestivamente interpostos e a matéria constitucional que deles é objeto foi amplamente debatida nas instâncias inferiores. Recebidos nesta Corte antes do marco temporal de 3 de maio de 2007 (AI 664.567-QO/RS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence), os recursos extraordinários não se submetem ao regime da repercussão geral.

2. Legitimidade ativa do Ministério Público para propositura da ação civil pública. O Supremo Tribunal Federal possui sólida jurisprudência sobre o cabimento da ação civil pública para proteção de interesses difusos e coletivos e a respectiva legitimação do Ministério Público para utilizá-la, nos termos dos arts. 127, *caput*, e 129, III, da Constituição Federal. No caso, a ação civil pública foi proposta pelo Ministério Público com o objetivo de proteger não apenas os interesses individuais homogêneos dos profissionais do jornalismo que atuam sem diploma, mas também os direitos fundamentais de toda a sociedade (interesses difusos) à plena liberdade de expressão e de informação.

3. Cabimento da ação civil pública. A não recepção do Decreto-Lei 972/1969 pela Constituição de 1988 constitui a causa de pedir da ação civil pública e não o seu pedido principal, o que está plenamente de acordo com a jurisprudência desta Corte. A controvérsia constitucional, portanto, constitui apenas questão prejudicial indispensável à solução do litígio, e não seu pedido único e principal. Admissibilidade da utilização da ação civil pública como instrumento de fiscalização incidental de constitucionalidade. Precedentes do STF.

4. Âmbito de proteção da liberdade de exercício profissional (art. 5º, XIII, da Constituição). Identificação das restrições e conformações legais constitucionalmente permitidas. Reserva legal qualificada. Proporcionalidade. A Constituição de 1988, ao

assegurar a liberdade profissional (art. 5º, XIII), segue um modelo de reserva legal qualificada presente nas Constituições anteriores, as quais prescreviam à lei a definição das "condições de capacidade" como condicionantes para o exercício profissional. No âmbito do modelo de reserva legal qualificada presente na formulação do art. 5º, XIII, da Constituição de 1988, paira uma imanente questão constitucional quanto à razoabilidade e proporcionalidade das leis restritivas, especificamente, das leis que disciplinam as qualificações profissionais como condicionantes do livre exercício das profissões. Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: Rp 930, Rel. p/ o ac. Min. Rodrigues Alckmin, *DJ* de 2-9-1977. A reserva legal estabelecida pelo art. 5º, XIII, não confere ao legislador o poder de restringir o exercício da liberdade profissional a ponto de atingir o seu próprio núcleo essencial.

5. Jornalismo e liberdades de expressão e de informação. Intepretação do art. 5º, XIII, em conjunto com os preceitos do art. 5º, IV, IX, XIV, e do art. 220 da Constituição. O jornalismo é uma profissão diferenciada por sua estreita vinculação ao pleno exercício das liberdades de expressão e de informação. O jornalismo é a própria manifestação e difusão do pensamento e da informação de forma contínua, profissional e remunerada. Os jornalistas são aquelas pessoas que se dedicam profissionalmente ao exercício pleno da liberdade de expressão. O jornalismo e a liberdade de expressão, portanto, são atividades que estão imbricadas por sua própria natureza e não podem ser pensadas e tratadas de forma separada. Isso implica, logicamente, que a interpretação do art. 5º, XIII, da Constituição, na hipótese da profissão de jornalista, se faça, impreterivelmente, em conjunto com os preceitos do art. 5º, IV, IX, XIV, e do art. 220 da Constituição, que asseguram as liberdades de expressão, de informação e de comunicação em geral.

6. Diploma de curso superior como exigência para o exercício da profissão de jornalista. Restrição inconstitucional às liberdades de expressão e de informação. As liberdades de expressão e de informação e, especificamente, a liberdade de imprensa, somente podem ser restringidas pela lei em hipóteses excepcionais, sempre em razão da proteção de outros valores e interesses constitucionais igualmente relevantes, como os direitos à honra, à imagem, à privacidade e à personalidade em geral. Precedente do STF: ADPF 130, Rel. Min. Carlos Britto. A ordem constitucional apenas admite a definição legal das qualificações profissionais na hipótese em que sejam elas estabelecidas para proteger, efetivar e reforçar o exercício profissional das liberdades de expressão e de informação por parte dos jornalistas. Fora desse quadro, há patente inconstitucionalidade da lei. A exigência de diploma

de curso superior para a prática do jornalismo – o qual, em sua essência, é o desenvolvimento profissional das liberdades de expressão e de informação – não está autorizada pela ordem constitucional, pois constitui uma restrição, um impedimento, uma verdadeira supressão do pleno, incondicionado e efetivo exercício da liberdade jornalística, expressamente proibido pelo art. 220, § 1º, da Constituição.

7. Profissão de jornalista. Acesso e exercício. Controle estatal vedado pela ordem constitucional. Proibição constitucional quanto à criação de ordens ou conselhos de fiscalização profissional. No campo da profissão de jornalista, não há espaço para a regulação estatal quanto às qualificações profissionais. O art. 5º, IV, IX, XIV, e o art. 220 não autorizam o controle, por parte do Estado, quanto ao acesso e exercício da profissão de jornalista. Qualquer tipo de controle desse tipo, que interfira na liberdade profissional no momento do próprio acesso à atividade jornalística, configura, ao fim e ao cabo, controle prévio que, em verdade, caracteriza censura prévia das liberdades de expressão e de informação, expressamente vedada pelo art. 5º, IX, da Constituição. A impossibilidade do estabelecimento de controles estatais sobre a profissão jornalística leva à conclusão de que não pode o Estado criar uma ordem ou um conselho profissional (autarquia) para a fiscalização desse tipo de profissão. O exercício do poder de polícia do Estado é vedado nesse campo em que imperam as liberdades de expressão e de informação. Jurisprudência do STF: Rp 930, Rel. p/ o ac. Min. Rodrigues Alckmin, *DJ* de 2-9-1977.

8. Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Posição da Organização dos Estados Americanos (OEA). A Corte Interamericana de Direitos Humanos proferiu decisão no dia 13 de novembro de 1985, declarando que a obrigatoriedade do diploma universitário e da inscrição em ordem profissional para o exercício da profissão de jornalista viola o art. 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos, que protege a liberdade de expressão em sentido amplo (caso "La colegiación obligatoria de periodistas" – Opinião Consultiva OC-5/85, de 13 de novembro de 1985). Também a Organização dos Estados Americanos (OEA), por meio da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, entende que a exigência de diploma universitário em jornalismo, como condição obrigatória para o exercício dessa profissão, viola o direito à liberdade de expressão (Informe Anual da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, de 25 de fevereiro de 2009).

Recursos extraordinários conhecidos e providos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, conhecer e dar provimento aos recursos extraordinários, declarando a não recepção do art. 4º, V, do Decreto-Lei 972/1969, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 17 de junho de 2009 — Gilmar Mendes, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Gilmar Mendes: Trata-se de recurso extraordinário, interposto pelo Ministério Público Federal e pelo Sindicato das Empresas de Rádio e Televisão no Estado de São Paulo (SERTESP) (assistente simples), com fundamento no art. 102, inciso III, *a*, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região nos autos da Apelação Cível em Ação Civil Pública 2001.61.00.025946-3.

Na origem, o Ministério Público Federal ajuizou ação civil pública – originada dos procedimentos administrativos 1.34.001.002285/2001-69 e 1.34.001.001683/2001-68 – com pedido de tutela antecipada, em face da União, na qual defendeu a não recepção, pela Constituição de 1988 (art. 5º, IX e XIII, e art. 220, *caput* e § 1º), do art. 4º, V, do Decreto-Lei 972, de 1969, o qual exige o diploma de curso superior de jornalismo, registrado pelo Ministério da Educação, para o exercício da profissão de jornalista.

Defendeu o Ministério Público, em síntese, que, se o art. 5º, inciso XIII, da Constituição, remete à legislação infraconstitucional o estabelecimento das condições para o exercício da liberdade de exercício profissional, não pode o legislador impor restrições indevidas ou não razoáveis, como seria o caso da exigência de diploma do curso superior de jornalismo prevista no art. 4º, V, do Decreto-Lei 972/1969. Ademais, haveria, no caso, violação ao art. 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos, ratificada pelo Brasil em 1992.

Ao final, o Ministério Público requereu que:

1) seja obrigada a União a não mais registrar ou fornecer qualquer número de inscrição no Ministério do Trabalho para os diplomados em jornalismo, informando aos interessados a desnecessidade do registro e inscrição para o exercício da profissão de jornalista;

2) seja obrigada a União a não mais executar fiscalização sobre o exercício da profissão de jornalista por profissionais desprovidos de grau de curso universitário de jornalismo, bem como não mais exarar os autos de infração correspondentes;

3) sejam declarados nulos todos os autos de infração lavrados por auditores-fiscais do trabalho, em fase de execução ou não, contra indivíduos em razão da prática do jornalismo sem o correspondente diploma;

4) sejam remetidos ofícios aos Tribunais de Justiça de todos os Estados da Federação, dando ciência da antecipação de tutela, de forma a que se aprecie a pertinência de trancamento de eventuais inquéritos policiais ou ações penais, que por lá tramitem, tendo por objeto a apuração de prática de delito de exercício ilegal da profissão de jornalista.

A Federação Nacional dos Jornalistas (FENAJ) e o Sindicato dos Jornalistas Profissionais no Estado de São Paulo ingressaram na lide na qualidade de assistentes simples da União (ré) (fl. 747), e o Sindicato das Empresas de Rádio e Televisão no Estado de São Paulo foi admitido no processo como assistente simples do Ministério Público Federal (autor).

A sentença proferida pelo Juízo da 16ª Vara Cível Federal de São Paulo (fls. 883-930) julgou parcialmente procedente o pedido para:

1) determinar que a União não mais exija, em todo o país, o diploma de curso superior de jornalismo para o registro no Ministério do Trabalho para o exercício da profissão de jornalista, informando aos interessados a desnecessidade de apresentação de tal diploma, assim como não mais execute fiscalização sobre o exercício da profissão de jornalista por profissionais desprovidos de grau universitário de jornalismo, e deixe de exarar os autos de infração correspondentes;

2) declarar a nulidade de todos os autos de infração pendentes de execução lavrados por auditores-fiscais do trabalho contra indivíduos em razão da prática do jornalismo sem o correspondente diploma;

3) que sejam remetidos ofícios aos Tribunais de Justiça dos Estados, de forma a que se aprecie a pertinência de trancamento de eventuais inquéritos policiais ou ações penais em trâmite, tendo por objeto a apuração de prática do delito de exercício ilegal da profissão de jornalista;

4) fixar multa de R$ 10.000,00 (dez mil reais), a ser revertida em favor do Fundo Federal de Direitos Difusos, nos termos dos arts. 11 e 13 da Lei 7.347/1985, para cada auto de infração lavrado em descumprimento das obrigações impostas na decisão.

Os autos foram então remetidos ao Tribunal Regional Federal da 3ª Região, em razão do reexame necessário e dos recursos de apelação da União, da Federação Nacional dos Jornalistas (FENAJ), do Sindicato dos Jornalistas Profissionais no Estado de São Paulo e do Ministério Público Federal.

O Tribunal Regional Federal da 3ª Região deu provimento à remessa oficial e aos recursos da União, da Fenaj e do Sindicato dos Jornalistas e reformou a sentença em acórdão cuja ementa possui o seguinte teor (fls. 1580-1613):

> *Constitucional. Processual civil. Ação civil pública. Requisitos para o exercício da profissão de jornalista. Legitimidade ativa do Ministério Público Federal. Fenômeno da recepção. Via adequada. Matéria eminentemente de direito. Julgamento antecipado. Possibilidade. Inexistência de litisconsórcio necessário com outros sindicatos. Decreto-Lei 972/69. Recepção formal e material pela*

Carta Política de 1988. Exigência de curso superior de jornalismo. Ausência de ofensa à liberdade de trabalho e de imprensa e acesso à informação. Profissão de grande relevância social que exige qualificação técnica e formação especializada. Inexistência de ofensa à convenção americana sobre direitos humanos.

1. Legitimidade do Ministério Público Federal para propor ação civil pública, ante o interesse eminentemente de ordem social e pública, indo além dos interesses individuais homogêneos do exercício da profissão de jornalista, alcançando direitos difusos protegidos constitucionalmente, como a liberdade de expressão e acesso à informação.

2. Legítima e adequada a via da ação civil pública, em que se discute a ocorrência ou não do fenômeno da recepção, não se podendo falar em controle de constitucionalidade.

3. Havendo prova documental suficiente para formar o convencimento do julgador e sendo a matéria predominantemente de direito, possível o julgamento antecipado da lide.

4. Todos os Sindicatos da categoria dos jornalistas são legitimados a habilitar-se como litisconsortes facultativos, nos termos do § 2º do art. 5º da Lei nº 7.347/85. Não configuração de litisconsórcio necessário.

5. A vigente Constituição Federal garante a todos, indistintamente e sem quaisquer restrições, o direito à livre manifestação do pensamento (art. 5º, IV) e à liberdade de expressão, independentemente de censura ou licença (art. 5º, IX). São direitos difusos, assegurados a cada um e a todos, ao mesmo tempo, sem qualquer barreira de ordem social, econômica, religiosa, política, profissional ou cultural. Contudo, a questão que se coloca de forma específica diz respeito à liberdade do exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, ou, simplesmente, liberdade de profissão. Não se pode confundir liberdade de manifestação do pensamento ou de expressão com liberdade de profissão. Quanto a esta, a Constituição assegurou o seu livre exercício, desde que atendidas as qualificações profissionais estabelecidas em lei (art. 5º, XIII). O texto constitucional não deixa dúvidas, portanto, de que a lei ordinária pode estabelecer as qualificações profissionais necessárias para o livre exercício de determinada profissão.

6. O Decreto-Lei n. 972/69, com suas sucessivas alterações e regulamentos, foi recepcionado pela nova ordem constitucional. Inexistência de ofensa às garantias constitucionais de liberdade de trabalho, liberdade de expressão e manifestação de pensamento. Liberdade de informação garantida, bem como garantido o acesso à informação. Inexistência de ofensa ou incompatibilidade com a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos.

7. O inciso XIII do art. 5º da Constituição Federal de 1988 atribui ao legislador ordinário a regulamentação de exigência de qualificação para o exercício de determinadas profissões de interesse e relevância pública e social, dentre as quais, notoriamente, se enquadra a de jornalista, ante os reflexos que seu exercício traz à Nação, ao indivíduo e à coletividade.

8. A legislação recepcionada prevê as figuras do provisionado e do colaborador, afastando as alegadas ofensas ao acesso à informação e manifestação de profissionais especializados em áreas diversas.

9. Precedentes jurisprudenciais.

10. Preliminares rejeitadas.

11. Apelações da União, da Fenaj e do Sindicato dos Jornalistas providas.

12. Remessa oficial provida.

13. Apelação do Ministério Público Federal prejudicada.

No voto condutor, o Relator teceu as seguintes considerações sobre cada um dos temas controvertidos no processo (fls. 1601-1611):

> (...) Não se pode ignorar a relevante função social do jornalismo, daí resultando a grande responsabilidade do profissional e riscos que o mau exercício da profissão oferecem à coletividade e ao país. Os danos efetivos, de ordem individual ou coletiva, que o exercício da profissão de jornalista por pessoa desqualificada ou de forma irresponsável pode gerar são incalculáveis. Os bens jurídicos que podem ser afetados são da mesma magnitude que tantos outros direitos fundamentais tutelados, como a vida, a liberdade, a saúde, e a educação. Os riscos não se afastam nem se diferenciam do exercício irregular da advocacia, da medicina, da veterinária, da odontologia, da engenharia, do magistério e outras tantas profissões. (...) Dentro desse contexto, pois, não se pode ter por irrazoáveis os requisitos da qualificação profissional específica (diploma de curso superior) e registro no órgão competente estabelecidos no Decreto-Lei nº 972/69.
>
> (...) Deve ser ressaltada, ainda, a louvável preocupação do autor com as populações de localidades afastadas, onde não há jornalista, nem possibilidade de acesso à universidade. Contudo, as normas regulamentares citadas não se olvidaram dessas situações extremas. Note-se que nos municípios desprovidos de curso superior em jornalismo e de profissional habilitado, é permitida a contratação de provisionados para o desempenho da função de jornalista sem a exigência de diploma de jornalismo (art. 16 do Decreto n.º 83.284/79). Também restou garantido o direito de registro definitivo aos provisionados quando da nova exigência para o exercício da profissão (art. 16 e 17 do Decreto n. 83.284/79 e art. 1º da Lei n. 7360/85), bem como garantido o exercício da profissão sem a formação técnica para as atividades que dela não se necessite (incisos VIII a XI do Decreto n. 83.284/79). Igualmente ressalvado está o permissivo de contratação e remuneração de profissionais de áreas específicas para a produção de matéria afeta à sua especialidade (registro especial ao colaborador – Art. 5º, I, do Decreto n.º 83.284/79).
>
> (...) É certo que, com a edição do Decreto nº 678/92 (DJU de 09.11.92), a Convenção Americana Sobre Direitos Humanos, também conhecida como Pacto de São José da Costa Rica, passou a integrar o sistema jurídico nacional. Contudo, com a devida vênia, não vislumbro incompatibilidades entre essa norma internacional e os direitos e garantias já assegurados em nossa Constituição Federal relacionados com a liberdade de manifestação do pensamento (art. 5º, IV), com a liberdade de expressão (art. 5º, IX), bem assim com a liberdade de informação (art. 220, § 1º), as quais, repito, não se confundem com liberdade de profissão. De qualquer forma, não se pode olvidar que, consoante referido pelo próprio autor em sua inicial (fls. 31), o C. Supremo Tribunal Federal tem reiteradamente decidido no sentido de que essas normas são recebidas com o status de lei ordinária e como tal submetem-se à supremacia da Constituição Federal. Especificamente no tocante à liberdade de informação, a Constituição Federal, no § 1º do art. 220, não deixa qualquer dúvida de que "Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV" (grifei). Se o legislador constituinte invocou expressamente a necessidade de observância ao preceito constante do inciso XIII do art. 5º, constando deste a possibilidade de regulamentação de determinadas profissões, evidencia-se, sob pena de contradição ou mesmo de menção inócua e repetitiva, a intenção de ver regulamentada a profissão voltada para a comunicação social, de tamanha relevância na ordem social.

> É certo, de igual forma, que a imprensa configura-se como um importante instrumento da sociedade para a defesa e a manutenção do Estado Democrático de Direito. Por corolário, imprensa e liberdade são termos inseparáveis, sendo inconcebível a existência da imprensa sem a garantia da liberdade de expressão e manifestação de pensamento, quando somente por meio dela a sociedade pode concretizar o direito à informação, tutelado no texto constitucional vigente. É justamente considerando a relevância da questão da imprensa na formação de uma nação e na manutenção de um Estado Democrático é que a profissão de jornalista comporta regulamentação e exigência de qualificação para seu exercício, sem qualquer ofensa ao princípio da proporcionalidade e razoabilidade. Ao contrário, a limitação é permitida no próprio texto constitucional, elevando, inclusive, o princípio da dignidade humana como um de seus principais fundamentos. Por todo o exposto, impõe-se a conclusão que todas as normas veiculadas pelo Decreto-Lei nº 972/69 foram integralmente recepcionadas pelo sistema constitucional vigente, sendo legítima a exigência do preenchimento dos requisitos da existência do prévio registro no órgão regional competente e do diploma de curso superior de jornalismo para o livre exercício da profissão de jornalista. Em consequência, é de rigor o decreto de total improcedência da presente ação, com a cessação da eficácia da tutela antecipada concedida parcialmente.

Contra esse acórdão do TRF-3ª Região, o Ministério Público Federal e o Sindicato das Empresas de Rádio e Televisão no Estado de São Paulo (SERTESP) interpuseram recursos extraordinários (fls. 1627-1642/1648-1669) com fundamento no art. 102, III, *a*, da Constituição, alegando violação ao art. 5º, IX e XIII, assim como ofensa ao art. 220 da Constituição.

Contrarrazões apresentadas pela União (fls. 1713-1724), pela Federação Nacional dos Jornalistas (FENAJ) e pelo Sindicato dos Jornalistas Profissionais no Estado de São Paulo (fls. 1736-1769), o recurso extraordinário foi objeto de juízo positivo de admissibilidade em decisão da Vice-Presidência do Tribunal Regional da 3ª Região (fls. 1779-1780).

Em decisão de 16 de novembro de 2006, deferi medida cautelar na AC 1.406/SP para conceder efeito suspensivo ao presente recurso extraordinário, nos seguintes termos:

> O recurso extraordinário ao qual se requer a concessão de efeito suspensivo discute matéria de indubitável relevância constitucional, especificamente, a interpretação do art. 5º, inciso XIII, da Constituição, o qual dispõe que "é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer".
>
> Não se pode negar que o tema envolve, igualmente, a interpretação do art. 220 da Constituição, o qual dispõe que: "A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição. § 1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV."
>
> A questão constitucional também é objeto do RMS 24.213/DF, Rel. Min. Celso de Mello, cujo julgamento foi afetado ao Plenário desta Corte.

> O tema referente ao âmbito de proteção e as conformações e limitações legais do direito fundamental à liberdade de profissão e, dessa forma, a questão quanto à recepção ou não do Decreto-Lei 972/1969 pela Constituição de 1988, foram amplamente debatidos nas instâncias inferiores.
>
> Verifico que o recurso extraordinário foi admitido no tribunal de origem (fl. 8) (Súmula 634 do STF).
>
> Quanto à urgência da pretensão cautelar, entendo como suficientes as ponderações do Procurador-Geral da República no sentido de que "um número elevado de pessoas, que estavam a exercer (e ainda exercem) a atividade jornalística independentemente de registro no Ministério do Trabalho de curso superior, por força da tutela antecipada anteriormente concedida e posterior conformação pela sentença de primeiro grau, agora se acham tolhidas em seus direitos, impossibilitadas de exercer suas atividades" (fls. 5-6).
>
> Ante o exposto, *ad referendum* da Turma, defiro a medida cautelar e concedo o efeito suspensivo ao recurso extraordinário, tal como pleiteado pelo Procurador-Geral da República.

A referida decisão foi referendada pela Segunda Turma do Tribunal em 21 de novembro de 2006 (*DJ* de 19-12-2006), em acórdão cuja ementa tem o seguinte teor:

> *Ementa*: Ação cautelar. 2. Efeito suspensivo a recurso extraordinário. Decisão monocrática concessiva. *Referendum* da Turma. 3. Exigência de diploma de curso superior em Jornalismo para o exercício da profissão de jornalista. 4. Liberdade de profissão e liberdade de informação. Arts. 5º, XIII, e 220, *caput* e § 1º, da Constituição Federal. 5. Configuração da plausibilidade jurídica do pedido (*fumus boni iuris*) e da urgência da pretensão cautelar (*periculum in mora*). 6. Cautelar, em questão de ordem, referendada.

Em resumo, a controvérsia constitucional está delimitada por duas teses opostas.

Por um lado, defende o Ministério Público Federal, assim como o Sindicato das Empresas de Rádio e Televisão no Estado de São Paulo (SERTESP) (recorrentes) que:

a) O art. 4º, inciso V, do Decreto-Lei 972, de 1969, não foi recepcionado pela Constituição de 1988, pois viola o art. 5º, incisos IX e XIII, e o art. 220. Segundo o MPF, "a restrição feita pelo art. 5º, inciso XIII da Constituição Federal, refere-se somente a determinadas profissões, nas quais se exige conhecimentos técnicos específicos para o regular desempenho na atividade, sem acarretar qualquer dano à coletividade, como os profissionais na área de Saúde, por exemplo" (fl. 1657). Afirma, ainda, que "vigora no Brasil a regulamentação das profissões por meio dos Conselhos e Ordens Profissionais, que instaura um 'monopólio' sobre a atividade profissional. A função de tais Conselhos – continua o MPF – decorre do poder de polícia do Estado, sendo seu objetivo principal defender a sociedade também do ponto de vista ético, sendo inseridas no Sistema Nacional de Organização e Condições para o Exercício de Profissões, como pessoas jurídicas de Direito Público. (...) No entanto, tal raciocínio não se

aplica à classe dos jornalistas, vez que inexiste, naquele ramo, um Conselho ou uma Ordem Profissional, justamente pelo fato de que tal atividade prescinde de controle ético por um órgão público, o que acaba sendo realizado pelos próprios leitores das matérias jornalísticas e ainda por editores e outros responsáveis pelas empresas jornalísticas. (...) De fato, a regulamentação de atividades profissionais decorre do poder de polícia do Estado, mostrando-se irrazoável no caso da profissão de jornalista, pois o jornalismo constitui uma atividade intelectual, desprovida de especificidade que exija diploma para seu exercício" (fl. 1658). Conclui então o MPF que "os requisitos principais para ser um bom jornalista, quais sejam, bom caráter, ética e o conhecimento sobre o assunto abordado, não são matérias a serem aprendidas na faculdade, mas no cotidiano de cada indivíduo, nas suas relações intersubjetivas, de forma que o exercício da profissão em comento prescinde de formação acadêmica específica" (fl. 1663).

b) O art. 4º, inciso V, do Decreto-Lei 972, de 1969, foi revogado pelo art. 13 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica). Segundo o MPF, "qualquer posição que se adote – que o tratado tenha força de lei ordinária ou de norma constitucional – leva à mesma conclusão: de que o art. 4º, inciso V, do Decreto-Lei 972/69, foi revogado pelo Pacto de San José da Costa Rica" (fl. 1669).

Por outro lado, a União, a Fenaj e o Sindicato dos Jornalistas Profissionais no Estado de São Paulo (recorridos) defendem o seguinte:

a) O Decreto-Lei 972, de 1969, é plenamente compatível com a Constituição de 1988. Sustenta a União que "a Constituição Federal pretérita, em seu art. 150, § 23, já dispunha sobre a liberdade de exercício profissional, observadas as condições de capacidade estabelecidas por lei. Tais condições de capacidade foram à época determinadas pelo Decreto-Lei 972/69, que condicionou o exercício da profissão de jornalista ao curso superior em jornalismo e o registro no órgão regional competente do Ministério do Trabalho e Previdência Social. A Constituição de 1988 também trouxe em seu corpo o princípio da liberdade profissional, em moldes idênticos à Constituição Federal anterior, em seu art. 5º, XIII (...). Portanto, em termos doutrinários, ambas as disposições constitucionais caracterizam-se como normas constitucionais restringíveis, ou seja, passíveis de regulamentação infraconstitucional, podendo a lei delimitar condições para o exercício das profissões, de acordo com os imperativos do bem comum e em observância dos demais princípios constitucionais" (fl. 1719). No mesmo sentido, afirma a Fenaj e o Sindicato dos Jornalistas que, "por estar o referido Decreto-Lei apenas disciplinando as questões relacionadas com os conhecimentos técnicos e específicos da área de jornalismo, na esteira do que disciplina o art. 5º, inciso XIII, da Constituição Federal, resta evidente a sua recepção pelo novo ordenamento constitucional vigente".

b) Assim, afirma a União que a alegação de que "a profissão de jornalista não pressupõe a existência de qualificação profissional específica é equivocada, vez que esta profissão requer não apenas leitura, mas igualmente o conhecimento da legislação e preceitos técnicos específicos. Com efeito – afirma a União –,

para ser jornalista é necessário mais do que o 'hábito da leitura' ou o exercício da atividade profissional, conforme alegado, o que é comprovado pelo número enorme de matérias específicas estudadas nas Faculdades de Jornalismo, entre elas, a Redação e Edição Jornalística, Pesquisa e Teoria da Comunicação, Ética e Legislação de Comunicação, Relações Públicas e Sociologia, dentre muitas outras, todas elas essenciais ao bom exercício da profissão de jornalista" (fl. 1720). Seguindo a mesma linha de raciocínio, a Fenaj e o Sindicato dos Jornalistas afirmam que, "para ser jornalista, é preciso bem mais do que o simples hábito de leitura e o exercício da prática profissional, pois, acima de tudo, esta profissão, além de exigir amplo conhecimento sobre cultura, legislação e economia, requer que o profissional jornalista adquira preceitos técnicos e éticos, necessários para entrevistar, reportar, editar e pesquisar. Ou seja, conhecimentos específicos à profissão é muito além da mera cultura e erudição".

c) Alega a União, ainda, que, "por ser o jornalismo profissão umbilicalmente ligada à informação e à expressão de idéias, não se sustenta também a ideia de que seu exercício por pessoa inepta não prejudicaria terceiros, vez que o conteúdo de informações incorretas ou inverídicas poderia causar lesões à ordem pública, como já comprovaram inúmeros casos notórios" (fl. 1720). Afirmam a Fenaj e o Sindicato dos Jornalistas que "o papel do jornalista no Brasil não é o de qualquer cidadão, 'inapto', pois para o exercício da profissão é ainda necessária a reflexão sobre a informação, a constituição e definição dos fenômenos sociais, tarefa difícil no cotidiano das redações e cuja aprendizagem, de modo adequado e intransferível, ainda é adquirida no curso superior de jornalismo, do qual não se pode abrir mão".

d) Ressalta-se que "não existe nenhum óbice na legislação impugnada que impeça a livre expressão do pensamento e liberdade de informação, vez que a lei não determina que todas as informações tenham necessariamente que ser expressadas por jornalistas, mesmo porque a livre expressão das informações não está restrita ao diploma em jornalismo. Assim, estão previstas na legislação situações nas quais se dispensam a exigência do diploma para o exercício da mencionada profissão. São os casos de colaborador e provisionados, expressamente previstos como exceções que dispensam a exigência do diploma para o exercício da profissão de jornalista, nos termos do art. 5º do Decreto nº 83.284/79. O colaborador, nos termos da lei, produz trabalho de natureza técnica, científica ou cultural, relacionado com sua especialização, para ser divulgado com seu nome e qualificação. Os provisionados são, por sua vez, os que exercem as funções de jornalismo em localidades nas quais não exista o curso de jornalismo reconhecido na forma da lei. Assim sendo – prossegue a União em sua argumentação –, não estão excluídos dos meios de comunicação outras pessoas que não tenham o diploma de jornalismo, tais como cientistas, intelectuais, outros profissionais e cidadãos, na figura de colaboradores que podem colaborar com artigos, ensaios e críticas, manifestando livremente suas opiniões. Também não descuidou a lei das localidades nas quais não existem faculdades de jornalismo reconhecidas, prevendo nesses casos a figura dos provisionados. Ao abrir essas exceções, a lei,

a um só tempo, resguardou a necessidade de requisitos técnicos para o exercício profissional, compatibilizando-o com os princípios constitucionais da livre manifestação de pensamento e de informação" (fl. 1721).

e) Por fim, sustenta a União que "não existe qualquer incompatibilidade face à Convenção Americana de Direitos Humanos, vez que nosso ordenamento jurídico não impõe qualquer obstáculo ao exercício do direito à informação e a legislação reguladora da profissão de jornalista não vai contra qualquer direito humano fundamental, mas sim a favor deles, devendo ser interpretada de forma sistêmica face a outros dispositivos constitucionais e legais. Assim, a exigência do diploma de jornalismo é um meio de proteção de toda a sociedade, que necessita da informação de qualidade e com responsabilidade, não representando óbice, mas sim resguardo a quaisquer direitos humanos previstos na Convenção Americana de Direitos Humanos" (fl. 1721). Em complemento, sustentam a Fenaj e o Sindicato dos Jornalistas que "não há no nosso ordenamento jurídico vigente qualquer dispositivo que cause obstáculo ao exercício do direito de informação, pelo contrário, o que existe é simplesmente uma legislação infraconstitucional que zela pelo exercício regular deste direito, a fim de que a sociedade possa continuar caminhando de forma segura para o fortalecimento das instituições democráticas. A exigência do curso superior de jornalismo jamais pode ser interpretada como violação ao direito de informação. Na verdade, por meio desta exigência, o nosso sistema infraconstitucional apenas assegurou maior eficácia a este direito e garantia fundamental, na medida em que visa garantir que a informação seja prestada à população com mais qualidade e respeito aos princípios éticos e profissionais inerentes à profissão de jornalismo. Não se perca de vista que esta legislação também garante o amplo acesso ao direito de informação ao prever em seus dispositivos a participação tanto do provisionado, como do colaborador, que apesar de não possuírem diploma superior de jornalismo, ainda assim poderão contribuir com a qualidade da informação e com a liberdade de expressão e de pensamento através dos órgãos de imprensa. O advogado, o médico, o engenheiro, etc., em razão das técnicas peculiares às atividades que exercem, devem, antes, cursar as respectivas faculdades. E não é diferente para o jornalista, o qual, além de operador da comunicação, conhecedor não só da palavra e da escrita, deverá, invariavelmente, ser também detentor de uma macrovisão do processo de produção da notícia, requisito este que, igualmente, se adquire nos bancos das universidades."

O parecer do Ministério Público Federal, da lavra da Subprocuradora-Geral da República Sandra Cureau, é pelo provimento do recurso e está resumido na seguinte ementa:

> *Recursos extraordinários. Constitucional. Ação civil pública. Jornalista. Curso superior em jornalismo. I – Preliminares. Legitimação ativa do Ministério Público. Adequação da via eleita. II – Mérito. Não recepção do Decreto-Lei 972/69 pela Constituição Federal de 1988. Exercício da profissão de jornalista e registro no órgão competente. Exigência de curso superior em jornalismo. Impossibilidade. Inexistência de razoabilidade. Liberdade de profissão, de*

expressão e de informação. Revogação do art. 4º, V, do Decreto-Lei 972/69 pelo Decreto no 678/92 (Pacto de San José da Costa Rica). III – Parecer pelo provimento dos recursos.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Relator):

I. Preliminares

Os recursos extraordinários interpostos pelo Ministério Público Federal e pelo Sindicato das Empresas de Rádio e Televisão no Estado de São Paulo (SERTESP) preenchem todos os requisitos processuais intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, tal como já atestado pelo juízo positivo de admissibilidade recursal proferido pela Vice-Presidência do Tribunal Regional Federal da 3ª Região (fls. 1779-1781).

Em primeiro lugar, os recursos são tempestivos. O acórdão impugnado foi publicado no *Diário da Justiça da União* – Seção 2, no dia 30-11-2005 (fl. 1614). O Sertesp, na qualidade de assistente simples do Ministério Público Federal, protocolou seu recurso no dia 13-12-2005 (fl. 1627), mediante o devido pagamento do preparo e atendendo às formalidades legais (fls. 1643-1646). O Ministério Público Federal após seu visto de ciência do acórdão no dia 6-2-2006 e, valendo-se do prazo fixado em dobro (30 dias) pelo art. 188 c/c o art. 508 do Código de Processo Civil, protocolou seu recurso no dia 7-3-2006, recurso este que também atende às formalidades legais.

Interpostos os recursos com base na alínea *a* do inciso III do art. 102 da Constituição, a matéria constitucional que deles é objeto foi amplamente debatida nas instâncias inferiores, o que preenche o requisito do prequestionamento.

Recebidos nesta Corte antes do marco temporal de 3 de maio de 2007 (AI 664.567-QO/RS, Rel. Min. Sepúlveda Pertence), os recursos extraordinários não se submetem ao regime da repercussão geral.

Assim, verificados os pressupostos de admissibilidade recursal, o que permite o pleno conhecimento dos recursos, cabe analisar, preliminarmente, as questões relacionadas à legitimação ativa do Ministério Público para propositura da ação civil pública, assim como o cabimento ou a adequação desse tipo de ação, temas estes que foram suscitados nas contrarrazões da União (fl. 1718).

O Ministério Público Federal ajuizou ação civil pública baseada no fundamento da não recepção, pela Constituição de 1988 (art. 5º, IX e XIII, e art. 220, *caput* e § 1º), do art. 4º, V, do Decreto-Lei 972, de 1969, o qual exige o diploma de curso superior de jornalismo, registrado pelo Ministério da Educação, para o exercício da profissão de jornalista. Ao final, o Ministério Público requereu que:

1) seja obrigada a União a não mais registrar ou fornecer qualquer número de inscrição no Ministério do Trabalho para os diplomados em jornalismo,

informando aos interessados a desnecessidade do registro e inscrição para o exercício da profissão de jornalista;

2) seja obrigada a União a não mais executar fiscalização sobre o exercício da profissão de jornalista por profissionais desprovidos de grau de curso universitário de jornalismo, bem como não mais exarar os autos de infração correspondentes;

3) sejam declarados nulos todos os autos de infração lavrados por auditores-fiscais do trabalho, em fase de execução ou não, contra indivíduos, em razão da prática do jornalismo sem o correspondente diploma;

4) sejam remetidos ofícios aos Tribunais de Justiça de todos os Estados da Federação, dando ciência da antecipação de tutela, a fim de que se aprecie a pertinência de trancamento de eventuais inquéritos policiais ou ações penais, que por lá tramitem, tendo por objeto a apuração de prática de delito de exercício ilegal da profissão de jornalista.

A legitimidade ativa do Ministério Público para a propositura da ação civil pública é evidente. O Supremo Tribunal Federal possui sólida jurisprudência sobre o cabimento dessa ação para proteção de interesses difusos e coletivos e a respectiva legitimação do Ministério Público para utilizá-la, nos termos dos arts. 127, *caput,* e 129, III, da Constituição Federal (RE 163.231-3/SP, Rel. Min. Maurício Corrêa, *DJ* de 29-6-2001; RE 195.056-1/PR, Rel. Min. Carlos Velloso, *DJ* de 30-5-2003; RE 213.015-0/DF, Rel. Min. Néri da Silveira, *DJ* de 24-5-2002; RE 208.790-4/SP, Rel. Min. Ilmar Galvão, *DJ* de 15-12-2000; RE 262.134-0/MA, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ* de 2-2-2007).

Vale recordar, em primeiro lugar, o precedente do RE 163.231-3/SP. Na ocasião, o Ministro Néri da Silveira deixou enfatizado que aquele julgamento abria a primeira oportunidade ao Supremo Tribunal Federal de analisar a fundo a questão da legitimidade do Ministério Público para a propositura da ação civil pública. Dizia o Ministro Néri: "(...) esta, sem dúvida, é a primeira ação dessa natureza submetida a julgamento no Plenário. A questão relativa à legitimidade do Ministério Público para a propositura da ação civil pública está recém chegando ao Supremo Tribunal".

A ementa desse julgado contém a síntese do entendimento adotado pelo Tribunal:

> *Ementa: Recurso extraordinário. Constitucional. Legitimidade do Ministério Público para promover ação civil pública em defesa dos interesses difusos, coletivos e homogêneos. Mensalidades escolares: capacidade postulatória do Parquet para discuti-las em juízo.*
>
> 1. A Constituição Federal confere relevo ao Ministério Público como instituição permanente, essencial à função jurisdicional do Estado, incumbindo-lhe a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis (CF, art. 127).
>
> 2. Por isso mesmo *detém o Ministério Público capacidade postulatória, não só para a abertura do inquérito civil, da ação penal pública e da ação civil pública*

para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente, **mas também de outros interesses difusos e coletivos** (CF, art. 129, I e III).

3. **Interesses difusos** são aqueles que abrangem número indeterminado de pessoas unidas pelas mesmas circunstâncias de fato e coletivos aqueles pertencentes a grupos, categorias ou classes de pessoas determináveis, ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base.

3.1 A indeterminidade é a característica fundamental dos interesses difusos e a determinidade a daqueles interesses que envolvem os coletivos.

4. **Direitos ou interesses homogêneos** são os que têm a mesma origem comum (art. 81, III, da Lei 8.078, de 11 de setembro de 1990), constituindo-se em subespécie de direitos coletivos.

4.1 *Quer se afirme interesses coletivos ou particularmente interesses homogêneos, stricto sensu, ambos estão cingidos a uma mesma base jurídica, sendo coletivos, explicitamente dizendo, porque são relativos a grupos, categorias ou classes de pessoas, que conquanto digam respeito às pessoas isoladamente, não se classificam como direitos individuais para o fim de ser vedada a sua defesa em ação civil pública, porque sua concepção finalística destina-se à proteção desses grupos, categorias ou classe de pessoas*.

5. As chamadas mensalidades escolares, quando abusivas ou ilegais, podem ser impugnadas por via de ação civil pública, a requerimento do Órgão do Ministério Público, pois ainda que sejam interesses homogêneos de origem comum, são subespécies de interesses coletivos, tutelados pelo Estado por esse meio processual como dispõe o art. 129, inciso III, da Constituição Federal.

5.1 Cuidando-se de tema ligado à educação, amparada constitucionalmente como dever do Estado e obrigação de todos (CF, art. 205), está o Ministério Público investido da capacidade postulatória, patente a legitimidade *ad causam*, quando o bem que se busca resguardar se insere na órbita dos interesses coletivos, em segmento de extrema delicadeza e de conteúdo social tal que, acima de tudo, recomenda-se o abrigo estatal. Recurso extraordinário conhecido e provido para, afastada a alegada ilegitimidade do Ministério Público, com vistas à defesa dos interesses de uma coletividade, determinar a remessa dos autos ao Tribunal de origem, para prosseguir no julgamento da ação.

Como se vê, o Tribunal entendeu que é função institucional do Ministério Público promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção não apenas do patrimônio público e social e do meio ambiente, mas também de "outros interesses difusos e coletivos", nos termos do art. 129, inciso III, da Constituição da República.

É certo que, como bem ressaltou o Ministro Sepúlveda Pertence na ocasião desse julgamento, "não é sem tormentos a demarcação precisa do âmbito de legitimação do Ministério Público para a ação civil pública". Segundo Pertence, "é certo que o art. 129, III, outorga ao Ministério Público a legitimação para a 'ação civil pública', na defesa, não apenas dos clássicos interesses difusos nominados, mas também a de outros interesses difusos e coletivos. E não demarca, nem dá critério de demarcação de quais seriam os interesses coletivos confiados à tutela do Ministério Público, ainda que em concorrência com outras entidades".

A legislação infraconstitucional define alguns desses interesses e direitos difusos e coletivos.

A Lei 7.347/1985 especifica a ordem urbanística, a ordem econômica e a economia popular, os direitos do consumidor, os bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico etc. (art. 1º).

A Lei Complementar 75/1993 dispõe, ainda, que a ação civil pública poderá ser ajuizada pelo Ministério Público para a proteção dos interesses individuais indisponíveis, difusos e coletivos, relativos às comunidades indígenas, à família, à criança, ao adolescente, ao idoso, às minorias étnicas e ao consumidor, assim como *de outros interesses individuais indisponíveis, homogêneos, sociais, difusos e coletivos* (art. 6º, VII).

A Lei 8.265/1993, por sua vez, dispõe que a ação civil pública poderá ser utilizada para a anulação ou declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio público ou à moralidade administrativa de Estado ou de Município, de suas administrações indiretas ou fundacionais ou de entidades privadas de que participem, assim como para a proteção de *outros interesses difusos, coletivos e individuais indisponíveis e homogêneos* (art. 25, IV).

Como se pode constatar, o ordenamento jurídico não especifica um rol exaustivo de interesses difusos e coletivos passíveis de proteção pela via da ação civil pública. Nem poderia fazê-lo, pois os direitos e interesses difusos e coletivos são a expressão jurídica de valores historicamente situados, em permanente evolução conforme novos anseios da sociedade.

Nesse sentido, o Ministro Celso de Mello, no citado julgamento do RE 163.231/SP, teceu considerações dignas de nota:

> Os interesses metaindividuais, ou de caráter transindividual, constituem valores cuja titularidade transcende a esfera meramente subjetiva, vale dizer, a dimensão puramente individual das pessoas e das instituições. São direitos que pertencem a todos, considerados em perspectiva global. Deles, ninguém, isoladamente, é o titular exclusivo. Não se concentram num titular único, simplesmente porque concernem a todos, e a cada um de nós, enquanto membros integrantes da coletividade.
>
> Na real verdade, *a complexidade desses múltiplos interesses não permite sejam discriminados e identificados na lei. Os interesses difusos e coletivos não comportam rol exaustivo. A cada momento, e em função de novas exigências impostas pela sociedade moderna e pós-industrial, evidenciam-se novos valores, pertencentes a todo o grupo social, cuja tutela se revela necessária e inafastável. Os interesses transindividuais, por isso mesmo, são inominados, embora haja alguns, mas evidentes, como os relacionados aos direitos do consumidor ou concernentes ao patrimônio ambiental, histórico, artístico, estético e cultural*.
>
> (Ênfases acrescidas.)

Destarte, a Constituição, ao tratar do Ministério Público como instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, incumbiu-lhe do indisponível dever de defender a ordem jurídica, o regime democrático e os *interesses sociais e individuais indisponíveis* (art. 127, *caput*). E não há dúvida de que o dispositivo constitucional do art. 127, *caput*, remete para os valores fundamentais protegidos pela Constituição, especialmente os expressos em direitos e interesses

decorrentes da dignidade da pessoa humana, da soberania, da cidadania, dos valores sociais do trabalho, da livre iniciativa e do pluralismo político, como fundamentos da República, tal como definido no art. 1º.

Esse entendimento foi bem esposado pelo Ministro Néri da Silveira no mencionado julgamento do RE 163.231/SP:

> Parece, desde logo, extrair-se desse enunciado – o Ministro se referia ao art. 127, *caput* –, sem necessidade de uma discussão quanto à parte final do inciso III do art. 129 da Constituição, que a resposta ao recurso somente poderia se fazer nos termos em que efetivamente concluiu o ilustre Ministro Relator.
>
> De fato, os bens aqui trazidos a exame, e a respeito dos quais se discute sobre a legitimidade da ação do Ministério Público, dizem imediatamente com questões da mais profunda essencialidade da ordem constitucional. O art. 1º da Constituição, ao definir a República Federativa do Brasil, assenta que tem este Estado, como fundamentos: a soberania, a cidadania, a dignidade da pessoa humana, os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa e o pluralismo político.
>
> *Os interesses vinculados à manutenção desses valores essenciais de nossa ordem constitucional, que se completam com a enumeração do art. 3º, hão de ser compreendidos na cláusula final do art. 127 da Constituição, a legitimar a ação do Ministério Público em sua defesa. Sempre que se disser com a defesa de interesses vinculados à cidadania, à dignidade da pessoa humana, não só quanto à ordem jurídica, o art. 127 autoriza, desde logo, a ação do Ministério Público.*
>
> (Ênfases acrescidas.)

E prosseguiu o Ministro Néri da Silveira:

> Só por tais fundamentos – estritamente constitucionais e que decorrem da natureza do Ministério Público como instituição permanente e da função essencial que a ordem constitucional lhe quis atribuir – parece-me que essa legitimidade ressalta desde logo, porque se trata realmente, aqui, de o Ministério Público utilizar um instrumento processual – no caso, processual-constitucional, definido no art. 129, item III, da Lei Maior – para defender valores dessa natureza. **No âmbito infraconstitucional, não me parece possível, realmente, opor dificuldade de maior expressão quanto à definição desses interesses coletivos** efetivamente postos à consideração da Corte neste instante.
>
> (Ênfases acrescidas.)

Assim, em julgado posterior (RE 213.015-0/DF, Rel. Min. Néri da Silveira, *DJ* de 24-5-2002), o Tribunal deixou assentado que, 'independentemente da própria lei fixar o conceito de interesse coletivo, é conceito de Direito Constitucional, na medida em que a Carta Política dele faz uso para especificar as espécies de interesses que compete ao Ministério Público defender (CF, art. 129, III)'. Nas palavras do Relator, Ministro Néri da Silveira, "distorcer o conceito de interesse coletivo ou dar-lhe conceito distinto do que pretendeu a Constituição é violar a Carta Magna de forma direta".

Nessa perspectiva, o Tribunal já definiu como cabível a ação civil pública para impugnar o aumento abusivo ou ilegal das mensalidades escolares (RE 163.231, *DJ* de 29-6-2001; RE 185.360, *DJ* de 20-2-1998; RE 190.976, *DJ* de

6-2-1998), entendimento que acabou sumulado no seguinte verbete: "Súmula 643 – O Ministério Público tem legitimidade para promover ação civil pública cujo fundamento seja a ilegalidade de reajuste de mensalidades escolares."

O Tribunal também entende que "o Ministério Público dispõe de legitimidade ativa *ad causam* para ajuizar ação civil pública, quando promovida com o objetivo de impedir que se consume lesão ao patrimônio público resultante de contratação direta de serviço hospitalar privado, celebrada sem a necessária observância de procedimento licitatório, que traduz exigência de caráter ético-jurídico destinada a conferir efetividade, dentre outros, aos postulados constitucionais da impessoalidade, da publicidade, da moralidade administrativa e da igualdade entre os licitantes, ressalvadas as hipóteses legais de dispensa e/ou de inexigibilidade de licitação" (RE 262.134-0-AgR/MA, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ* de 2-2-2007).

Em outro caso, entendeu-se que é cabível a ação civil pública, ajuizada pelo Ministério Público, que tem por objeto a proteção de interessados na aquisição de casa própria, na condição de consumidores, dos quais foi cobrado preço pela distribuição de informativos ou inscrição em programa habitacional (RE 247.134/MS, Rel. Min. Carlos Velloso, *DJ* de 9-12-2005).

Não se pense, por outro lado, que essa leitura da Constituição, especialmente dos arts. 127, *caput,* e 129, inciso III, conferiria ao Ministério Público uma amplíssima competência para a utilização da ação civil pública, a ponto de convertê-lo em substituto processual universal para a defesa judicial de todo e qualquer interesse social.

No julgamento do citado RE 195.056/PR, o Ministro Pertence teceu considerações sobre a questão que merecem registro:

> (...) Daí *não se pode extrair, contudo, como parece pretender o recorrente, que qualquer feixe de pretensões individuais homogêneas, seja qual for o seu objeto, possa ser tema de tutela jurisdicional coletiva por iniciativa do Ministério Público.*
>
> *Não tenho dúvidas em aderir, como os votos que me precederam, ao virtual consenso doutrinário formado no sentido de não bastar, à legitimação ao MP no particular, a homogeneidade de quaisquer interesses individuais de um número significativo de sujeitos* (*e.g*., Razuo Watanabe, Demandas Coletivas e os Problemas Emergentes da Práxis Forense, em Sálvio F. Teixeira (Coord.), As Garantias dos Cidadãos na Justiça, Saraiva, 1993, 185, 186; J.C. Barbosa Moreira, Os Novos Rumos do Proc. Civil. Brasileiro em Temas Dir. Processual, 6ª série, 1997, p. 63, 73; Teori A. Zavasaki, o Ministério Público e a Defesa dos Direitos Iudividuais Homogêneos, Rev. Inf. Legislativa, Senado, 1993, v. 117/173; Rodolfo c. Mancuso, op. loc. cit.; Lúcia V. Figueiredo, Ação Civil Pública (...) A Posição do Ministério Público, RTr Dir. Públ, 16/15, 2399; Hugo N. Mazzili, As atribuições do Ministério Público na LC federal 75, de 20-5-93, *RT* 696/445).
>
> *Assim, nessa extensão sem limites – e não com a generalidade com que feita pelo jurista insigne – quiçá tenha procedência a cáustica observação* crítica de Miguel Reale (*Da Ação Civil Pública em Questões de Dir. Público*, Saraiva, 1997, p. 130), de que a legitimação do MP para a proteção de direitos individuais homogêneos "alberga o risco de transformar a comunidade em um conglomerado de incapazes".

Nesse campo dos direitos individuais homogêneos – diversamente do que sucede com os interesses difusos e os coletivos stricto sensu – marcadas, como são, essas duas categorias pelas notas de indivisibilidade e de indeterminação absoluta ou relativa de seus titulares (Teori, zavascki, op. loc. cit.) – a pretendida legitimação irrestrita do MP não encontraria fundamento convincente, literal ou sistemático, na ordem jurídica posta.

(...)

A dificuldade está em encontrar o critério de demarcação da área – consensualmente limitada – em que se há de reconhecer a legitimação do Ministério Público para a tutela coletiva de tais direitos individuais derivados de origem comum.

Opta o Ministro Maurício Corrêa por uma diretiva que tem por si a vantagem da objetividade: a fonte constitucional da questionada legitimação do MP para a defesa dos interesses individuais homogêneos, malgrado contida na alusão genérica do art. 129, III, aos interesses coletivos em geral, seria uma norma de eficácia limitada, dependente de específica previsão legal.

A minha visão do problema – que parece mais afinada à doutrina dominante – se dela perde em objetividade, é menos restritiva que a proposta do Ministro Corrêa e não delega no legislador ordinário o poder de dar maior ou menor efetividade a uma norma da Constituição.

Como Sua Excelência, não ponho em dúvida que a lei possa conferir tal legitimidade ao Ministério Público: afinal, sua qualificação para a ação civil pública em defesa de determinada modalidade de direitos subjetivos individuais será uma hipótese a mais de legitimação extraordinária e substituição processual, cuja criação por lei ordinária, guardados os limites da razoabilidade, não encontra óbices constitucionais (assim, incidentemente, o afirmei, não faz muito, com o apoio do Tribunal, no AO 152, 15-9-99, *Inf. STF* 162, a propósito da inteligência do art. 5º, XXI, da Constituição).

(...)

Não lhe reduzo, porém, a admissibilidade a tais previsões legais explícitas: estou em que, da própria Constituição, é possível derivar outras hipóteses.

E para isso, já neste ponto com o Ministro Velloso e a doutrina mais afeita ao tema, considero adequado o apelo ao art. 127 da Constituição que, delineando em grandes traços o seu papel junto à função jurisdicional do Estado, confia ao Ministério Público "a defesa da ordem jurídica, do regime democrático e dos interesses sociais e individuais indisponíveis".

(...)

E, para orientar a demarcação, a partir do art. 129, III, da área de interesses individuais homogêneos em que admitida a iniciativa do MP, o que reputo de maior relevo, no contexto do art. 127, não é o incumbir à instituição a defesa dos interesses individuais indisponíveis mas, sim, a dos interesses sociais.

(...)

O problema é saber quando a defesa da pretensão de direitos individuais homogêneos, posto que disponíveis, se identifica com o interesse social ou se integra no que o próprio art. 129, III, da Constituição denomina patrimônio social. Não é fácil, no ponto, a determinação do critério da legitimação do Ministério Público.

(...)

(...) é preciso ter em conta que o interesse social não é um conceito axiologicamente neutro, mas, ao contrário – e dado o permanente conflito de interesses

parciais inerente à vida em sociedade – é ideia carregada de ideologia e valor, por isso, relativa e condicionada ao tempo e ao espaço em que se deva afirmar.

Donde, de igual modo, ser de **repelir que o reconhecimento da presença de interesse social na tutela de determinada pretensão de uma parcela da coletividade possa ser confiada à livre avaliação subjetiva – inevitavelmente carregada de valores pessoais – quer de agente do Ministério Público que a veicule em juízo, quer do órgão jurisdicional a que toque verificar-lhe a legitimação para a ação coletiva; para obviar esse risco de arbitrariedade, a solução há de fundar-se em critérios dotados de um mínimo de objetividade.**

Penso, como visto, que a adstrição da legitimidade do MP aos casos de previsão legal expressa, embora razoavelmente objetiva, seria um critério insuficiente para a identificação do interesse social na defesa de direitos coletivos: dado que deriva da Constituição a legitimação do MP para a hipótese, não se pode reputar exaustivo o critério que delega ao legislador o poder de demarcar a função de um órgão constitucional essencial à jurisdição.

Creio, assim, que – afora o caso de previsão legal expressa – a afirmação do interesse social para o fim cogitado há de partir da identificação do seu assentamento nos pilares da ordem social projetada pela Constituição e na sua correspondência à persecução dos objetivos fundamentais da República, nela consagrados."

(Ênfases acrescidas.)

No caso, como retratado, a ação civil pública foi proposta pelo Ministério Público com o objetivo de proteger não apenas os interesses individuais homogêneos dos profissionais do jornalismo que atuam sem diploma, mas dos direitos fundamentais de toda a sociedade (interesses difusos) à plena liberdade de expressão e de informação. É patente, portanto, a legitimidade ativa do Ministério Público.

Quanto ao cabimento da ação civil pública, a jurisprudência desta Corte também nos dá a resposta.

A ação civil pública não se confunde, pela própria forma e natureza, com processos cognominados de "processos subjetivos". A parte ativa, nesse processo, não atua na defesa de interesse próprio, mas procura defender interesse público devidamente caracterizado. Afigura-se difícil, se não impossível, sustentar que a decisão que, eventualmente, afaste a incidência de uma lei considerada inconstitucional, em ação civil pública, tenha efeito limitado às partes processualmente legitimadas.

A ação civil pública aproxima-se muito de processo sem partes ou de processo objetivo, no qual a parte autora atua não na defesa de situações subjetivas, agindo, fundamentalmente, com o escopo de garantir a tutela do interesse público[1]. Não foi por outra razão que o legislador, ao disciplinar a eficácia da decisão proferida na ação civil, viu-se compelido a estabelecer que "a sentença civil fará coisa julgada *erga omnes*". Isso significa que, se utilizada com o propósito de proceder ao controle de constitucionalidade, a decisão que, em ação civil

[1] Harald Koch, *Prozessführung im öffentlichen Interesse,* Frankfurt am Main, 1983, p. 1 et seq.

pública, afastar a incidência de dada norma por eventual incompatibilidade com a ordem constitucional acabará por ter eficácia semelhante à das ações diretas de inconstitucionalidade, isto é, eficácia geral e irrestrita.

Assim, já o entendimento do Supremo Tribunal Federal no sentido de que essa espécie de controle genérico da constitucionalidade das leis constituiria atividade política de determinadas Cortes realça a impossibilidade de utilização da ação civil pública com esse objetivo. Ainda que se pudesse acrescentar algum outro desiderato adicional a uma ação civil pública destinada a afastar a incidência de dada norma infraconstitucional, é certo que o seu objetivo precípuo haveria de ser a impugnação direta e frontal da legitimidade de ato normativo. Não se trataria de discussão sobre aplicação de lei a caso concreto, porque de caso concreto não se cuida. Pelo contrário, a própria parte autora ou requerente legitima-se não em razão da necessidade de proteção de interesse específico, mas exatamente de interesse genérico amplíssimo, de interesse público. Ter-se-ia, pois, uma decisão (direta) sobre a legitimidade da norma.

É certo que, ainda que se desenvolvam esforços no sentido de formular pretensão diversa, toda vez que, na ação civil pública, ficar evidente que a medida ou providência que se pretende questionar é a própria lei ou ato normativo, restará inequívoco que se trata mesmo é de impugnação direta de lei. Nessas condições, para que não se chegue a um resultado que subverta todo o sistema de controle de constitucionalidade adotado no Brasil, tem-se de admitir a completa inidoneidade da ação civil pública como instrumento de controle de constitucionalidade, seja porque ela acabaria por instaurar um controle direto e abstrato no plano da jurisdição de primeiro grau, seja porque a decisão haveria de ter, necessariamente, eficácia transcendente das partes formais.

Nesse sentido, afigura-se digno de referência acórdão no qual o Supremo Tribunal Federal acolheu reclamação que lhe foi submetida pelo Procurador-Geral da República, determinando o arquivamento de ações ajuizadas nas 2ª e 3ª Varas da Fazenda Pública da Comarca de São Paulo, por entender caracterizada a usurpação de competência da Corte, uma vez que a pretensão nelas veiculada não visava ao julgamento de uma relação jurídica concreta, mas ao da validade de lei em tese[2].

Essa orientação da Suprema Corte reforçava, aparentemente, a ideia desenvolvida de que eventual esforço dissimulatório por parte do requerente da ação civil pública ficaria ainda mais evidente, porquanto, diversamente da situação aludida no precedente referido, o autor requer tutela genérica do interesse público, devendo, por isso, a decisão proferida ter eficácia *erga omnes*. Assim, eventual pronúncia de inconstitucionalidade da lei levada a efeito pelo juízo monocrático teria força idêntica à da decisão proferida pelo Supremo Tribunal Federal no controle direto de inconstitucionalidade. Todavia, o Supremo Tribunal Federal julgou improcedente a Rcl 602-6/SP, de que foi

---

[2] Rcl 434, Rel. Francisco Rezek, *DJ* de 9-12-1994.

Relator o Ministro Ilmar Galvão, em data de 3-9-1997, cujo acórdão está assim ementado:

> Reclamação. Decisão que, em ação civil pública, condenou instituição bancária a complementar os rendimentos de caderneta de poupança de seus correntistas, com base em índice até então vigente, após afastar a aplicação da norma que o havia reduzido, por considerá-la incompatível com a Constituição. Alegada usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal, prevista no art. 102, I, *a*, da CF. Improcedência da alegação, tendo em vista tratar-se de ação ajuizada, entre partes contratantes, na persecução de bem jurídico concreto, individual e perfeitamente definido, de ordem patrimonial, objetivo que jamais poderia ser alcançado pelo Reclamado em sede de controle *in abstracto* de ato normativo. Quadro em que não sobra espaço para falar em invasão, pela corte reclamada, da jurisdição concentrada privativa do Supremo Tribunal Federal. Improcedência da reclamação.

No mesmo dia (3-9-1997) e no mesmo sentido, o julgamento da Rcl 600-0/SP, relatada pelo Ministro Néri da Silveira. **Essa orientação do Supremo Tribunal Federal permite, aparentemente, distinguir a ação civil pública que tenha por objeto, propriamente, a declaração de inconstitucionalidade da lei ou do ato normativo de outra na qual a questão constitucional configura simples prejudicial da postulação principal**. É o que foi afirmado na Rcl 2.224, da relatoria de Sepúlveda Pertence, na qual se enfatizou que "ação civil pública em que a declaração de inconstitucionalidade com efeitos *erga omnes* não é posta como causa de pedir, mas, sim, como o próprio objeto do pedido, configurando hipótese reservada à ação direta de inconstitucionalidade"[3]. Não se pode negar que a abrangência que se empresta — e que se há de emprestar – à decisão proferida em ação civil pública permite que, com uma simples decisão de caráter prejudicial, se retire qualquer efeito útil da lei, o que acaba por constituir, indiretamente, uma absorção de funções que a Constituição quis deferir ao Supremo Tribunal Federal.

Colocado novamente diante desse tema no julgamento da Rcl 2.460/RJ, o Tribunal arrostou a questão da existência, ou não, de usurpação de sua competência constitucional (CF, art. 102, I, *a*), em virtude da pendência do julgamento da ADI 2.950/RJ e do deferimento de liminares em diversas ações civis públicas ajuizadas perante juízes federais e estaduais das instâncias ordinárias, sob o fundamento de inconstitucionalidade da mesma norma impugnada em sede direta[4]. Entendeu-se que, ainda que se preservassem os atos acautelatórios adotados pela justiça local, seria recomendável determinar a suspensão de todas as ações civis até a decisão definitiva em sede da ação direta. Ressaltou-se, no ponto, que a suspensão das ações decorria não da sustentada usurpação da competência[5], mas, sim, do objetivo de coibir eventual trânsito

---

[3] Rcl 2.224, Rel. Sepúlveda Pertence, *DJ* de 10-2-2006, p. 76.

[4] Cf. Decreto 25.723/1999-RJ, que regulamentou a exploração da atividade de loterias pelo Estado do Rio de Janeiro.

[5] Rcl 2.460-MC, Rel. Marco Aurélio, decisão de 21-10-2003, *DJ* de 28-10-2003.

em julgado nas referidas ações, com o consequente esvaziamento da decisão a ser proferida nos autos da ação direta[6].

Essa decisão revela a necessidade de abertura de um *diálogo* ou de uma *interlocução* entre os modelos difuso e abstrato, especialmente nos casos em que a decisão no modelo difuso, como é o caso da decisão de controle de constitucionalidade em ação civil pública, acaba por ser dotada de eficácia ampla ou geral. As especificidades desse modelo de controle, o seu caráter excepcional, o restrito deferimento dessa prerrogativa no que se refere à aferição de constitucionalidade de lei ou ato normativo estadual ou federal em face da Constituição Federal apenas ao Supremo, a legitimação restrita para provocação do Supremo – somente os órgãos e entes referidos no art. 103 da Constituição estão autorizados a instaurar o processo de controle –, a dimensão política inegável dessa modalidade, enfim, tudo leva a não se admitir o controle de legitimidade de lei ou ato normativo federal ou estadual em face da Constituição, no âmbito da ação civil pública.

No quadro normativo atual, poder-se-ia cogitar, nos casos de controle de constitucionalidade em ação civil pública, de suspensão do processo e remessa da questão constitucional ao Supremo Tribunal Federal, via arguição de descumprimento de preceito fundamental, mediante provocação do juiz ou tribunal competente para a causa. Simples alteração da Lei 9.882/1999 e da Lei 7.347/1985 poderia permitir a mudança proposta, elidindo a possibilidade de decisões conflitantes, no âmbito das instâncias ordinárias e do Supremo Tribunal Federal, com sérios prejuízos para a coerência do sistema e para a segurança jurídica.

No caso, está claro que a não recepção do Decreto-Lei de 972/1969 pela Constituição de 1988 constitui apenas a causa de pedir da ação civil pública e não o seu pedido principal, o que está plenamente de acordo com a jurisprudência desta Corte, já pacificada, como apresentado acima, no sentido de que é legítima a utilização da ação civil pública como instrumento de fiscalização incidental de constitucionalidade, desde que a controvérsia constitucional não seja posta como pedido único e principal da ação, mas, antes, constitua apenas questão prejudicial indispensável à solução do litígio (Rcl 1.733/SP, Rel. Min. Celso de Mello, *DJ* de 1º-12-2000; Rcl 554/MG, Rel. Min. Maurício Corrêa; Rcl 611/PE, Rel. Min. Sydney Sanches; RE 424.993/DF, Rel. Min. Joaquim Barbosa, *DJ* de 19-10-2007).

Passo então à análise do mérito dos recursos.

II. Mérito

A questão constitucional suscitada na ação civil pública de autoria do Ministério Público Federal e agora trazida à análise desta Corte cinge-se em saber se o Decreto-Lei 972, de 1969, especialmente o seu art. 4º, inciso V, é compatível

---

[6] No julgamento da Rcl 2.460-MC, de 10-3-2004, *DJ* de 6-8-2004, o Tribunal, por maioria, negou referendo à decisão concessiva de liminar e determinou a suspensão, com eficácia *ex nunc*, das ações civis públicas em curso. Restou mantida a tutela antecipada nelas deferida, tendo em vista a existência de tramitação de ação direta de inconstitucionalidade perante o STF.

com a ordem constitucional de 1988. Em síntese, questiona-se a constitucionalidade da exigência de diploma de curso superior de jornalismo, registrado pelo Ministério da Educação, para o exercício da profissão de jornalista.

Desde que foi posta no juízo de primeira instância (16ª Vara Cível Federal de São Paulo), essa questão tem sido discutida de acordo com duas perspectivas de análise. A primeira enfatiza o aspecto relacional-comparativo entre o Decreto-Lei 972/1969 e a Constituição de 1988, especificamente em relação às liberdades de profissão, de expressão e de informação protegidas pelos arts. 5º, IX e XIII, e 220. A segunda questiona o referido decreto-lei em face do art. 13 (liberdade de expressão) da Convenção Americana de Direitos Humanos, denominado Pacto de São José da Costa Rica, ao qual o Brasil aderiu em 1992.

Seguirei essas duas vias de análise, não deixando de ressaltar que a primeira continua uma linha jurisprudencial delimitada nesta Corte no julgamento da Rp 930/DF, Rel. p/ o ac. Min. Rodrigues Alckmin (5-5-1976), e a segunda representa entendimento consolidado no âmbito do sistema interamericano de direitos humanos.

Antes, porém, de iniciar a exposição do raciocínio que levará às conclusões a que cheguei após muito refletir sobre o tema, quero deixar enfatizada a importância desse julgamento e o seu profundo impacto social. É conhecido o fato de que milhares de jornalistas, alguns figuras bastante conhecidas do público em geral, estão a atuar em diversos meios de comunicação sem possuir diploma de curso superior específico de jornalismo. Como exemplo, cito apenas o caso de Alon Feuerwerker, atualmente Editor de Política Econômica do Jornal Correio Braziliense e que tem no currículo atuação como Editor de Economia, Opinião e Esportes, Repórter Especial e Secretário de Redação da Folha de São Paulo; Diretor da Agência Folha da Tarde; Chefe do Depto. de Comunicação da Prefeitura de Santos; Editor-executivo do Brasil Online (Grupo Abril); Diretor de Desenvolvimento e Atendimento, Diretor e Vice-Presidente Comercial do Universo Online (UOL); Professor de Jornalismo Online da Escola de Comunicação Social Cásper Líbero – Título de Notório Saber; Assessor de Imprensa da Prefeita Marta Suplicy; Coordenador de Imprensa da campanha eleitoral de José Serra à Presidência da República; Chefe de Comunicação na liderança do Governo Lula na Câmara dos Deputados.

Alon Feuerwerker formulou pedido de ingresso no feito na qualidade de *amicus curiae*, o que foi por mim indeferido, tendo em vista a recente decisão desta Corte no julgamento da ADI 4.071-AgR, Rel. Min. Menezes Direito (julg. 22-4-2009), em que ficou assentado que os pedidos de atuação como *amicus curiae* não poderão mais ser analisados após a inclusão do processo na pauta de julgamentos.

O caso do jornalista Alon Feuerwerker foi citado na petição inicial da ação civil pública ajuizada pelo Ministério Público Federal na primeira instância, nos seguintes termos:

> A título de exemplo, trazemos o dramático e notório caso de dois profissionais que se viram ameaçados de ter sua liberdade privada, exclusivamente em razão

> do exercício, sem diploma, do jornalismo. Em 1992, o Sindicato dos Jornalistas do Estado de São Paulo descobriu que Alon Feuerwerker e Ricardo Anderáos, respectivamente diretor da Agência Folha e editor-assistente do caderno "Ilustrada" do jornal Folha de São Paulo, não possuíam diploma de jornalista ou registro no Ministério do Trabalho. Instaurou-se, então, inquérito policial em razão do alegado exercício ilegal da profissão. Remetidos os autos ao Ministério Público do Estado de São Paulo, o Promotor de Justiça Ricardo Dias Leme, após análise do procedimento, manifestou-se pelo arquivamento do inquérito, entendendo que o Decreto-Lei n.° 972 não foi recepcionado pela Constituição de 1988. A decisão foi acolhida pelo juízo, encerrando-se o procedimento policial. Como se pode perceber, nada obstante o feliz desfecho deste caso particular, o risco de ocorrência de privações de liberdade é constante, revelando a necessidade de imediata intervenção do Poder Judiciário. Cidadãos no exercício de uma de suas mais fundamentais liberdades vêm sendo ilegalmente privados de seus bens (multas) e, o que é pior, ameaçados de privação de seu próprio direito de ir e vir.
> (Fls. 18-19.)

O cumprimento irrestrito das normas do Decreto-Lei 972/1969 não afasta hipóteses como esta. Em seu art. 13, o Decreto-Lei 972/1969 prescreve que a fiscalização quanto ao cumprimento de suas exigências será realizada pelos Auditores-Fiscais do Trabalho e pelas Delegacias Regionais do Trabalho (na forma do art. 626 e seguintes da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT), sendo aplicável aos infratores multa variável de uma a dez vezes o maior salário-mínimo vigente no país. Compete aos Sindicatos de Jornalistas representar às autoridades competentes a respeito de fatos que comprovem o exercício irregular da profissão (art. 13, parágrafo único).

Além da multa prevista no art. 13 do Decreto-Lei 972/1969, o exercício ilegal da profissão pode, em tese, constituir suporte fático do tipo previsto no art. 47 do Decreto-Lei 3.688, de 1941 (Lei de Contravenções Penais), que comina pena de prisão de até 3 meses. A petição inicial da ação civil pública (fl. 18) ajuizada pelo Ministério Público faz referência à Nota/NP/Conjur/TEM/nº 008/2001 (Nota remetida pela Consultoria Jurídica da Secretaria Executiva do Ministério Público do Trabalho ao Ministério Público Federal na Representação 1.34.001.001683/2001-68), na qual consta a seguinte afirmação:

> Cumpre observar, por fim, que a aplicação da multa administrativa não exime o infrator da pena prevista na legislação penal. O exercício ilegal da profissão constitui contravenção penal relativa à organização do trabalho prevista no art. 47 da Lei n.º 3.688, de 3 de outubro de 1941, que estabelece: Art. 47. Exercer profissão ou atividade econômica ou anunciar que a exerce, sem preencher as condições a que por lei está subordinado o seu exercício. Pena: prisão simples, de 15 (quinze) dias a 3 (três) meses, ou multa.

O Ministério do Trabalho assim entende porque considera que o Decreto-Lei 972, de 17 de outubro de 1969, na parte em que exige o curso superior de jornalismo para o exercício da referida profissão, foi recepcionado pela Constituição de 1988, especialmente porque o art. 5º, inciso XIII, não protegeria de forma absoluta a liberdade profissional, remetendo para a legislação

infraconstitucional a definição das qualificações indispensáveis ao exercício de qualquer ofício, trabalho ou profissão. Conforme as transcrições retiradas da peça inicial da ação civil pública (fls. 4-5), assim se pronunciou a Consultoria Jurídica do Ministério do Trabalho:

> Reiteradamente, esta Consultoria Jurídica tem se pronunciado no sentido de que a exigência do curso superior de jornalismo foi recepcionada pela Constituição de 1988 (Parecer n.º 016/2001, fl. 2).
>
> Ora, a simples leitura do dispositivo transcrito revela que a liberdade de exercício de profissões não é absoluta, sofre restrições na medida em que a própria Constituição comete ao legislador a atribuição de estabelecer as qualificações indispensáveis ao exercício das profissões. Inexiste, portanto, qualquer incompatibilidade entre a exigência do diploma de curso superior prevista no inc. V do artigo 4º do Decreto-Lei 972 de 1969, e a Constituição Federal (Parecer n.º 016/2001, fl. 2).

A medida cautelar, concedida pela Segunda Turma desta Corte na AC 1.406/SP, para conferir efeito suspensivo ao presente recurso extraordinário, assegura atualmente o exercício do jornalismo por profissionais destituídos de diploma. O julgamento do mérito da questão, que passamos agora a analisar, repercutirá diretamente sobre o trabalho desses jornalistas e, dessa forma, sobre os meios de comunicação e a imprensa em geral no Brasil. Não se pode menosprezar, também, a repercussão deste julgamento nos diversos cursos de graduação em jornalismo, com implicações sobre a vida dos alunos, professores e, enfim, das universidades e faculdades.

Começo, dessa forma, pela análise do Decreto 972, de 1969, especialmente o seu art. 4º, inciso V, em face da Constituição de 1988.

O tema envolve, em uma primeira linha de análise, a delimitação do âmbito de proteção da liberdade de exercício profissional assegurada pelo art. 5º, inciso XIII, da Constituição, assim como a identificação das restrições e conformações legais constitucionalmente permitidas.

Como tenho defendido em estudos doutrinários, a definição do âmbito de proteção configura pressuposto primário para o desenvolvimento de qualquer direito fundamental[7]. O exercício dos direitos individuais pode dar ensejo, muitas vezes, a uma série de conflitos com outros direitos constitucionalmente protegidos. Daí fazer-se mister a definição do *âmbito ou núcleo de proteção* (*Schutzbereich*) e, se for o caso, a fixação precisa das restrições ou das limitações a esses direitos (*limitações ou restrições* = *Schranke oder Eingriff*)[8].

O *âmbito de proteção* de um direito fundamental abrange os diferentes pressupostos fáticos (*Tatbeständen*) contemplados na norma jurídica (*v.g.*, reunir-se

---

[7] LERCHE, Grundrechtlicher Schutzbereich, Grundrechtsprägung und Grundrechtseingriff. In: Isensee/Kirchhoff *Handbuch des Staatsrechts*, vol. V, p. 739 (746).

[8] PIEROTH/SCHLINK, *Grundrechte*: Staatsrecht II, Heidelberg: C. F. Muller, 14. ed., 1998, p. 50; CANOTILHO, J. J. Gomes, *Direito constitucional*, Coimbra: Almedina, 1991, p. 602-603 et seq.

sob determinadas condições) e a consequência comum, a proteção fundamental[9]. Alguns chegam a afirmar que o âmbito de proteção é aquela parcela da realidade (*Lebenswirklichkeit*) que o constituinte houve por bem definir como objeto de proteção especial ou, em outras palavras, *aquela fração da vida protegida por uma garantia fundamental*[10]. Alguns direitos individuais, como o direito de propriedade e o direito à proteção judiciária, são dotados de *âmbito de proteção* estritamente normativo (*âmbito de proteção estritamente normativo = rechts- oder norm- geprägter Schutzbereich*).

Nesses casos, não se limita o legislador ordinário a estabelecer restrições a eventual direito, cabendo-lhe definir, em determinada medida, a amplitude e a conformação desses direitos individuais[11]. Acentue-se que o poder de conformar não se confunde com uma faculdade ilimitada de disposição. Segundo Pieroth e Schlink, uma regra que rompe com a tradição não se deixa mais enquadrar como conformação[12].

Em relação ao âmbito de proteção de determinado direito individual, faz-se mister que se identifique não só o objeto da proteção (*O que é efetivamente protegido*?: *Was ist* (*eventuell*) *geschutzt*?), mas também contra que tipo de agressão ou restrição se outorga essa proteção (*Wogegen ist* (*eventuell*) *geschutzt?*)[13]. Não integra o âmbito de proteção qualquer assertiva relacionada com a possibilidade de limitação ou restrição a determinado direito[14].

Isso significa que o *âmbito de proteção* não se confunde com *proteção efetiva e definitiva*, garantindo-se apenas a possibilidade de que determinada situação tenha a sua legitimidade aferida em face de dado parâmetro constitucional[15].

Na dimensão dos direitos de defesa, *âmbito de proteção* dos direitos individuais e *restrições* a esses direitos são conceitos correlatos. Quanto mais amplo for o *âmbito de proteção* de um direito fundamental, tanto mais se afigura possível qualificar qualquer ato do Estado como *restrição*. Ao revés, quanto mais restrito for o *âmbito de proteção*, menor possibilidade existe para a configuração de um conflito entre o Estado e o indivíduo[16].

Assim, o exame das restrições aos direitos individuais pressupõe a identificação do *âmbito de proteção* do direito fundamental ou o seu núcleo. Esse processo não pode ser fixado em regras gerais, exigindo, para cada direito fundamental, determinado procedimento.

---

9 LERCHE, Grundrechtlicher Schutzbereich, cit., p. 739 (746).

10 PIEROTH/SCHLINK, *Grundrechte*: Staatsrecht II, cit., p. 53; HESSE, *Grundzuge des Verfassungsrechts*, cit., p. 18, n. 46.

11 PIEROTH/SCHLINK, *Grundrechte*: Staatsrecht II, cit., p. 53.

12 PIEROTH/SCHLINK, *Grundrechte*: Staatsrecht II, cit., p. 53.

13 SCHWABE, Jurgen, *Probleme der Grundrechtsdogmatik*, Darmstadt, 1977, p. 152.

14 LERCHE, Grundrechtlicher Schutzbereich, cit., p. 747.

15 SCHWABE, Jurgen, *Probleme der Grundrechtsdogmatik*, Darmstadt, 1977, p. 152.

16 PIEROTH/SCHLINK, *Grundrechte*: Staatsrecht II, cit., p. 57.

Não raro, a definição do âmbito de proteção de certo direito depende de uma interpretação sistemática e abrangente de outros direitos e disposições constitucionais[17]. Muitas vezes, a definição do *âmbito de proteção* somente há de ser obtida em confronto com eventual *restrição* a esse direito.

Não obstante, com o propósito de lograr uma sistematização, pode-se afirmar que a definição do *âmbito de proteção* exige a análise da norma constitucional garantidora de direitos, tendo em vista:

a) a identificação dos bens jurídicos protegidos e a amplitude dessa proteção (*âmbito de proteção da norma*);

b) a verificação das possíveis restrições contempladas, expressamente, na Constituição (*expressa restrição constitucional*) e a identificação das *reservas legais de índole restritiva*[18].

Como se vê, a discussão sobre o âmbito de proteção de certo direito constitui ponto central da dogmática dos direitos fundamentais. Nem sempre se pode afirmar, com segurança, que determinado bem, objeto ou conduta estão protegidos ou não por um dado direito. Assim, indaga-se, em alguns sistemas jurídicos, se valores patrimoniais estariam contemplados pelo âmbito de proteção do direito de propriedade. Da mesma forma, questiona-se, entre nós, sobre a amplitude da proteção à inviolabilidade das comunicações telefônicas e, especialmente, se ela abrangeria outras formas de comunicação (comunicação mediante utilização de rádio; *pager* etc.)

Tudo isso demonstra que a identificação precisa do âmbito de proteção de determinado direito fundamental exige um renovado e constante esforço hermenêutico.

O art. 5º, inciso XIII, da Constituição de 1988 dispõe que "é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer".

Tem-se, no citado preceito constitucional, uma inequívoca *reserva legal qualificada*. A Constituição remete à lei o estabelecimento das qualificações profissionais como restrições ao livre exercício profissional.

A ideia de restrição é quase trivial no âmbito dos direitos fundamentais. Além do princípio geral de reserva legal, enunciado no art. 5º, II, a Constituição refere-se expressamente à possibilidade de se estabelecerem restrições legais a direitos nos incisos XII (inviolabilidade do sigilo postal, telegráfico, telefônico e de dados), XIII (liberdade de exercício profissional) e XV (liberdade de locomoção), por exemplo.

Para indicar as restrições, o constituinte utiliza-se de expressões diversas, como, *v.g*., "nos termos da lei" (art. 5º, VI e XV), "nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer" (art. 5º, XII), "atendidas as qualificações profissionais que a lei

---

17 PIEROTH/SCHLINK, *Grundrechte*: Staatsrecht II, cit., p. 57.

18 CANOTILHO, *Direito constitucional*, cit., p. 602-603.

estabelecer" (art. 5º, XIII), "salvo nas hipóteses previstas em lei" (art. 5º, LVIII). Outras vezes, a norma fundamental faz referência a um conceito jurídico indeterminado, que deve balizar a conformação de um dado direito. É o que se verifica, *v.g*., com a cláusula da "função social" (art. 5º, XXIII).

Essas normas permitem limitar ou restringir posições abrangidas pelo âmbito de proteção de determinado direito fundamental.

Assinale-se, pois, que a norma constitucional que submete determinados direitos à reserva de lei restritiva contém, a um só tempo, (a) uma norma de garantia, que reconhece e garante determinado âmbito de proteção e (b) uma norma de autorização de restrições, que permite ao legislador estabelecer limites ao âmbito de proteção constitucionalmente assegurado[19].

A Constituição de 1988, ao assegurar a liberdade profissional (art. 5º, XIII), segue um modelo de reserva legal qualificada presente nas Constituições anteriores, as quais prescreviam à lei a definição das "condições de capacidade" como condicionantes para o exercício profissional: Constituição de 1934, art. 113, 13; Constituição de 1937, art. 122, 8; Constituição de 1946, art. 141, § 14; Constituição de 1967/1969, art. 153, § 23. O texto constitucional de 1891, apesar de não prever a lei restritiva que estabelecesse as condições de capacidade técnica ou as qualificações profissionais, não impedia a regulamentação das profissões com justificativa na proteção do bem e da segurança geral e individual, como observaram João Barbalho (Cfr.: BARBALHO, João. *Constituição Federal Brasileira, 1891*. Ed. fac-similar. Brasília: Senado Federal, 2002, p. 330) e Carlos Maximiliano (MAXIMILIANO, Carlos. *Comentários à Constituição brasileira de 1891*. Ed. fac-similar. Brasília: Senado Federal; 2005, p. 742 et seq.).

Assim, parece certo que, no âmbito desse modelo de reserva legal qualificada presente na formulação do art. 5º, XIII, paira uma imanente questão constitucional quanto à razoabilidade e proporcionalidade das leis restritivas, especificamente, das leis que disciplinam as qualificações profissionais como condicionantes do livre exercício das profissões. A reserva legal estabelecida pelo art. 5º, XIII, não confere ao legislador o poder de restringir o exercício da liberdade a ponto de atingir o seu próprio núcleo essencial.

É preciso não perder de vista que as restrições legais são sempre limitadas. Cogita-se aqui dos chamados limites imanentes ou "limites dos limites" (*Schranken-Schranken*), que balizam a ação do legislador quando restringe direitos individuais[20]. Esses *limites*, que decorrem da própria Constituição, referem-se tanto à necessidade de proteção de um núcleo essencial do direito fundamental quanto à clareza, determinação, generalidade e proporcionalidade das restrições impostas[21].

---

[19] CANOTILHO, *Direito constitucional*, cit., p. 602-603.

[20] ALEXY, Robert, *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am Main, 1986, p. 267; PIEROTH/SCHLINK, *Grundrechte*: Staatsrecht II, cit., p. 65.

[21] PIEROTH/SCHLINK, *Grundrechte*: Staatsrecht II, cit., p. 65.

Alguns ordenamentos constitucionais consagram a expressa proteção do núcleo essencial, como se lê no art. 19, II, da Lei Fundamental alemã de 1949 e na Constituição portuguesa de 1976 (art. 18º, III). Em outros sistemas, como o norte-americano, cogita-se, igualmente, da existência de um núcleo essencial de direitos individuais.

A Lei Fundamental de Bonn declarou expressamente a vinculação do legislador aos direitos fundamentais (LF, art. 1, III), estabelecendo diversos graus de intervenção legislativa no âmbito de proteção desses direitos. No art. 19, II, consagrou-se, por seu turno, a proteção do núcleo essencial (*In keinem Falle darf ein Grundrecht in seinem Wesengehalt angestatet werden*). Essa disposição, que pode ser considerada uma reação contra os abusos cometidos pelo nacional-socialismo[22], atendia também aos reclamos da doutrina constitucional da época de Weimar, que, como visto, ansiava por impor limites à ação legislativa no âmbito dos direitos fundamentais[23]. Na mesma linha, a Constituição portuguesa e a Constituição espanhola contêm dispositivos que limitam a atuação do legislador na restrição ou conformação dos direitos fundamentais (cf. Constituição portuguesa de 1976, art. 18º, n. 3, e Constituição espanhola de 1978, art. 53, n. 1).

Dessa forma, enquanto princípio expressamente consagrado na Constituição ou enquanto postulado constitucional imanente, o princípio da proteção do núcleo essencial destina-se a evitar o esvaziamento do conteúdo do direito fundamental decorrente de restrições descabidas, desmesuradas ou desproporcionais[24].

A doutrina constitucional mais moderna enfatiza que, em se tratando de imposição de restrições a determinados direitos, deve-se indagar não apenas sobre a admissibilidade constitucional da restrição eventualmente fixada (reserva legal), mas também sobre a compatibilidade das restrições estabelecidas com o *princípio da proporcionalidade*.

Essa orientação, que permitiu converter o princípio da reserva legal (*Gesetzesvorbehalt*) no *princípio da reserva legal proporcional* (*Vorbehalt des verhältnismässigen Gesetzes*)[25], pressupõe não só a legitimidade dos meios utilizados e dos fins perseguidos pelo legislador, como também a *adequação* desses

---

[22] VON MANGOLDT, Hermann, *Das Bonner Grundgesetz*: Considerações sobre os direitos fundamentais, 1953, p. 37, art. 19, nota 1.

[23] WOLFF, Reichsverfassung und Eigentum, in: *Festgabe der Berliner Juristischen Fakultät fur Wilhelm Kahl zum Doktorjubiläum am 19 April 1923,* p. IV 1-30; SCHMITT, Carl, *Verfassungslehre*, Berlin: Duncker & Humblot, 1954, p. 170 et seq.; idem, Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichsverfassung (1931), in: *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924/1954*: Materialien zu einer Verfassungslehre, 1958, p. 140-173. Cf., também, HERBERT, Der Wesensgehalt der Grundrechte, in: *EuGRZ*, 1985, p. 321 (322); KREBS, in: VON MÜNCH/KUNIG, *Grundgesetz-Kommentar*, v. I, art. 19, II, n. 23, p. 999.

[24] HESSE *Grundzüge des Verfassungsrechts*, *der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg: C. F. Muller, 1995, p. 134.

[25] PIEROTH/SCHLINK, *Grundrechte*: Staatsrecht II, cit., p. 63.

meios para consecução dos objetivos pretendidos (*Geeignetheit*) e a *necessidade* de sua utilização (*Notwendigkeit oder Erforderlichkeit*)[26].

O subprincípio da *adequação* (*Geeignetheit*) exige que as medidas interventivas adotadas mostrem-se aptas a atingir os objetivos pretendidos. O subprincípio da *necessidade* (*Notwendigkeit oder Erforderlichkeit*) significa que nenhum meio menos gravoso para o indivíduo revelar-se-ia igualmente eficaz na consecução dos objetivos pretendidos[27].

Um juízo definitivo sobre a proporcionalidade da medida há também de resultar da rigorosa ponderação e do possível equilíbrio entre o significado da intervenção para o atingido e os objetivos perseguidos pelo legislador (*proporcionalidade em sentido estrito*)[28].

Portanto, seguindo essa linha de raciocínio, é preciso analisar se a lei restritiva da liberdade de exercício profissional, ao definir as qualificações profissionais, tal como autorizado pelo texto constitucional, transborda os limites da proporcionalidade e atinge o próprio núcleo essencial dessa liberdade.

Sobre o tema, o Supremo Tribunal Federal possui jurisprudência. Ainda sob o império da Constituição de 1967/1969, o Tribunal resolveu interessante caso a respeito da profissão de corretor de imóveis. No RE 70.563/SP, o Relator, Ministro Thompson Flores, teceu considerações dignas de nota:

> A liberdade do exercício profissional se condiciona às condições de capacidade que a lei estabelecer. Mas, para que a liberdade não seja ilusória, impõe-se que a limitação, as condições de capacidade, não seja de natureza a desnaturar ou suprimir a própria liberdade. A limitação da liberdade pelas condições de capacidade supõe que estas se imponham como defesa social. Observa Sampaio Dória (*Comentários à Constituição de 1946*, 4º vol., p. 637):
>
> > "A lei, para fixar as condições de capacidade, terá de inspirar-se em critério de defesa social e não em puro arbítrio. Nem todas as profissões exigem condições legais de exercício. Outras, ao contrário, o exigem. A defesa social decide. Profissões há que, mesmo exercidas por ineptos, jamais prejudicam diretamente direito de terceiro, como a de lavrador. Se carece de técnica, só a si mesmo se prejudica. Outras profissões há, porém, cujo exercício por quem não tenha capacidade técnica, como a de condutor de automóveis, piloto de navios ou aviões, prejudica diretamente direito alheio. Se mero carroceiro se arvora em médico operador, enganando o público, sua falta de assepsia matará o paciente. Se um pedreiro se mete a construir arranha-céus, sua ignorância em resistência de materiais pode preparar desabamento do prédio e morte dos inquilinos. Daí em defesa social, exigir a lei condições de capacidade técnica para as profissões cujo exercício possa prejudicar diretamente direitos alheios, sem culpa das vítimas."
>
> Reconhece-se que as condições restritivas da liberdade profissional não sejam apenas de natureza técnica. Superiores interesses da coletividade recomendam

---

[26] PIEROTH/SCHLINK, *Grundrechte*: Staatsrecht II, cit., p. 66.

[27] PIEROTH/SCHLINK, *Grundrechte*: Staatsrecht II, cit., p. 67.

[28] PIEROTH/SCHLINK, Grundrechte: Staatsrecht II, p. 67.

que aquela liberdade também tenha limitações respeitantes à capacidade moral, física e outras (Cf. Carlos Maximiliano, *Comentários à Constituição Brasileira*, p. 798). Por outras palavras, as limitações podem ser de naturezas diversas, desde que solicitadas pelo interesse público, devidamente justificado (Cf. Pinto Falcão, *Constituição Anotada*, 1957, 2º v., p. 133; Pontes de Miranda, *Comentários à Constituição de 1967*, 5º v., p. 507). Escreve este insigne publicista:

> "O que é preciso é que toda política legislativa a respeito do trabalho se legitime com a probabilidade e a verificação do seu acerto. Toda limitação por lei à liberdade tem de ser justificada. Se, com ela, não cresce a felicidade de todos, ou se não houve proveito na limitação, a regra legal há de ser eliminada. Os mesmos elementos que tornam a dimensão das liberdades campo aberto para as suas ilegítimas explorações do povo estão sempre prontos a explorá-lo, mercê das limitações."

Há justificação no interesse público na limitação da liberdade do exercício da profissão de corretores de imóveis? Estou convencido que não, e a tanto me convenceu a argumentação de jurídico e substancioso acórdão relatado pelo eminente Des. Rodrigues Alckmim, do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferido na ACi 149.473, do qual transcrevo esta passagem:

> "Postos estes princípios – os de que a liberdade de exercício da profissão é constitucionalmente assegurada, no Brasil, embora limitável por lei ordinária; mas que a lei ordinária pode exigir somente as condições de capacidade reclamadas pelo 'interesse superior da coletividade'; e que ao Judiciário cabe apurar se a regulamentação é, ou não, legítima – merece exame, agora, o impugnado art. 7º, da Lei 4.116. Começa essa lei por estabelecer o regulamento de uma 'profissão de corretor de imóveis', profissão que, consoante o critério proposto por Sampaio Dória, não pode ser regulamentada sob o aspecto de capacidade técnica, por dupla razão. Primeiro, porque essa atividade, mesmo exercida por inepto, não prejudicará diretamente a direito de terceiro. Quem não conseguir obter comprador para propriedades cuja venda promova, a ninguém mais prejudicará, que a si próprio. Em segundo lugar, porque não há requisito de capacidade técnica algum, para exercê-la. Que diplomas, que aprendizado, que prova de conhecimento se exigem para o exercício dessa profissão? Nenhum é necessário. Logo, à evidência, não se justificaria a regulamentação, sob o aspecto de exigência, pelo bem comum, pelo interesse, de *capacidade técnica*. 10. Haverá, acaso, ditado pelo bem comum, algum outro requisito de capacidade exigível aos exercentes dessa profissão? Nenhum. A comum honestidade dos indivíduos não é requisito profissional e sequer exige, a natureza da atividade, especial idoneidade moral para que possa ser exercida sem risco. Consequentemente, o interesse público de forma alguma impõe seja regulamentada a profissão de 'corretor de imóveis', como não o impõe com relação a tantas e tantas atividade profissionais que, por dispensarem maiores conhecimentos técnicos ou aptidões especiais físicas ou morais, também não se regulamentam. 11. Como justificar-se, assim, a regulamentação? Note-se que não há, na verdade, interesse coletivo algum que a imponha. E o que se conseguiu, com a lei, foi criar uma disfarçada corporação de ofício, a favor dos exercentes da atividade, coisa que a regra constitucional e regime democrático vigentes repelem."

Ao enfrentar esta questão, a de que a lei reguladora do exercício da profissão de corretor de imóveis criou, disfarçadamente, uma autêntica corporação, o referido

acórdão, relatado pelo douto Des. Rodrigues Alckmim, é em verdade convincente. Sua leitura se impõe:

> "De fato. Para ser corretor de imóveis, será preciso que o *candidato* apresente um atestado 'de capacidade intelectual e profissional e de boa conduta, passado por órgão de representação legal da classe'. Ora: desde que não há aprendizado ou escola para o exercício dessa profissão, cuja vulgaridade é patente, falar-se em atestado de 'capacidade profissional' é algo inadmissível. E desde que o 'ingresso' na profissão depende de um registro; e que esse registro depende de tal atestação de 'órgão de representação legal da classe' (não da exibição de diploma acaso obtido em cursos oficiais ou oficialmente reconhecidos), é claro que o que se tem, nitidamente, é uma corporação que poderá, a benefício dos próprios pertencentes, excluir o ingresso de novos membros, reservando-se o privilégio e o monopólio de uma atividade vulgar, que não reclama especiais condições de capacidade técnica ou de outra natureza. Essa regulamentação, portanto, não atende a interesse público, nem é exigida por tal interesse. Na verdade, atende ao interesse dos exercentes dessa atividade vulgar, que não exige conhecimentos técnicos ou condições especiais de capacidade, e que, com a regulamentação dela, poderão limitar ou agastar a concorrência na atividade. Nem se diga que, o que se quer, é zelar pelas condições de idoneidade moral dos exercentes dessa profissão. Note-se, no caso, que nada obsta a que até indivíduos analfabetos possam agenciar a venda de imóveis, sem danos a terceiros e até com êxito. Nenhum risco especial acarreta o exercício dessa profissão a terceiros, se o exercente não provar condições de capacidade técnica ou físicas, ou morais. Nada justifica, portanto, que se reserve esse exercício de profissão aos partícipes de 'Conselhos', e aos que, através das 'atestações', os exercentes das profissões quiserem.'

E conclui o acórdão a que me refiro (fl. 213):

> "Ilegítima a regulamentação profissional, o art. 7º da lei, que encerra a proibição de receber remuneração por uma atividade vulgar e lícita, como a mediação na venda de bem imóvel, é inconstitucional. Essa proibição, aliás, vem demonstrar o intuito de instituir um privilégio a benefício dos partícipes da corporação, reservando-se a esses partícipes o poder em cobrar serviços que acaso prestem, serviços que não exigem conhecimentos técnicos ou condições especiais de capacidade não se justifica assim que, com fundamento em que a atividade se acha regulamentada em lei (quando a lei ordinária não podia pretender regulamentar atividade que não exige, por imposição do interesse público, condições de capacidade para o seu exercício), possa o art. 7º referido permitir que, realizado um serviço lícito, comum, o beneficiário desse serviço esteja livre de pagar remuneração, porque esta se reserva aos membros de um determinado grupo de pessoas. Admitir a legitimidade dessa regulamentação seria destruir a liberdade profissional no Brasil. Toda e qualquer profissão, a admiti-lo, por vulgar e simples que fosse, poderia ser regulamentada, para que a exercessem somente os que obtivessem atestação de órgãos da mesma classe. E ressuscitadas, à sombra dessas regulamentações, estariam as corporações de ofício, nulificando inteiramente o princípio da liberdade profissional, princípio que não está na Constituição para ficar vazio de aplicação e de conteúdo. Por esses motivos, o art. 7º da Lei 4.116, que interessa à solução da presente demanda, é reconhecido inconstitucional."

5. Não precisaria ir além para ter como manifestamente inconstitucional o citado artigo, razão pela qual mantenho o acórdão recorrido.

É o meu voto.

(RE 70.563, Rel. Min. Carlos Thompson Flores, *DJ* de 22-4-1971 – Fls. 361-368.)

No conhecido julgamento da Rp 930, Relator Ministro Rodrigues Alckmin (*DJ* de 2-9-1977), a Corte discutiu a respeito da extensão da liberdade profissional e o sentido da expressão "condições de capacidade", tal como disposto no art. 153, § 23, da Constituição de 1967/1969. O voto então proferido pelo eminente Ministro Rodrigues Alckmin enfatizava a necessidade de se preservar o núcleo essencial do direito fundamental, ressaltando-se, igualmente, que, ao fixar as condições de capacidade, haveria o legislador de "atender ao critério da razoabilidade".

Valeu-se, inicialmente, o eminente Relator das lições de Fiorini transcritas por Alcino Pinto Falcão:

> *No hay duda que las leyes reglamentarias no pueden destruir las libertades consagradas como inviolables y fundamentales. Cuál debe ser la forma como debe actuar el legislador cuando sanciona normas limitativas sobre los derechos individuales? La misma pregunta puede referirse al administrador cuando concreta actos particulares. Si el Estado democrático exhibe el valor inapreciable con carácter absoluto como es la persona humana, aqui se halla la primera regla que rige cualquier clase de limitaciones. La persona humana ante todo. Teniendo en mira este supuesto fundante, es como debe actuar con carácter razonable la reglamentación policial. La jurisprudencia y la lógica jurídica han instituido cuatro principios que rigen este hacer: 1º) la limitación debe ser justificada; 2º) el medio utilizado, es decir, la cantidad y el modo de la medida, debe ser adecuado al fin deseado; 3º) el medio y el fin utilizados deben manifestarse proporcionalmente; 4º) todas las medidas deben ser limitadas. La razonabilidad se expresa con la justificación, adecuación, proporcionalidad y restricción de las normas que se sancionen (...)* [29].

Louvando-se nesses subsídios do direito constitucional comparado, concluiu o eminente Relator:

> A Constituição Federal assegura a liberdade de exercício de profissão. O legislador ordinário não pode nulificar ou desconhecer esse direito ao livre exercício profissional (Cooley, *Constitutional Limitations*, p. 209, "(...) *Nor, where fundamental rights are declared by the constitutions, is it necessary at the same time to prohibit the legislature, in express terms, from taking them away. The declaration is itself a prohibition, and is inserted in the constitution for the express purpose of operating as a restriction upon legislative power*". Pode somente limitar ou disciplinar esse exercício pela exigência de condições de capacidade, pressupostos subjetivos referentes a conhecimentos técnicos ou a requisitos especiais, morais ou físicos. Ainda no tocante a essas condições de capacidade, não as pode estabelecer o legislador ordinário, em seu poder de polícia das profissões, sem atender ao critério da

[29] Rp 930, Rel. Min. Rodrigues Alckmin, *DJ* de 2-9-1977.

razoabilidade, cabendo ao Poder Judiciário apreciar se as restrições são adequadas e justificadas pelo interesse público, para julgá-las legítimas ou não[30].

Embora o acórdão invoque o fundamento da razoabilidade para reconhecer a inconstitucionalidade da lei restritiva, é fácil ver que, nesse caso, a ilegitimidade da intervenção assentava-se na própria disciplina legislativa, que extravasara notoriamente o mandato constitucional (atendimento das qualificações profissionais que a lei estabelecer).

Portanto, desde o importante julgamento da Rp 930 (Rel. p/ o ac.: Min. Rodrigues Alckmin, *DJ* de 2-9-1977), o Supremo Tribunal Federal tem entendimento fixado no sentido de que as restrições legais à liberdade de exercício profissional somente podem ser levadas a efeito no tocante às qualificações profissionais. A restrição legal desproporcional e que viola o conteúdo essencial da liberdade deve ser declarada inconstitucional.

Essas ponderações oferecem subsídios suficientes para analisar o inciso V do art. 4º do Decreto-Lei 972/1969.

O Decreto-Lei 972, de 17 de outubro de 1969, com alterações efetivadas pela Lei 6.612, de 7 de dezembro de 1979, e pela Lei 7.360, de 10 de setembro de 1985, dispõe sobre o exercício da profissão de jornalista e, em seu art. 4º, estabelece o seguinte:

> Art 4º O exercício da profissão de jornalista requer prévio registro no órgão regional competente do Ministério do Trabalho e Previdência Social que se fará mediante a apresentação de:
>
> I – prova de nacionalidade brasileira;
>
> II – folha corrida;
>
> III – carteira profissional;
>
> IV – declaração de cumprimento de estágio em empresa jornalística;
>
> **V – diploma de curso superior de jornalismo, oficial ou reconhecido registrado no Ministério da Educação e Cultura ou em instituição por este credenciada, para as funções relacionadas de "a" a "g" no artigo 6º.**

O Decreto 83.284, de 13 de março de 1979, regulamenta o tema no mesmo sentido:

> Art 4º O exercício da profissão de jornalista requer prévio registro no órgão regional do Ministério do Trabalho, que se fará mediante a apresentação de:
>
> I – prova de nacionalidade brasileira;
>
> II – prova de que não está denunciado ou condenado pela prática de ilícito penal;
>
> **III – diploma de curso de nível superior de Jornalismo ou de Comunicação Social, habilitação Jornalismo, fornecido por estabelecimento de ensino reconhecido na forma da lei, para as funções relacionadas nos itens I a VII do artigo 11;**
>
> IV – Carteira de Trabalho e Previdência Social.

---

[30] Cf. transcrição na Rp 1.054, Rel. Min. Moreira Alves, *RTJ* n. 110, p. 937 (967).

Parágrafo único. Aos profissionais registrados exclusivamente para o exercício das funções relacionadas nos itens VIII a XI do artigo 2º, é vedado o exercício das funções constantes dos itens I a VII do mesmo artigo.

O art. 6º do Decreto-Lei 972/1969, por sua vez, classifica as funções desempenhadas pelos jornalistas:

Art 6º As funções desempenhadas pelos jornalistas profissionais, como empregados, serão assim classificadas:

a) Redator: aquêle que além das incumbências de redação comum, tem o encargo de redigir editoriais, crônicas ou comentários;

b) Noticiarista: aquêle que tem o encargo de redigir matéria de caráter informativo, desprovida de apreciação ou comentários;

c) Repórter: aquêle que cumpre a determinação de colhêr notícias ou informações, preparando-a para divulgação;

d) Repórter de Setor: aquêle que tem o encargo de colhêr notícias ou informações sôbre assuntos pré-determinados, preparando-as para divulgação;

e) Rádio-Repórter: aquêle a quem cabe a difusão oral de acontecimento ou entrevista pelo rádio ou pela televisão, no instante ou no local em que ocorram, assim como o comentário ou crônica, pelos mesmos veículos;

f) Arquivista-Pesquisador: aquêle que tem a incumbência de organizar e conservar cultural e tècnicamente, o arquivo redatorial, procedendo à pesquisa dos respectivos dados para a elaboração de notícias;

g) Revisor: aquêle que tem o encargo de rever as provas tipográficas de matéria jornalística;

h) Ilustrador: aquêle que tem a seu cargo criar ou executar desenhos artísticos ou técnicos de caráter jornalístico;

i) Repórter-Fotográfico: aquêle a quem cabe registrar, fotogràficamente, quaisquer fatos ou assuntos de interêsse jornalístico;

j) Repórter-Cinematográfico: aquêle a quem cabe registrar cinematogràficamente, quaisquer fatos ou assuntos de interêsse jornalístico;

l) Diagramador: aquêle a quem compete planejar e executar a distribuição gráfica de matérias, fotografias ou ilustrações de caráter jornalístico, para fins de publicação.

Parágrafo único: também serão privativas de jornalista profissional as funções de confiança pertinentes às atividades descritas no artigo 2º como editor, secretário, subsecretário, chefe de reportagem e chefe de revisão.

Como se pode constatar, segundo os referidos diplomas normativos, o exercício da profissão de jornalista requer prévio registro no órgão regional competente do Ministério do Trabalho e Previdência Social, que se fará mediante a apresentação de diploma de curso de nível superior de Jornalismo ou de Comunicação Social, habilitação Jornalismo, fornecido por estabelecimento de ensino reconhecido na forma da lei, para as funções de redator, noticiarista, repórter, repórter de setor, radiorrepórter, arquivista-pesquisador e revisor.

Ao analisar a constitucionalidade dos referidos dispositivos, o Juízo de primeira instância assim se manifestou sobre o tema, em trechos da sentença que são transcritos a seguir:

> Diante do exposto acima, incumbe ao Judiciário apurar se a regulamentação trazida pelo Decreto-Lei n.º 972/69 atende aos requisitos necessários para perpetrar restrição legítima ao exercício das profissões, que deverá se pautar na estrita observância ao interesse público (...). Tenho que não. Vejamos. Tal se deve à propalada irrazoabilidade do requisito exigido para o exercício da profissão, tendo em vista que a profissão de jornalista não pode ser regulamentada sob o aspecto da capacidade técnica, eis que não pressupõe a existência de qualificação profissional específica, indispensável à proteção da coletividade, diferentemente das profissões técnicas (a de Engenharia, por exemplo), em que o profissional que não tenha cumprido os requisitos do curso superior por vir a colocar em risco a vida de pessoas, como também ocorre com os profissionais da área de saúde (por exemplo, de Medicina ou de Farmácia). O jornalista deve possuir formação cultural sólida e diversificada, o que não se adquire apenas com a frequência a uma faculdade (muito embora seja forçoso reconhecer que aquele que o faz poderá vir a enriquecer tal formação cultural), mas sim pelo hábito da leitura e pelo próprio exercício da prática profissional. Em segundo lugar, porque o exercício dessa atividade, mesmo que exercida por inepto, não prejudicará diretamente direito de terceiro. Quem não conseguir escrever um bom artigo ou escrevê-lo de maneira ininteligível não conseguirá leitores, porém, isso a ninguém prejudicará, a não ser ao próprio autor. Assim, a regulamentação, pelo que depreendo, não visa ao interesse público, que consiste na garantia do direito à informação, a ser exercido sem qualquer restrição, através da livre manifestação do pensamento, da criação, da expressão e da informação, conforme previsto no inciso IX do art. 5º e *caput* do art. 220, ambos da Constituição Federal.
> (Fls. 905-906.)

A sentença de primeira instância indica alguns dos pontos que devem ser analisados.

É preciso verificar se o exercício da profissão de jornalista exige qualificações profissionais e capacidades técnicas específicas e especiais e se, dessa forma, estaria o Estado legitimado constitucionalmente a regulamentar o tema em defesa do interesse da coletividade.

Sobre o assunto, o Ministro Eros Grau, na qualidade de Professor Titular da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, emitiu parecer respondendo à questão de saber se o exercício da profissão de jornalista reclama qualificações profissionais específicas, do qual se destacam alguns trechos (fls. 797-823):

> (...) a profissão de jornalista não reclama qualificações profissionais específicas, indispensáveis à proteção da coletividade, de modo que ela não seja exposta a riscos; ou, em outros termos, o exercício da profissão de jornalista não se dá de modo a poder causar danos irreparáveis ou prejudicar diretamente direitos alheios, sem culpa das vítimas. Dir-se-á, eventualmente, que a atuação do jornalista poderá, sim, prejudicar diretamente direitos alheios, sem culpa da vítima, quando, por exemplo, uma notícia não verídica, a respeito de determinada pessoa, vier a ser divulgada. Sucede que esse não é um risco inerente à atividade, ou seja, risco que se possa evitar em função da exigência de que o jornalista frequente regularmente um curso de formação profissional, no qual deva obter aprovação. Estamos, no caso, diante de uma patologia semelhante à que se manifesta quando um motorista atropele deliberadamente um seu desafeto ou quando, em uma página de romance, o

> cozinheiro introduza veneno no prato a ser servido a determinado comensal. Ainda que o regular exercício da profissão de motorista coloque em risco a coletividade, o exercício regular da profissão de cozinheiro, como da profissão de jornalista, não o faz. De qualquer forma, nenhuma dessas patologias poderá ser evitada mediante qualificação profissional, que não tem o condão de conformar o caráter de cada um. De outra parte, a divulgação de notícia não verídica por engano, o que não é corrente, decorre de causas estranhas à qualificação profissional do jornalista; basta a atenção ordinária para que erros desse tipo sejam evitados.

Em parecer sobre o tema (fls. 824-834), Geraldo Ataliba assim se manifestou:

> A segunda interpretação entende que a liberdade ampla da informação jornalística não pode prejudicar o leitor (ouvinte, telespectador) pela transmissão de informações inidôneas, por falta de qualificação profissional das fontes, quando a matéria informada esteja inserida num universo de conhecimentos especializados cujo manejo dependa, legalmente, de qualificação profissional dos seus operadores. Assim, se a saúde é um valor, informação sobre remédios, instrumentos ou processos terapêuticos só pode provir de fonte qualificada formalmente segundo critérios legais; a fonte, nesse caso, será necessariamente um médico, não um palpiteiro, um charlatão, um feiticeiro etc. Se a matéria da notícia é a queda de uma ponte, as informações técnicas sobre suas causas, circunstâncias ou consequências terão por fonte um engenheiro e não qualquer do povo, ou um mero curioso. Enfim, o direito à informação – direito do povo a ser informado, com fidelidade, pelos profissionais do jornalismo – há de ser atendido livremente por pessoas argutas, inteligentes, cultas e dotadas de qualidade comunicativas (escrita, fala, boa expressão), com a condição de que (ao transmitirem notícia sobre fatos e fenômenos objeto de conhecimento específico de profissões regulamentadas) sua interpretação e explicação provirão de profissionais formalmente qualificados (diplomados), a que deverão reportar-se os jornalistas. É desse modo que se obedece ao art. 5º, XIII, da Constituição. Assim, qualquer jornalista poderá informar que foi descoberto um remédio contra a AIDS, ou que caiu uma ponte na cidade de Caixa-Prego. Não poderá, porém – seja por opinião pessoal, seja por ouvir leigos – dizer que o remédio tem tais ou quais efeitos, nem que é elaborado com esmero (ou descuido). Nem poderá dizer que a ponte caiu, porque o concreto não tinha o teor de cimento requerido pela ciência. Evidentemente, poderá relatar que uma autoridade pública (delegado, prefeito, deputado etc.) ou profissional (engenheiro, contador etc.) afirmou "isto ou aquilo". Porque, então, a responsabilidade por eventual má informação já será do declarante e não do jornalista.

Como parece ficar claro a partir das abordagens citadas, a doutrina constitucional entende que as qualificações profissionais de que trata o art. 5º, inciso XIII, da Constituição, somente podem ser exigidas, pela lei, daquelas profissões que, de alguma maneira, podem trazer perigo de dano à coletividade ou prejuízos diretos a direitos de terceiros, sem culpa das vítimas, tais como a medicina e demais profissões ligadas à área de saúde, a engenharia, a advocacia e a magistratura, entre outras várias. Nesse sentido, a profissão de jornalista, por não implicar riscos à saúde ou à vida dos cidadãos em geral, não poderia ser objeto de exigências quanto às condições de capacidade técnica para o seu exercício. Eventuais riscos ou danos efetivos a terceiros causados pelo profissional do jornalismo não

seriam inerentes à atividade e, dessa forma, não seriam evitáveis pela exigência de um diploma de graduação. Dados técnicos necessários à elaboração da notícia (informação) deveriam ser buscados pelo jornalista em fontes qualificadas profissionalmente sobre o assunto.

Seguindo a linha de raciocínio até aqui desenvolvida, esses entendimentos, que bem apreendem o sentido normativo do art. 5º, inciso XIII, da Constituição, já demonstram a desproporcionalidade das medidas estatais que visam a restringir o livre exercício do jornalismo mediante a exigência de registro em órgão público condicionado à comprovação de formação em curso superior de jornalismo.

No exame da proporcionalidade, o art. 4º, inciso V, do Decreto-Lei 972/1969 não passa sequer no *teste da adequação* (*Geeignetheit*).

É fácil perceber que a formação específica em curso de graduação em jornalismo não é meio idôneo para evitar eventuais riscos à coletividade ou danos efetivos a terceiros. De forma extremamente distinta de profissões como a medicina ou a engenharia, por exemplo, o jornalismo não exige técnicas específicas que só podem ser aprendidas em uma faculdade. O exercício do jornalismo por pessoa inapta para tanto não tem o condão de, invariável e incondicionalmente, causar danos ou pelo menos risco de danos a terceiros. A consequência lógica, imediata e comum do jornalismo despreparado será a ausência de leitores e, dessa forma, a dificuldade de divulgação e de contratação pelos meios de comunicação, mas não o prejuízo direto a direitos, à vida, à saúde de terceiros.

As violações à honra, à intimidade, à imagem ou a outros direitos da personalidade não constituem riscos inerentes ao exercício do jornalismo; são, antes, o resultado do exercício abusivo e antiético dessa profissão.

O jornalismo despreparado diferencia-se substancialmente do jornalismo abusivo. Este último, como é sabido, não se restringe aos profissionais despreparados ou que não frequentaram um curso superior. As notícias falaciosas e inverídicas, a calúnia, a injúria e a difamação constituem grave desvio de conduta e devem ser objeto de responsabilidade civil e penal. Representam, portanto, um problema ético, moral, penal e civil, que não encontra solução na formação técnica do jornalista. Dizem respeito, antes, à formação cultural e ética do profissional, que pode ser reforçada, mas nunca completamente formada, nos bancos de uma faculdade.

É inegável que a frequência a um curso superior com disciplinas sobre técnicas de redação e edição, ética profissional, teorias da comunicação, relações públicas, sociologia etc. pode dar ao profissional uma formação sólida para o exercício cotidiano do jornalismo. E essa é uma razão importante para afastar qualquer suposição no sentido de que os cursos de graduação em jornalismo serão desnecessários após a declaração de não recepção do art. 4º, inciso V, do Decreto-Lei 972/1969. Esses cursos são extremamente importantes para o preparo técnico e ético de profissionais que atuarão no ramo, assim como o são os cursos superiores de comunicação em geral, de culinária, *marketing*, desenho

industrial, moda e costura, educação física, entre outros vários, que não são requisitos indispensáveis para o regular exercício das profissões ligadas a essas áreas. Um excelente chefe de cozinha certamente poderá ser formado numa faculdade de culinária, o que não legitima o Estado a exigir que toda e qualquer refeição seja feita por profissional registrado mediante diploma de curso superior nessa área. Certamente o poder público não pode restringir dessa forma a liberdade profissional no âmbito da culinária, e disso ninguém tem dúvida, o que não afasta, porém, a possibilidade do exercício abusivo e antiético dessa profissão, com riscos à saúde e à vida dos consumidores.

Os cursos de publicidade e de cinema, por exemplo, igualmente inseridos no âmbito mais amplo da comunicação social, tal como o jornalismo, são extremamente importantes para a formação do profissional que atuará nessas áreas, mas não constituem requisito básico e indispensável para o exercício regular das profissões de publicitário e cineasta.

O mesmo raciocínio deve ser válido para músicos e artistas em geral, cujo exercício profissional deve estar sob o âmbito de proteção do direito fundamental à livre expressão da atividade artística, intelectual e de comunicação, tal como expressamente previsto no inciso IX do art. 5º da Constituição.

Certamente, há, nessas hipóteses, uma esfera de livre expressão protegida pela ordem constitucional contra qualquer intervenção estatal cujo objetivo principal seja o controle sobre as qualificações profissionais para o exercício dessas atividades.

Por isso, não obstante o acerto de todas essas considerações, que explicitam uma análise de proporcionalidade, o certo é que, mais do que isso, a questão aqui verificada é de patente inconstitucionalidade, por violação direta ao art. 5º, inciso XIII, da Constituição. Não se trata apenas de verificar a adequação de uma condição restritiva para o exercício da profissão, mas de constatar que, num âmbito de livre expressão, o estabelecimento de qualificações profissionais é terminantemente proibido pela ordem constitucional, e a lei que assim proceder afronta diretamente o art. 5º, inciso XIII, da Constituição.

O ponto crucial é que o jornalismo é uma profissão diferenciada por sua estreita vinculação ao pleno exercício das liberdades de expressão e informação. O jornalismo é a própria manifestação e difusão do pensamento e da informação de forma contínua, profissional e remunerada. Os jornalistas são aquelas pessoas que se dedicam profissionalmente ao exercício pleno da liberdade de expressão. O jornalismo e a liberdade de expressão, portanto, são atividades que estão imbricadas por sua própria natureza e não podem ser pensadas e tratadas de forma separada.

Isso implica, logicamente, que a interpretação do art. 5º, inciso XIII, da Constituição, na hipótese da profissão de jornalista, se faça, impreterivelmente, em conjunto com os preceitos do art. 5º, incisos IV, IX, XIV, e do art. 220 da Constituição, que asseguram as liberdades de expressão, de informação e de comunicação em geral.

Destacam-se, nesse sentido, os preceitos do art. 220, *caput*, e § 1º, que possuem a seguinte redação:

> Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.
>
> § 1º Nenhuma lei conterá dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV.

No recente julgamento da ADPF 130, Rel. Min. Carlos Britto, na qual se declarou a não recepção da Lei de Imprensa (Lei 5.250/1967), o Tribunal enfaticamente deixou consignado o entendimento segundo o qual as liberdades de expressão e de informação e, especificamente, a liberdade de imprensa, somente poderiam ser restringidas pela lei em hipóteses excepcionalíssimas, sempre em razão da proteção de outros valores e interesses constitucionais igualmente relevantes, como os direitos à honra, à imagem, à privacidade e à personalidade em geral.

É certo que o constituinte de 1988 de nenhuma maneira concebeu a liberdade de expressão como direito absoluto, insuscetível de restrição, seja pelo Judiciário, seja pelo Legislativo. A própria formulação do texto constitucional – "Nenhuma lei conterá dispositivo (...), observado o disposto no art. 5º, IV, V, X, XIII e XIV" – parece explicitar que o constituinte não pretendeu instituir aqui um domínio inexpugnável à intervenção legislativa. Ao revés, essa formulação indica ser inadmissível, tão somente, a disciplina legal que crie embaraços à liberdade de informação. O texto constitucional, portanto, não excluiu a possibilidade de que se introduzam limitações à liberdade de expressão e de comunicação, estabelecendo, expressamente, que o exercício dessas liberdades há de se fazer com observância do disposto na Constituição. Não poderia ser outra a orientação do constituinte, pois, do contrário, outros valores, igualmente relevantes, quedariam esvaziados diante de um direito avassalador, absoluto e insuscetível de restrição.

Todavia, tal como assentado pelo Tribunal na ADPF 130, em matéria de liberdade de expressão e de comunicação em geral, as restrições legais estão reservadas a casos extremamente excepcionais, sempre justificadas pela imperiosa necessidade de resguardo de outros valores constitucionais.

Assim, no caso da profissão de jornalista, a interpretação do art. 5º, inciso XIII, em conjunto com o art. 5º, incisos IV, IX, XIV, e o art. 220 leva à conclusão de que a ordem constitucional apenas admite a definição legal das qualificações profissionais na hipótese em que sejam elas estabelecidas para proteger, efetivar e reforçar o exercício profissional das liberdades de expressão e de informação por parte dos jornalistas. Fora desse quadro, há patente inconstitucionalidade da lei.

É fácil perceber, nessa linha de raciocínio, que a exigência de diploma de curso superior para a prática do jornalismo – o qual, em sua essência, é o desenvolvimento profissional das liberdades de expressão e de informação – não está autorizada pela ordem constitucional, pois constitui uma restrição, um impedimento,

uma verdadeira supressão do pleno, incondicionado e efetivo exercício da liberdade jornalística, expressamente proibido pelo art. 220, § 1º, da Constituição.

Portanto, **em se tratando de jornalismo, atividade umbilicalmente ligada às liberdades de expressão e de informação, o Estado não está legitimado a estabelecer condicionamentos e restrições quanto ao acesso à profissão e respectivo exercício profissional**. Essas são as lições de Jónatas Machado em expressiva obra sobre o assunto, da qual cito os trechos a seguir:

> O jornalismo assume um relevo central no âmbito da garantia constitucional das liberdades da comunicação. Ele desempenha uma função de dinamização da esfera pública de discussão dos diferentes subsistemas de ação social, a qual assume um relevo especial no âmbito específico do funcionamento do sistema político. Daí **a dignidade materialmente constitucional, que não apenas formalmente constitucional, dos princípios fundamentais que devem disciplinar o acesso à profissão de jornalista e o respectivo exercício profissional, do ponto de vista individual e coletivo**. Isto, note-se, sem nunca transformar o exercício da atividade jornalística num serviço público no sentido jurídico-administrativo da expressão. Se existe algum serviço público no exercício da profissão de jornalista, ele resulta da liberdade e da independência perante os poderes públicos e perante as entidades privadas com que a mesma é levado a cabo, bem como numa deontologia profissional que privilegie os objetivos publicísticos da liberdade, do pluralismo, da discussão pública e do autogoverno democrático, relativamente aos objetivos puramente econômicos das empresas de comunicação. As considerações expostas, juntamente com o que anteriormente se disse a propósito do acesso às atividades ligadas à imprensa, **apontam para a inadmissibilidade de um sistema estadual de licenciamento e controle do acesso e exercício da atividade jornalística ou de outras atividades ligadas à imprensa** e de fixação heterônoma da correspondente deontologia.
> (Sem grifos no original.) (MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de expressão:* dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social. Coimbra: Coimbra; 2002, p. 542.)

Em outros termos, no campo da profissão de jornalista, não há espaço para a regulação estatal quanto às qualificações profissionais. O art. 5º, incisos IV, IX, XIV, e o art. 220 não autorizam o controle, por parte do Estado, quanto ao acesso e exercício da profissão de jornalista. **Qualquer controle desse tipo, que interfira na liberdade profissional no momento do próprio acesso à atividade jornalística, configura, ao fim e ao cabo, controle prévio que, em verdade, caracteriza censura prévia das liberdades de expressão e de informação, expressamente vedada pelo art. 5º, inciso IX, da Constituição.**

A impossibilidade do estabelecimento de controles estatais sobre a profissão jornalística também leva à conclusão de que **não pode o Estado criar uma ordem ou um conselho profissional (autarquia) para a fiscalização desse tipo de profissão.** O exercício do poder de polícia do Estado é vedado nesse campo em que imperam as liberdades de expressão e de informação. Ressaltem-se, nesse sentido, as considerações do Ministro Rodrigues Alckmin, no julgamento da citada Rp 930, as quais afirmavam que o serviço público de fiscalização do exercício profissional, a cargo de entes autárquicos especiais, denominados

ordens ou conselhos, somente pode ser exercido pelo Estado se existe uma regulamentação legítima da profissão, entendida esta como a regulamentação das profissões que efetivamente reclamam condições de capacidade ou qualificações profissionais especiais. Após considerações sobre o tema, concluiu o Ministro Rodrigues Alckmin da seguinte forma:

> As ordens profissionais constituem organismos criados pelo Estado para o desempenho de serviço público relativo à fiscalização e disciplina de certas profissões. A legitimidade da criação dessas ordens pressupõe a legitimidade e a prévia existência de uma regulamentação profissional. Sem a legitimidade da função pública a ser desempenhada, não pode existir a autarquia profissional que a deva desempenhar. Somente quando a lei ordinária, legitimamente, exija condições de capacidade para o exercício de certa profissão é possível criar um organismo para desempenhar o serviço público de fiscalizar tal exercício profissional. E somente nesse caso é possível exigir o prévio registro profissional nessa ordem, que desempenhará o serviço público de verificar os títulos referentes àquelas condições de capacidade e de fiscalizar o exercício profissional.

É importante frisar, por outro lado, que a vedação constitucional a qualquer tipo de controle estatal prévio não faz pouco caso do elevado potencial da atividade jornalística para gerar riscos de danos ou danos efetivos à ordem, à segurança, ao bem estar da coletividade e a direitos de terceiros. O entendimento até aqui delineado não deixa de levar em consideração a potencialidade danosa da atividade de comunicação em geral e o verdadeiro poder que representam a imprensa e seus agentes na sociedade contemporânea.

Como afirmei no julgamento da ADPF 130, o poder da imprensa é hoje quase incomensurável. Se a liberdade de imprensa nasceu e se desenvolveu, conforme antes analisado, como um direito em face do Estado, uma garantia constitucional de proteção de esferas de liberdade individual e social contra o poder político, hodiernamente talvez represente a imprensa um poder social tão grande e inquietante quanto o poder estatal. É extremamente coerente, nesse sentido, a assertiva de Ossenbühl quando escreve que **"hoje não são tanto os media que têm de defender a sua posição contra o Estado, mas, inversamente, é o Estado que tem de acautelar-se para não ser cercado, isto é, manipulado pelos media".** (*Apud* ANDRADE, Manuel da Costa, *Liberdade de Imprensa e inviolabilidade pessoal:* uma perspectiva jurídico-criminal, Coimbra: Coimbra, 1996, p. 63).

Nesse mesmo sentido são as ponderações de Vital Moreira:

> No princípio a liberdade de imprensa era manifestação da liberdade individual de expressão e opinião. Do que se tratava era de assegurar a *liberdade da imprensa* face ao Estado. No entendimento liberal clássico, a liberdade de criação de jornais e a competição entre eles asseguravam a verdade e o pluralismo da informação e proporcionavam veículos de expressão por via da imprensa a todas as correntes e pontos de vista.

> Mas em breve se revelou que a imprensa era também um *poder social*, que podia afetar os direitos dos particulares, quanto ao seu bom nome, reputação, imagem, etc. Em segundo lugar, a liberdade de imprensa tornou-se cada vez menos uma faculdade individual de todos, passando a ser cada vez mais um poder de poucos. Hoje em dia, os meios de comunicação de massa já não são expressão da liberdade e autonomia individual dos cidadãos, antes relevam dos interesses comerciais ou ideológicos de grandes organizações empresariais, institucionais ou de grupos de interesse.
>
> Agora torna-se necessário defender não só a liberdade *da imprensa* mas também a liberdade *face à imprensa*.
>
> (MOREIRA, Vital. *O direito de resposta na Comunicação Social*. Coimbra: Coimbra, 1994, p. 9.)

O pensamento é complementado por Manuel da Costa Andrade, nos seguintes termos:

> Resumidamente, as empresas de comunicação social integram, hoje, não raro, grupos econômicos de grande escala, assentes numa dinâmica de concentração e apostados no domínio vertical e horizontal de mercados cada vez mais alargados. Mesmo quando tal não acontece, o exercício da atividade jornalística está invariavelmente associado à mobilização de recursos e investimentos de peso considerável. O que, se por um lado resulta em ganhos indisfarçáveis de poder, redunda ao mesmo tempo na submissão a uma lógica orientada para valores de racionalidade econômica. Tudo com reflexos decisivos em três direções: na direção do poder político, da atividade jornalística e das pessoas concretas atingidas (na honra, privacidade/intimidade, palavra ou imagem).
>
> (Op. cit., p. 62.)

É compreensível, assim, que o exercício desse poder social muitas vezes acabe por ser realizado de forma abusiva. É tênue a linha que separa a atividade regular de informação e transmissão de opiniões do ato violador de direitos da personalidade. E os efeitos do abuso do poder da imprensa são praticamente devastadores e de dificílima reparação total. Mais uma vez citem-se as sensatas palavras de Ossenbühl sobre os efeitos perversos e muitas vezes irreversíveis do uso abusivo do poder da imprensa:

> **Numa inextricável mistura de afirmações de fato e de juízos de valor ele (indivíduo) vê a sua vida, a sua família, as suas atitudes interiores dissecadas perante a nação. No fim ele estará civicamente morto, vítima de assassínio da honra (*Rufmord*). Mesmo quando estas consequências não são atingidas, a verdade é que a imprensa moderna pode figurar como a continuadora direta da tortura medieval. Em qualquer dos casos, é irrecusável o seu efeito-de-pelourinho.**
>
> (*Apud* ANDRADE, Manuel da Costa, *Liberdade de Imprensa e inviolabilidade pessoal:* uma perspectiva jurídico-criminal, Coimbra: Coimbra, 1996, p. 63.)

> No Estado Democrático de Direito, a proteção da liberdade de imprensa também leva em conta a proteção contra a própria imprensa. A Constituição assegura as liberdades de expressão e de informação sem permitir violações à honra, à

> intimidade, à dignidade humana. A ordem constitucional não apenas garante à imprensa um amplo espaço de liberdade de atuação; ela também protege o indivíduo em face do poder social da imprensa. E não se deixe de considerar, igualmente, que a liberdade de imprensa também pode ser danosa à própria liberdade de imprensa. Como bem assevera Manuel da Costa Andrade, "num mundo cada vez mais dependente da informação e condicionado pela sua circulação, também os eventos relacionados com a vida da própria imprensa e dos seus agentes (empresários, jornalistas, métodos e processos de trabalho, etc.) constituem matéria interessante e recorrente de notícia, análise e mesmo crítica. O que pode contender com o segredo, a privacidade, a intimidade, a honra, a palavra ou a imagem das pessoas concretamente envolvidas e pertinentes à área da comunicação social.
> (Op. cit., p. 59.)

É certo, assim, que o exercício abusivo do jornalismo implica sérios danos individuais e coletivos. Porém, mais certo ainda é que os danos causados pela atividade jornalística não podem ser evitados ou controlados por qualquer tipo de medida estatal de índole preventiva.

Como se sabe, o abuso da liberdade de expressão não pode ser objeto de controle prévio, mas de responsabilização civil e penal, *a posteriori*. E, como analisado acima, não há razão para se acreditar que a exigência de diploma de curso superior de jornalismo seja uma medida adequada e eficaz para evitar o exercício abusivo da profissão. De toda forma, caracterizada essa exigência como típica forma de controle prévio das liberdades de expressão e de informação, e constatado, assim, o embaraço à plena liberdade jornalística, é de se concluir que não está ela autorizada constitucionalmente.

As considerações acima demonstram, ademais, a necessidade de proteção dos jornalistas não apenas em face do Estado, mas dos próprios meios de comunicação, ante seu poder quase incomensurável. Os direitos dos jornalistas, especificamente as garantias quanto ao seu estatuto profissional, devem ser assegurados perante o Estado, a imprensa e os próprios jornalistas. E, novamente, a exigência de diploma comprovante da formatura em um curso de jornalismo não tem qualquer efeito nesse sentido.

Parece que, **nesse campo da proteção dos direitos e prerrogativas profissionais dos jornalistas, a autorregulação é a solução mais consentânea com a ordem constitucional e, especificamente, com as liberdades de expressão e de informação.**

Assim, como reconhece Jónatas Machado, "**a liberdade de expressão e de informação aponta no sentido da autoregulação dos jornalistas**, preferencialmente policêntrica, em termos que garantam a sua liberdade perante o Estado, as entidades privadas, as associações profissionais e os próprios colegas, não havendo sequer lugar para uma heteroregulação do sector, por vezes tida como indispensável para garantir o sucesso da auto-regulação" (MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de expressão:* dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social. Coimbra: Coimbra, 2002, p. 543).

Dessa forma, são os próprios meios de comunicação que devem estabelecer os mecanismos de controle quanto à contratação, avaliação, desempenho, conduta ética dos profissionais do jornalismo. Poderão as empresas de comunicação estipular critérios de contratação, como a especialidade em determinado campo do conhecimento, o que, inclusive, parece ser mais consentâneo com a crescente especialização do jornalismo no mundo contemporâneo. Assim, como bem observa Jónatas Machado:

> num contexto em que o jornalismo se desdobra, com intensidade crescente, nas mais diversas especialidades, acompanhando a diferenciação funcional do sistema social, é duvidoso que não deva ser deixado ao critério das empresas de comunicação a valorização da experiência profissional adquirida pelos indivíduos nos mais diversos setores de atividade (*v.g*. economia, política, desporto, religião, etc.), relativamente àqueles que possuem uma formação universitária, mesmo que especializada no setor da comunicação. A garantia da diversidade do acesso à profissão, plenamente compatível com o respeito pelas normas éticas e deontológicas do jornalismo, pode ser excessivamente restringida pela tentativa de formatar os jornalistas, reconduzindo-os a um determinado tipo normativo, mediante, a exigência absoluta de um título universitário.
>
> (MACHADO, Jónatas E. M. *Liberdade de expressão:* dimensões constitucionais da esfera pública no sistema social. Coimbra: Coimbra, 2002, p. 544.)

Dentro dessa lógica, nada impede que as empresas de comunicação adotem como critério de contratação a exigência do diploma de curso superior em jornalismo.

Assim, esse tipo de orientação regulatória, ao permitir a *autopoiesis* do sistema da comunicação social, oferece maior proteção das liberdades de expressão e de informação.

Enfim, as análises acima levam a crer que essa é a melhor interpretação dos arts. 5º, incisos IX, XIII, e 220 da Constituição da República e a solução mais consentânea com a proteção das liberdades de profissão, de expressão e de informação na ordem constitucional brasileira.

Não fosse esse o entendimento, não poderíamos conceber a relevantíssima atividade jornalística de algumas conhecidas personalidades. García Marques, por exemplo, exerceu o jornalismo, sem diploma universitário, em jornais importantes da Colômbia, como o El Heraldo, El Espectador e El Universal. Foi correspondente internacional e, inclusive, fundador da fundação Neojornalismo Iberoamericano. Mario Vargas Llosa, formado em Direito, por muito tempo também exerceu a profissão de jornalista. Carlos Chagas, notório jornalista brasileiro, iniciou sua carreira em 1958, no jornal O Globo, sem qualquer exigência de diploma. Nelson Rodrigues também foi jornalista. Barbosa Lima Sobrinho, bacharel em Direito, exerceu a profissão em jornais de Pernambuco, como o Jornal de Pernambuco e o Jornal do Recife, e em outros Estados, como o Jornal do Commercio (Rio de Janeiro), Gazeta (São Paulo) e Correio do Povo (Porto Alegre). Cláudio Barcelos de Barcelos, mais conhecido como Caco Barcelos, não tem formação superior, mas possui notório currículo em jornalismo investigativo.

Ressalte-se, ainda, que Carl Bernstein e Bob Woodward, conhecidos mundialmente por seu importante trabalho de informação sobre o escândalo do *Watergate*, nunca possuíram diploma de jornalismo, e nem precisariam ter, pois nos Estados Unidos da América nunca se concebeu tal exigência. Formados em outros cursos, seu trabalho de investigação e denúncia no *The Washington Post* levou à renúncia de um Presidente da República.

Importante ressaltar que essa interpretação também tem sido acolhida pela Corte Interamericana de Direitos Humanos, que já se pronunciou sobre questão idêntica: o caso "*La colegiación obligatoria de periodistas*" (Corte Interamericana de Direitos Humanos, Opinião Consultiva OC-5/85, de 13 de novembro de 1985).

Na ocasião, o Governo da Costa Rica, mediante comunicação de 8 de julho de 1985, submeteu à Corte Interamericana uma solicitação de opinião consultiva sobre a interpretação dos arts. 13 e 29 da Convenção Americana de Direitos Humanos (liberdade de expressão) em relação à obrigatoriedade de inscrição em ordem ou conselho profissional de jornalistas (Colegio de Periodistas), mediante a apresentação de título universitário, para o exercício da profissão jornalística. Assim foi posto o problema perante a Corte Interamericana:

> *la consulta que se formula a la Corte Interamericana comprende además y en forma concreta, requerimiento de opinión consultiva sobre si existe o no pugna o contradicción entre la colegiatura obligatoria como requisito indispensable para poder ejercer la actividad del periodista en general y, en especial del reportero – según los artículos ya citados de la Ley No. 4420 – y las normas internacionales 13 y 29 de la Convención Americana Sobre Derechos Humanos. En ese aspecto, es necesario conocer el criterio de la Corte Interamericana, respecto al alcance y cobertura del derecho de libertad de expresión del pensamiento y de información y las únicas limitaciones permisibles conforme a los artículos 13 y 29 de la Convención Americana., con indicación en su caso de si hay o no congruencia entre las normas internas contenidas en la Ley Orgánica del Colegio de Periodistas ya referidas (Ley No. 4420) y los artículos 13 y 29 internacionales precitados.*
>
> *¿Está permitida o comprendida la colegiatura obligatoria del periodista y del reportero, entre las restricciones o limitaciones que autorizan los artículos 13 y 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos? ¿Existe o no compatibilidad, pugna o incongruencia entre aquellas normas internas y los artículos citados de la Convención Americana?*

Participaram do processo como *amicus curiae* a Sociedad Interamericana de Prensa; o Colegio de Periodistas de Costa Rica, o World Press Freedom Committee, o International Press Institute, o Newspaper Guild e a International Association of Broadcasting; o American Newspaper Publishers Association, a American Society of Newspaper Editors e a Associated Press; a Federación Latinoamericana de Periodistas, a International League for Human Rights; e o Lawyers Committee for Human Rights, o Americas Watch Committee e o Committee to Protect Journalists.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos proferiu decisão no dia 13 de novembro de 1985, declarando que a obrigatoriedade do diploma universitário e da inscrição em ordem profissional para o exercício da profissão de jornalista viola o art. 13 da Convenção Americana de Direitos Humanos, que protege a liberdade de expressão em sentido amplo. Vale transcrever alguns trechos dos fundamentos dessa importante decisão:

53. Las infracciones al artículo 13 pueden presentarse bajo diferentes hipótesis, según conduzcan a la supresión de la libertad de expresión o sólo impliquen restringirla más allá de lo legítimamente permitido.

54. En verdad no toda transgresión al artículo 13 de la Convención implica la supresión radical de la libertad de expresión, que tiene lugar cuando, por el poder público se establecen medios para impedir la libre circulación de información, ideas, opiniones o noticias. Ejemplos son la censura previa, el secuestro o la prohibición de publicaciones y, en general, todos aquellos procedimientos que condicionan la expresión o la difusión de información al control gubernamental. En tal hipótesis, hay una violación radical tanto del derecho de cada persona a expresarse como del derecho de todos a estar bien informados, de modo que se afecta una de las condiciones básicas de una sociedad democrática. La Corte considera que la colegiación obligatoria de los periodistas, en los términos en que ha sido planteada para esta consulta, no configura un supuesto de esta especie.

55. La supresión de la libertad de expresión como ha sido descrita en el párrafo precedente, si bien constituye el ejemplo más grave de violación del artículo 13, no es la única hipótesis en que dicho artículo pueda ser irrespetado. En efecto, también resulta contradictorio con la Convención todo acto del poder público que implique una restricción al derecho de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas, en mayor medida o por medios distintos de los autorizados por la misma Convención; y todo ello con independencia de si esas restricciones aprovechan o no al gobierno.

56. Más aún, en los términos amplios de la Convención, la libertad de expresión se puede ver también afectada sin la intervención directa de la acción estatal. Tal supuesto podría llegar a configurarse, por ejemplo, cuando por efecto de la existencia de monopolios u oligopolios en la propiedad de los medios de comunicación, se establecen en la práctica "medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones".

57. Como ha quedado dicho en los párrafos precedentes una restricción a la libertad de expresión puede ser o no violatoria de la Convención, según se ajuste o no a los términos en que dichas restricciones están autorizadas por el artículo 13.2. Cabe entonces analizar la situación de la colegiación obligatoria de los periodistas frente a la mencionada disposición.

58. Por efecto de la colegiación obligatoria de los periodistas, la responsabilidad, incluso penal, de los no colegiados puede verse comprometida si, al "difundir informaciones e ideas de toda índole... por cualquier... procedimiento de su elección" invaden lo que, según la ley, constituye ejercicio profesional del periodismo. En consecuencia, esa colegiación envuelve una restricción al derecho de expresarse de los no colegiados, lo que obliga a examinar si sus fundamentos caben dentro de los considerados legítimos por la Convención para determinar si tal restricción es compatible con ella.

59. La cuestión que se plantea entonces es si los fines que se persiguen con tal colegiación entran dentro de los autorizados por la Convención, es decir, son

"necesari(os) para asegurar: a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas" (art. 13.2).

60. La Corte observa que los argumentos alegados para defender la legitimidad de la colegiación obligatoria de los periodistas no se vinculan con todos los conceptos mencionados en el párrafo precedente, sino sólo con algunos de ellos. Se ha señalado, en primer lugar, que la colegiación obligatoria es el modo normal de organizar el ejercicio de las profesiones en los distintos países que han sometido al periodismo al mismo régimen. Así, el Gobierno ha destacado que en Costa Rica

> *existe una norma de derecho no escrita, de condición estructural y constitutiva, sobre las profesiones, y esa norma puede enunciarse en los siguientes términos: toda profesión deberá organizarse mediante una ley en una corporación pública denominada colegio.*
>
> *En el mismo sentido la Comisión señaló que*
>
> *Nada se opone a que la vigilancia y control del ejercicio de las profesiones, se cumpla, bien directamente por organismos oficiales, o bien indirectamente mediante una autorización o delegación que para ello haga el estatuto correspondiente, en una organización o asociación profesional, bajo la vigilancia o control del Estado, puesto que ésta, al cumplir su misión, debe siempre someterse a la Ley. La pertenencia a un Colegio o la exigencia de tarjeta para el ejercicio de la profesión de periodista no implica para nadie restricción a las libertades de pensamiento y expresión sino una reglamentación que compete al Poder Ejecutivo sobre las condiciones de idoneidad de los títulos, así como la inspección sobre su ejercicio como un imperativo de la seguridad social y una garantía de una mejor protección de los derechos humanos (Caso Schmidt, supra 15)*

El Colegio de Periodistas de Costa Rica destacó igualmente que "este mismo requisito (la colegiación) existe en las leyes orgánicas de todos los colegios profesionales". Por su parte, la Federación Latinoamericana de Periodistas, en las observaciones que remitió a la Corte como amicus curiae, señaló que algunas constituciones latinoamericanas disponen la colegiación obligatoria para las profesiones que señale la ley, en una regla del mismo rango formal que la libertad de expresión.

61. En segundo lugar se ha sostenido que la colegiación obligatoria persigue fines de utilidad colectiva vinculados con la ética y la responsabilidad profesionales. El Gobierno mencionó una decisión de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica en cuyos términos

> *es verdad que esos colegios también actúan en interés común y en defensa de sus miembros, pero nótese que aparte de ese interés hay otro de mayor jerarquía que justifica establecer la colegiatura obligatoria en algunas profesiones, las que generalmente se denominan liberales, puesto que además del título que asegura una preparación adecuada, también se exige la estricta observancia de normas de ética profesional, tanto por la índole de la actividad que realizan estos profesionales, como por la confianza que en ellos depositan las personas que requieren de sus servicios. Todo ello es de interés público y el Estado delega en los colegios la potestad de vigilar el correcto ejercicio de la profesión.*
>
> *En otra ocasión el Gobierno dijo:*
>
> *Otra cosa resulta de lo que podríamos llamar el ejercicio del periodismo como "profesión liberal". Eso explica que la misma Ley del Colegio de Periodistas de Costa Rica permita a una persona constituirse en*

comentar*ista y aún en columnista permanente y retribuido de un medio de comunicación, sin obligación de pertenecer al Colegio de Periodistas.*

El mismo Gobierno ha subrayado que

> *el ejercicio de ciertas profesiones entraña, no sólo derechos sino deberes frente a la comunidad y el orden social. Tal es la razón que justifica la exigencia de una habilitación especial, regulada por Ley, para el desempeño de algunas profesiones, como la del periodismo.*

Dentro de la misma orientación, un delegado de la Comisión, en la audiencia pública de 8 de noviembre de 1985, concluyó que

> *la colegiatura obligatoria para periodistas o la exigencia de tarjeta profesional no implica negar el derecho a la libertad de pensamiento y expresión, ni restringirla o limitarla, sino únicamente reglamentar su ejercicio para que cumpla su función social, se respeten los derechos de los demás y se proteja el orden público, la salud, la moral y la seguridad nacionales. La colegiatura obligatoria busca el control, la inspección y vigilancia sobre la profesión de periodistas para garantizar la ética, la idoneidad y el mejoramiento social de los periodistas.*

En el mismo sentido, el Colegio de Periodistas afirmó que "la sociedad tiene derecho, en aras de la protección del bien común, de regular el ejercicio profesional del periodismo"; e igualmente que "el manejo de este pensamiento ajeno, en su presentación al público requiere del trabajo profesional no solamente capacitado, sino obligado en su responsabilidad y ética profesionales con la sociedad, lo cual tutela el Colegio de Periodistas de Costa Rica".

62. También se ha argumentado que la colegiación es un medio para garantizar la independencia de los periodistas frente a sus empleadores. El Colegio de Periodistas ha expresado que el rechazo a la colegiación obligatoria

> *equivaldría a facilitar los objetivos de quienes abren medios de comunicación en América Latina, no para el servicio de la sociedad sino para defender intereses personales y de pequeños grupos de poder. Ellos preferirían continuar con un control absoluto de todo el proceso de comunicación social, incluido el trabajo de personas en función de periodistas, que muestren ser incondicionales a esos mismos intereses.*

En el mismo sentido, la Federación Latinoamericana de Periodistas expresó que esa colegiación persigue, inter alia,

> *garantizarle a sus respectivas sociedades el derecho a la libertad de expresión del pensamiento en cuya firme defensa han centrado sus luchas... Y con relación al derecho a la información nuestros gremios han venido enfatizando la necesidad de democratizar el flujo informativo en la relación emisor-receptor para que la ciudadanía tenga acceso y reciba una información veraz y oportuna, lucha esta que ha encontrado su principal traba en el egoísmo y ventajismo empresarial de los medios de comunicación social.*

63. La Corte, al relacionar los argumentos así expuestos con las restricciones a que se refiere el artículo 13.2 de la Convención, observa que los mismos no envuelven directamente la idea de justificar la colegiación obligatoria de los periodistas como un medio para garantizar "el respeto a los derechos o a la reputación de los demás" o "la protección de la seguridad nacional", "o la salud o la moral públicas" (art. 13.2); más bien apuntarían a justificar la colegiación obligatoria como un medio para asegurar el orden público (art. 13.2.b)) como una justa exigencia del bien común en una sociedad democrática (art. 32.2).

64. En efecto, una acepción posible del orden público dentro del marco de la Convención, hace referencia a las condiciones que aseguran el funcionamiento armónico y normal de las instituciones sobre la base de un sistema coherente de valores y principios. En tal sentido podrían justificarse restricciones al ejercicio de ciertos derechos y libertades para asegurar el orden público. La Corte interpreta que el alegato según el cual la colegiación obligatoria es estructuralmente el modo de organizar el ejercicio de las profesiones en general y que ello justifica que se someta a dicho régimen también a los periodistas, implica la idea de que tal colegiación se basa en el orden público.

65. El bien común ha sido directamente invocado como uno de los justificativos de la colegiación obligatoria de los periodistas, con base en el artículo 32.2 de la Convención. La Corte analizará el argumento pues considera que, con prescindencia de dicho artículo, es válido sostener, en general, que el ejercicio de los derechos garantizados por la Convención debe armonizarse con el bien común. Ello no indica, sin embargo, que, en criterio de la Corte, el artículo 32.2 sea aplicable en forma automática e idéntica a todos los derechos que la Convención protege, sobre todo en los casos en que se especifican taxativamente las causas legítimas que pueden fundar las restricciones o limitaciones para un derecho determinado. El artículo 32.2 contiene un enunciado general que opera especialmente en aquellos casos en que la Convención, al proclamar un derecho, no dispone nada en concreto sobre sus posibles restricciones legítimas.

66. Es posible entender el bien común, dentro del contexto de la Convención, como un concepto referente a las condiciones de la vida social que permiten a los integrantes de la sociedad alcanzar el mayor grado de desarrollo personal y la mayor vigencia de los valores democráticos. En tal sentido, puede considerarse como un imperativo del bien común la organización de la vida social en forma que se fortalezca el funcionamiento de las instituciones democráticas y se preserve y promueva la plena realización de los derechos de la persona humana. De ahí que los alegatos que sitúan la colegiación obligatoria como un medio para asegurar la responsabilidad y la ética profesionales y, además, como una garantía de la libertad e independencia de los periodistas frente a sus patronos, deben considerarse fundamentados en la idea de que dicha colegiación representa una exigencia del bien común.

67. No escapa a la Corte, sin embargo, la dificultad de precisar de modo unívoco los conceptos de "orden público" y "bien común", ni que ambos conceptos pueden ser usados tanto para afirmar los derechos de la persona frente al poder público, como para justificar limitaciones a esos derechos en nombre de los intereses colectivos. A este respecto debe subrayarse que de ninguna manera podrían invocarse el "orden público" o el "bien común" como medios para suprimir un derecho garantizado por la Convención o para desnaturalizarlo o privarlo de contenido real (ver el art. 29.a) de la Convención). Esos conceptos, en cuanto se invoquen como fundamento de limitaciones a los derechos humanos, deben ser objeto de una interpretación estrictamente ceñida a las "justas exigencias" de "una sociedad democrática" que tenga en cuenta el equilibrio entre los distintos intereses en juego y la necesidad de preservar el objeto y fin de la Convención.

68. La Corte observa que la organización de las profesiones en general, en colegios profesionales, no es per se contraria a la Convención sino que constituye un medio de regulación y de control de la fe pública y de la ética a través de la actuación de los colegas. Por ello, si se considera la noción de orden público en el sentido referido anteriormente, es decir, como las condiciones que aseguran el

funcionamiento armónico y normal de las instituciones sobre la base de un sistema coherente de valores y principios, es posible concluir que la organización del ejercicio de las profesiones está implicada en ese orden.

69. Considera la Corte, sin embargo, que el mismo concepto de orden público reclama que, dentro de una sociedad democrática, se garanticen las mayores posibilidades de circulación de noticias, ideas y opiniones, así como el más amplio acceso a la información por parte de la sociedad en su conjunto. La libertad de expresión se inserta en el orden público primario y radical de la democracia, que no es concebible sin el debate libre y sin que la disidencia tenga pleno derecho de manifestarse. En este sentido, la Corte adhiere a las ideas expuestas por la Comisión Europea de Derechos Humanos cuando, basándose en el Preámbulo de la Convención Europea, señaló:

> *que el propósito de las Altas Partes Contratantes al aprobar la Convención no fue concederse derechos y obligaciones recíprocos con el fin de satisfacer sus intereses nacionales sino... establecer un orden público común de las democracias libres de Europa con el objetivo de salvaguardar su herencia común de tradiciones políticas, ideales, libertad y régimen de derecho. ("Austria vs. Italy", Application No.788/60, European Yearbook of Human Rights, vol.4, (1961), pág. 138).*

También interesa al orden público democrático, tal como está concebido por la Convención Americana, que se respete escrupulosamente el derecho de cada ser humano de expresarse libremente y el de la sociedad en su conjunto de recibir información.

70. La libertad de expresión es una piedra angular en la existencia misma de una sociedad democrática. Es indispensable para la formación de la opinión pública. Es también ***conditio sine qua non*** *para que los partidos políticos, los sindicatos, las sociedades científicas y culturales, y en general, quienes deseen influir sobre la colectividad puedan desarrollarse plenamente. Es, en fin, condición para que la comunidad, a la hora de ejercer sus opciones, esté suficientemente informada. Por ende, es posible afirmar que una sociedad que no está bien informada no es plenamente libre.*

71. Dentro de este contexto el periodismo es la manifestación primaria y principal de la libertad de expresión del pensamiento y, por esa razón, no puede concebirse meramente como la prestación de un servicio al público a través de la aplicación de unos conocimientos o capacitación adquiridos en una universidad o por quienes están inscritos en un determinado colegio profesional, como podría suceder con otras profesiones, pues está vinculado con la libertad de expresión que es inherente a todo ser humano.

72. El argumento según el cual una ley de colegiación obligatoria de los periodistas no difiere de la legislación similar, aplicable a otras profesiones, no tiene en cuenta el problema fundamental que se plantea a propósito de la compatibilidad entre dicha ley y la Convención. El problema surge del hecho de que el artículo 13 expresamente protege la libertad de "buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole... ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa..." La profesión de periodista – lo que hacen los periodistas – implica precisamente el buscar, recibir y difundir información. El ejercicio del periodismo, por tanto, requiere que una persona se involucre en actividades que están definidas o encerradas en la libertad de expresión garantizada en la Convención.

73. Esto no se aplica, por ejemplo, al ejercicio del derecho o la medicina; a diferencia del periodismo, el ejercicio del derecho o la medicina – es decir, lo que

hacen los abogados o los médicos – no es una actividad específicamente garantizada por la Convención. Es cierto que la imposición de ciertas restricciones al ejercicio de la abogacía podría ser incompatible con el goce de varios derechos garantizados por la Convención. Por ejemplo, una ley que prohibiera a los abogados actuar como defensores en casos que involucren actividades contra el Estado, podría considerarse violatoria del derecho de defensa del acusado según el artículo 8 de la Convención y, por lo tanto, ser incompatible con ésta. Pero no existe un sólo derecho garantizado por la Convención que abarque exhaustivamente o defina por sí solo el ejercicio de la abogacía como lo hace el artículo 13 cuando se refiere al ejercicio de una libertad que coincide con la actividad periodística. Lo mismo es aplicable a la medicina.

74. Se ha argumentado que la colegiación obligatoria de los periodistas lo que persigue es proteger un oficio remunerado y que no se opone al ejercicio de la libertad de expresión, siempre que ésta no comporte un pago retributivo, y que, en tal sentido, se refiere a una materia distinta a la contenida en el artículo 13 de la Convención. Este argumento parte de una oposición entre el periodismo profesional y el ejercicio de la libertad de expresión, que la Corte no puede aprobar. Según ésto, una cosa sería la libertad de expresión y otra el ejercicio profesional del periodismo, cuestión esta que no es exacta y puede, además, encerrar serios peligros si se lleva hasta sus últimas consecuencias. ***El ejercicio del periodismo profesional no puede ser diferenciado de la libertad de expresión, por el contrario, ambas cosas están evidentemente imbricadas, pues el periodista profesional no es, ni puede ser, otra cosa que una persona que ha decidido ejercer la libertad de expresión de modo continuo, estable y remunerado.*** *Además, la consideración de ambas cuestiones como actividades distintas, podría conducir a la conclusión que las garantías contenidas en el artículo 13 de la Convención no se aplican a los periodistas profesionales.*

75. Por otra parte, el argumento comentado en el párrafo anterior, no tiene en cuenta que la libertad de expresión comprende dar y recibir información y tiene una doble dimensión, individual y colectiva. Esta circunstancia indica que el fenómeno de si ese derecho se ejerce o no como profesión remunerada, no puede ser considerado como una de aquellas restricciones contempladas por el artículo 13.2 de la Convención porque, sin desconocer que un gremio tiene derecho de buscar las mejores condiciones de trabajo, ésto no tiene por qué hacerse cerrando a la sociedad posibles fuentes de donde obtener información.

76. La Corte concluye, en consecuencia, que las razones de orden público que son válidas para justificar la colegiación obligatoria de otras profesiones no pueden invocarse en el caso del periodismo, pues conducen a limitar de modo permanente, en perjuicio de los no colegiados, el derecho de hacer uso pleno de las facultades que reconoce a todo ser humano el artículo 13 de la Convención, lo cual infringe principios primarios del orden público democrático sobre el que ella misma se fundamenta.

77. Los argumentos acerca de que la colegiación es la manera de garantizar a la sociedad una información objetiva y veraz a través de un régimen de ética y responsabilidad profesionales han sido fundados en el bien común. Pero en realidad como ha sido demostrado, el bien común reclama la máxima posibilidad de información y es el pleno ejercicio del derecho a la expresión lo que la favorece. Resulta en principio contradictorio invocar una restricción a la libertad de expresión como un medio para garantizarla, porque es desconocer el carácter radical y primario de ese

derecho como inherente a cada ser humano individualmente considerado, aunque atributo, igualmente, de la sociedad en su conjunto. Un sistema de control al derecho de expresión en nombre de una supuesta garantía de la corrección y veracidad de la información que la sociedad recibe puede ser fuente de grandes abusos y, en el fondo, viola el derecho a la información que tiene esa misma sociedad.

78. Se ha señalado igualmente que la colegiación de los periodistas es un medio para el fortalecimiento del gremio y, por ende, una garantía de la libertad e independencia de esos profesionales y un imperativo del bien común. No escapa a la Corte que la libre circulación de ideas y noticias no es concebible sino dentro de una pluralidad de fuentes de información y del respeto a los medios de comunicación. Pero no basta para ello que se garantice el derecho de fundar o dirigir órganos de opinión pública, sino que es necesario también que los periodistas y, en general, todos aquéllos que se dedican profesionalmente a la comunicación social, puedan trabajar con protección suficiente para la libertad e independencia que requiere este oficio. Se trata, pues, de un argumento fundado en un interés legítimo de los periodistas y de la colectividad en general, tanto más cuanto son posibles e, incluso, conocidas las manipulaciones sobre la verdad de los sucesos como producto de decisiones adoptadas por algunos medios de comunicación estatales o privados.

79. En consecuencia, la Corte estima que la libertad e independencia de los periodistas es un bien que es preciso proteger y garantizar. Sin embargo, en los términos de la Convención, ***las restricciones autorizadas para la libertad de expresión deben ser las "necesarias para asegurar" la obtención de ciertos fines legítimos, es decir que no basta que la restricción sea útil (supra 46) para la obtención de ese fin, ésto es, que se pueda alcanzar a través de ella, sino que debe ser necesaria, es decir que no pueda alcanzarse razonablemente por otro medio menos restrictivo de un derecho protegido por la Convención. En este sentido, la colegiación obligatoria de los periodistas no se ajusta a lo requerido por el artículo 13.2 de la Convención, porque es perfectamente concebible establecer un estatuto que proteja la libertad e independencia de todos aquellos que ejerzan el periodismo, sin necesidad de dejar ese ejercicio solamente a un grupo restringido de la comunidad.***

80. También está conforme la Corte con la necesidad de establecer un régimen que asegure la responsabilidad y la ética profesional de los periodistas y que sancione las infracciones a esa ética. Igualmente considera que puede ser apropiado que un Estado delegue, por ley, autoridad para aplicar sanciones por las infracciones a la responsabilidad y ética profesionales. Pero, en lo que se refiere a los periodistas, deben tenerse en cuenta las restricciones del artículo 13.2 y las características propias de este ejercicio profesional a que se hizo referencia antes (supra 72-75).

81. ***De las anteriores consideraciones se desprende que no es compatible con la Convención una ley de colegiación de periodistas que impida el ejercicio del periodismo a quienes no sean miembros del colegio y limite el acceso a éste a los graduados en una determinada carrera universitaria. Una ley semejante contendría restricciones a la libertad de expresión no autorizadas por el artículo 13.2 de la Convención y sería, en consecuencia, violatoria tanto del derecho de toda persona a buscar y difundir informaciones e ideas por cualquier medio de su elección, como del derecho de la colectividad en general a recibir información sin trabas.***

Também a Organização dos Estados Americanos (OEA), por meio da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, tem defendido que a exigência

de diploma universitário em jornalismo como condição obrigatória para o exercício dessa profissão viola o direito à liberdade de expressão.

O Informe Anual da Comissão Interamericana de Direitos Humanos, de 25 de fevereiro de 2009, elaborado pela Dra. Catalina Botero, Relatora Especial da OEA para a Liberdade de Expressão, traz conclusões nesse sentido:

> ***G. Los periodistas y los medios de comunicación social***
>
> ***1. Importancia del periodismo y de los medios para la democracia; caracterización del periodismo bajo la Convención Americana***
>
> *177. El periodismo, en el contexto de una sociedad democrática, representa una de las manifestaciones más importantes de la libertad de expresión e información. Las labores periodísticas y las actividades de la prensa son elementos fundamentales para el funcionamiento de las democracias, ya que son los periodistas y los medios de comunicación quienes mantienen informada a la sociedad sobre lo que ocurre y sus distintas interpretaciones, condición necesaria para que el debate público sea fuerte, informado y vigoroso. También es claro que una prensa independiente y crítica es un elemento fundamental para la vigencia de las demás libertades que integran el sistema democrático.*
>
> *178. En efecto, la jurisprudencia interamericana ha sido consistente en reafirmar que, en tanto piedra angular de una sociedad democrática, la libertad de expresión es una condición esencial para que la sociedad esté suficientemente informada; que la máxima posibilidad de información es un requisito del bien común, y es el pleno ejercicio de la libertad de información el que garantiza tal circulación máxima; y que la libre circulación de ideas y noticias no es concebible sino dentro de una pluralidad de fuentes de información, y del respeto a los medios de comunicación.*
>
> *179. La importancia de la prensa y del status de los periodistas se explica, en parte, por la indivisibilidad entre la expresión y la difusión del pensamiento y la información, y por el hecho de que una restricción a las posibilidades de divulgación representa, directamente y en la misma medida, un límite al derecho a la libertad de expresión, tanto en su dimensión individual como en su dimensión colectiva. De allí que, en criterio de la Corte Interamericana, las restricciones a la circulación de información por parte del Estado deban minimizarse, en atención a la importancia de la libertad de expresión en una sociedad democrática y la responsabilidad que tal importancia impone a los periodistas y comunicadores sociales.*
>
> *180. El vínculo directo que tiene con la libertad de expresión diferencia al periodismo de otras profesiones. En criterio de la Corte Interamericana, el ejercicio del periodismo implica que una persona se involucre en actividades definidas o comprendidas en la libertad de expresión que la convención Americana protege específicamente, las cuales están específicamente garantizadas mediante un derecho que coincide en su definición con la actividad periodística. Así, el ejercicio profesional del periodismo no puede diferenciarse del ejercicio de la libertad de expresión – por ejemplo atendiendo al criterio de la remuneración –: son actividades 'evidentemente imbricadas', y el periodista profesional es simplemente quien ejerce su libertad de expresión en forma continua, estable y remunerada. Por su estrecha imbricación con la libertad de expresión, el periodismo no puede concebirse simplemente como la prestación de un servicio profesional al público mediante la aplicación de conocimientos adquiridos en una universidad, o por quienes están inscritos en un determinado colegio profesional (como podría suceder con otros*

profesionales), pues el periodismo se vincula con la libertad de expresión inherente a todo ser humano. En términos de la Corte, los periodistas se dedican profesionalmente al ejercicio de la libertad de expresión definida expresamente en la Convención, a través de la comunicación social.

181. Por lo tanto, para la jurisprudencia interamericana, las razones de orden público que justifican la colegiatura de otras profesiones no se pueden invocar válidamente en caso del periodismo, porque llevan a limitar en forma permanente, en perjuicio de los no colegiados, el derecho a hacer pleno uso de las facultades que el artículo 13 reconoce a toda persona, "lo cual infringe principios primarios del orden público democrático sobre el que ella misma se fundamenta". En este sentido el principio 6 de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana expresa que "la colegiación obligatoria o la exigencia de títulos para el ejercicio de la actividad periodística, constituyen una restricción ilegítima a la libertad de expresión."

182. En el mismo sentido, los Relatores Especiales de la ONU, la OEA y la OSCE sobre Libertad de Expresión, en su Declaración Conjunta de 2003, recordaron que "el derecho a la libertad de expresión garantiza a todas las personas la libertad de buscar, recibir y difundir información a través de cualquier medio y que, como consecuencia de ello, los intentos de limitar el acceso al ejercicio del periodismo son ilegítimos", y en consecuencia declararon (i) que "a los periodistas no se les debe exigir licencia o estar registrados", (ii) que "no deben existir restricciones legales en relación con quiénes pueden ejercer el periodismo", (iii) que "los esquemas de acreditación a periodistas sólo son apropiados si son necesarios para proveerles de acceso privilegiado a algunos lugares y/o eventos; dichos esquemas deben ser supervisados por órganos independientes y las decisiones sobre la acreditación deben tomarse siguiendo un proceso justo y transparente, basado en criterios claros y no discriminatorios, publicados con anterioridad"; y (iv) que "la acreditación nunca debe ser objeto de suspensión solamente con base en el contenido de las informaciones de un periodista".

183. Ahora bien, en cuanto a los medios de comunicación social, la jurisprudencia interamericana ha resaltado que éstos cumplen un papel esencial en tanto vehículos o instrumentos para el ejercicio de la libertad de expresión e información, en sus dimensiones individual y colectiva, en una sociedad democrática. La libertad de expresión es particularmente importante en su aplicación a la prensa; a los medios de comunicación compete la tarea de transmitir información e ideas sobre asuntos de interés público, y el público tiene derecho a recibirlas. En tal sentido, el Relator Especial de las Naciones Unidas para la Libertad de Opinión y Expresión, el Representante de la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa para la Libertad de los Medios de Comunicación y el Relator Especial de la OEA para la Libertad de Expresión afirmaron, en su declaración conjunta de 1999, que "los medios de comunicación independientes y pluralistas son esenciales para una sociedad libre y abierta y un gobierno responsable.

Concluo, portanto, no sentido de que o art. 4º, inciso V, do Decreto-Lei 972, de 1969, não foi recepcionado pela Constituição de 1988.

Não se esqueça que, tal como o Decreto-Lei 911/1969 – que equiparava, para todos os efeitos legais, inclusive a prisão civil, o devedor-fiduciante ao depositário infiel na hipótese do inadimplemento das obrigações pactuadas no contrato de alienação fiduciária em garantia – o qual foi declarado inconstitucional

por esta Corte no recente julgamento do RE 349.703 (Rel. p/ o ac. Min. Gilmar Mendes) e do RE 466.343 (Rel. Min. Cezar Peluso)[31], o Decreto-Lei 972, também de 1969, foi editado sob a égide do regime ditatorial instituído pelo Ato Institucional 5, de 1968. Também assinam este Decreto as três autoridades militares que estavam no comando do país na época: os Ministros da Marinha de Guerra, do Exército e da Aeronáutica Militar, usando das atribuições que lhes conferiu o Ato Institucional 16, de 1969, e o Ato institucional 5, de 1968. Está claro que a exigência de diploma de curso superior em jornalismo para o exercício da profissão tinha uma finalidade de simples entendimento: afastar dos meios de comunicação intelectuais, políticos e artistas que se opunham ao regime militar. Fica patente, assim, que o referido ato normativo atende a outros valores que não estão mais vigentes em nosso Estado Democrático de Direito. Assim como ficou consignado naquele julgamento, reafirmo que não só o Decreto-Lei 911/1969, como também este Decreto-Lei 972/1969 não passaria sob o crivo do Congresso Nacional no contexto do atual Estado constitucional, em que são assegurados direitos e garantias fundamentais a todos os cidadãos.

Esses são os fundamentos que me levam a conhecer dos recursos e a eles dar provimento.

É como voto.

VOTO

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Senhor Presidente, louvando o belíssimo voto de Vossa Excelência, que acompanho, eu chamaria mesmo a atenção para o fato de que, se esse decreto-lei, como acaba de mencionar ao final do voto Vossa Excelência, fosse sob a égide da Constituição de 1967, ele seria inconstitucional, porque o art. 58 somente dava atribuição ao Presidente da República para expedir decretos-leis sobre segurança nacional e finanças públicas. Se fosse sob a Emenda 1, de 1969, ele já não seria recepcionado naquele mesmo dia da sua edição porque o art. 55 da Emenda Constitucional 1 também atribuía exclusivamente ao Presidente expedir decretos-leis sobre:

> Art. 55. (...)
> I – segurança nacional;
> II – finanças públicas, inclusive normas tributárias; e
> III – criação de cargos públicos e fixação de vencimentos.

Ou seja, ainda que tivesse sido examinada a recepção sob a Emenda 1, observada como Constituição brasileira ou como Carta, de toda sorte ele já não seria recepcionado naquele dia.

Mas a epígrafe mostra que o embasamento chamado é o § 1º do art. 2º do AI 5. E precisamente por isso é que, ao contrário do que foi dito da tribuna de

---

[31] STF, Pleno, RE 349.703, Rel. p/ o ac. Min. Gilmar Mendes, julg. em 3-12-2008. STF, Pleno, RE 466.343, Rel. Min. Cezar Peluso, julg. em 3-12-2008.

que o art. 1º desse decreto-lei fixa ser livre o exercício da profissão aos que cumprirem as exigências deste decreto-lei, ou seja, ele se contradiz, na mesma hora, para afirmar a finalidade fixada.

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente e Relator): A finalidade segundo a lei.

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Exatamente. Que não será livre essa profissão. Só por isso já não poderia ser recepcionada em face do art. 5º, inciso XIII, da Constituição, certamente dentro da tônica posta por Vossa Excelência.

Não tenho dúvida nenhuma em que, tanto material quanto formalmente, não há recepção do Decreto-Lei 972 pela Constituição de 1988. Eu poderia afirmar e tenho como fundamento exatamente como posto por Vossa Excelência; não há razão de ser juridicamente aceitável, constitucionalmente aceitável, em face do que dispõem os incisos IV, IX e XIII da Constituição; não há critério de proporcionalidade possível de ser acolhido, eu acho, em face do sistema constitucional brasileiro, a fixação do art. 4º, no seu inciso V, do decreto-lei, e não há também possibilidade de compatibilizá-lo com o art. 13 da Convenção do Tratado de São José da Costa Rica.

Portanto, em tudo e por tudo, eu o acompanho integralmente, cumprimentando Vossa Excelência pelo brilhantismo do voto.

VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Senhor Presidente, cumprimento Vossa Excelência pelo substancioso voto que proferiu, e trago umas pequeníssimas notas que peço vênia para veicular:

> Eu também peço vênia para assentar que o Decreto-Lei 972/1969, no ponto em que exige diploma de curso superior de jornalismo para o exercício da profissão de jornalista, bem como registro no órgão profissional competente, não foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988.
>
> Eu começo reconhecendo que, de fato, o art. 5º, XIII, da Carta Política assegura a liberdade ao exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, desde que, na dicção constitucional sejam "atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer".
>
> Mas observo que a faculdade de restringir tais liberdades, que o constituinte delegou ao legislador ordinário, dirige-se às atividades cujo exercício exija conhecimentos técnicos específicos, o que não é o caso da profissão de jornalista, para a qual não se requer um saber particular.
>
> Com efeito, o jornalismo constitui uma atividade intelectual – de inegável valor social – que prescinde de diploma superior especializado, obtido em uma faculdade de comunicação, exigindo, antes e tão somente, daqueles que se dedicam a esse nobre ofício, sólida formação cultural, amplo conhecimento da língua pátria, inabalável postura ética e permanente compromisso com a verdade dos fatos e com o bem comum.
>
> O referido inciso XIII do art. 5º, em atenção à boa técnica hermenêutica, deve ser confrontado com o disposto no inciso IX do mesmo artigo da Lei Maior, que

garante a livre expressão da atividade intelectual, artística e de comunicação, independentemente de censura ou licença.

Esse preceito, como se sabe, é repetido no art. 220, que inicia o capítulo do texto magno voltado à Comunicação Social, de cujo teor se extrai que a manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação, sob qualquer forma, processo ou veículo, em especial aquela vinda a lume por meio de jornais, não sofrerão quaisquer restrições, salvo aquelas parcimoniosamente assinaladas na própria Constituição.

Como bem observou o saudoso mestre Geraldo Ataliba, em parecer datado de 21 de fevereiro de 1992, especialmente elaborado para o deslinde da questão:

> "A consideração dos princípios e regras constitucionais, envolvidos e, principalmente, dos valores promovidos e protegidos pelo Texto Constitucional robustece-nos a convicção de que a menção, no artigo 200 [sic] diz ele 200, mas é 220, *lapsus calami* cometido pelo eminente professor à qualificação profissional, jamais significa consentimento para que o legislador ordinário exija 'diploma de jornalista' aos jornalistas. Implica, sim, que a lei disponha de modo a condicionar a veiculação de informações sobre assuntos que envolvam certos valores – individual ou socialmente relevantes – à consulta a fontes qualificadas 'formalmente', de modo a assegurar a fidelidade científica (ou técnica) da informação e evitar que comentários técnicos ou informações científicas possam induzir comportamentos, dos informados, danosos individual ou socialmente."

O Decreto-Lei 972/69, tal como a Lei de Imprensa, que acaba de ser declarada inconstitucional por esta Suprema Corte, representa mais um resquício do regime de exceção – um "entulho" do autoritarismo, como se costuma dizer –, cujo escopo era, inequivocamente, controlar as informações veiculdas pelos meios de comunicação, em especial pelos jornais, afastando das redações intelectuais e políticos que faziam oposição ao governo de então.

A plena liberdade de expressão do pensamento, isenta de quaisquer restrições ou empecilhos de caráter legal ou burocrático, que encontra abrigo na nova ordem constitucional, mostra-se, ademais, inteiramente consentânea com os tratados internacionais de proteção dos direitos humanos, em especial com o Pacto de São José da Costa Rica, internalizado pelo Decreto 678/1992 – e que integra o patrimônio de direitos implícitos da cidadania, a teor do § 2º do art. 5º da Constituição –, o qual, em seu art. 13.3, significativamente, consigna que:

> "Não se pode restringir o direito de expressão por vias ou meios indiretos, tais como abuso de controles oficiais ou particulares de papel de imprensa, de frequências radioelétricas ou de equipamentos e aparelhos usados na difusão de informação, nem por quaisquer outros meios destinados a obstar a comunicação e a circulação de idéias e opiniões."

Então, Senhor Presidente, sufragando inteiramente os argumentos de Vossa Excelência, e esses aduzidos pela Ministra Cármen Lúcia, dou provimento aos recursos.

VOTO
(Antecipação)

O Sr. Ministro Eros Grau: Senhor Presidente, é verdade. Estudei este assunto e emiti um parecer há algum tempo, mas era em tese, não se referia a nenhum caso concreto, de modo que não sinto o menor constrangimento em votar.

Acompanho o voto de Vossa Excelência. O único senão que eu a ele oporia respeita a generosidade de citar esse meu parecer.

Tenho voto escrito, longo, que não o lerei, cujo teor é o seguinte:

> Não posso deixar de introduzir algumas observações sobre o fenômeno do *recebimento* – costuma-se dizer, deselegantemente, "recepção" – da legislação anterior por uma nova Constituição. A legislação infraconstitucional com ela incompatível é, no advento dessa nova Constituição, repudiada. Desaparece; perde vigência. A circunstância de ser ela compatível com a ordem constitucional decaída não conduz ao seu automático recebimento pela nova ordem. Para que este se dê, é imprescindível que a parcela de legislação infraconstitucional em questão guarde compatibilidade com a nova Constituição[32]. Se, contudo, a contrariar, terá por ela sido revogada, como – na feliz síntese do Ministro *Paulo Brossard*[33] – aconteceria com qualquer lei que a sucedesse.
>
> Não obstante, toda a porção da legislação infraconstitucional que a ela se mantenha adequada continua a ter existência, embora de modo renovado, visto que novo é o seu fundamento derradeiro de validade: a nova Constituição. Dá-se, então, o fenômeno do recebimento [a *recepção*][34], que consubstancia um procedimento abreviado de criação do direito[35].
>
> 2. Em breve artigo publicado logo após a promulgação da Constituição de 1988, *Geraldo Ataliba* compôs uma das mais belas páginas já desenvolvidas sobre o assunto[36]:
>
> > "No dia da promulgação da nova Constituição nasceu o estado brasileiro atual. Surgiu assim, por obra da nova Constituição, um novo Estado. O antigo – baseado na Carta de 67/69 – desapareceu. Juridicamente, tudo é novo: a ordem jurídica inteira instaura-se; as instituições inauguram-se, no momento da promulgação da Constituição. A ordem jurídica nova é rigorosamente virgem, intocada, inovadora e novidadeira. Toda a ordenação jurídica, que emana do Estado, surge nesse momento. O novo Estado, do ponto de vista jurídico, nasce do ato constituinte, com a promulgação da Constituição. É verdade que esta entidade jurídica apóia-se, superpõe-se a uma sociedade política já existente; comunidade complexa que, sob perspectiva sociológica, continua; tem a sua continuidade. Daí dizer-se que a Nação continua e o estado morre, para dar lugar a outro estado. Entretanto, juridicamente, tudo passa a ser inovador. As leis antigas ficam no passado. A legislação velha toda, a ordem jurídica antiga, integral, desaparece, sucumbe com a emergência da nova Constituição. Fica

---

[32] A Constituição de 1891, em seu art. 83, afirmou expressamente a recepção das "leis do antigo regime", que continuariam em vigor, enquanto não revogadas, no que explicita ou implicitamente não fosse contrário ao sistema de governo firmado pela Constituição e aos princípios nela consagrados. No mesmo sentido, o art. 187 da Constituição de 1934. Isso, no entanto, não se fazia necessário, visto que, no quanto fosse compatível – repita-se – com a nova ordem constitucional, a legislação infraconstitucional teria sido por ela recebida.

[33] "Constituição e leis a ela anteriores", in *RTDP* 4/30.

[34] Vide *CERQUEIRA, Marcelo. A Constituição e o direito anterior:* o fenômeno da recepção. Centro de Documentação e Informação da Câmara dos Deputados, Brasília, 1995, p. 63-83.

[35] Cf. KELSEN, *Teoria generale del Diritto e dello Stato*, trad. italiana, Milano, Ed. Comunità, 1952, p. 119.

[36] "Efeitos da nova Constituição", in *Boletim AASP* 1562, Suplemento, 23-11-1988, p. 3.

perempta. As normas jurídicas antigas ficam na história. Por isso, igualam-se, num só plano histórico, todas as leis, todas as normas, toda a ordenação passada; seja a da semana passada, seja a dos séculos passados. Tudo fica igualmente histórico. Todas ficam no mesmo plano, como páginas viradas, igualmente, identicamente. Lado a lado, ficam as Ordenações Manuelinas, as Filipinas, a Constituição de 1824 e a Carta Constitucional de 1967/69.

O novo Estado, evidentemente, emerge com novos órgãos, novo Poder Legislativo, novo Poder Executivo, novo Poder Judiciário; todas as instituições que a Constituição de 1988 cria e plasma são novas. A ordem jurídica é igualmente nova.

Alguns afirmam que são revogadas as leis existentes, no que colidem com a letra ou o espírito da nova Constituição. Acreditamos que o fenômeno da revogação não é explicação cabal. O que se dá é mais, muito mais radical: o desaparecimento, a total, a absoluta e irremissível perempção da legislação ainda vigente no dia anterior, exatamente porque o seu fundamento jurídico estava numa Constituição que desapareceu [esta sim, revogada categoricamente]. Na verdade, o que se observa é que todas as normas infraconstitucionais que não sejam incompatíveis com a nova Constituição são – na medida do estabelecido pela própria Constituição – 'recebidas', para integrar a nova ordenação, e assim, nascem, por ela acolhidas. As incompatíveis desaparecem, caducam com a velha Constituição; e desaparecem porque seu fundamento, sua base é banida do universo jurídico.

A nova ordem jurídica recepciona as normas infraconstitucionais não incompatíveis com a Constituição. Ninguém poderá dizer que esta nova lei tem por fundamento a Constituição anterior. Não, estas leis – que são novas por força de terem sido recebidas – têm o espírito e tomam por base a nova Constituição. Há aí novação. Imediatamente, automaticamente a ela submetem-se" [negrito no original].

3. O fato é que o advento de uma Constituição nova não paralisa o movimento da ordem jurídica infraconstitucional, pois o direito, instância da realidade social, é movimento, não linguagem congelada. A exposição do saudoso *Ataliba* é cristalina: todos os enunciados normativos que guardem compatibilidade com o novo texto de Constituição são por ela recebidos, nela se nutrindo de vigor.

Aqui tudo se passa como se a porção da legislação infraconstitucional que mantenha adequação à nova Constituição fosse em um átimo refeita; é desnecessário o cumprimento de todos os passos do processo legislativo para que se dê a inovação, através dessa porção legislativa, da nova ordem jurídica.

4. Daí por que cumpre prontamente analisarmos o texto do Decreto-Lei 972/1969 em face da Constituição de 1988, no seu todo, considerando-se, todavia, e de modo especial, o texto do inciso XIII do seu art. 5º.

5. Diz o texto:

"XIII – é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer".

De modo diverso, as Constituições anteriores mencionavam, em lugar de "qualificações profissionais que a lei estabelecer", "condições de capacidade que a lei estabelecer" [37].

---

[37] EC 1/1969, art. 153, § 23; Constituição de 1967, art. 150, § 23; Constiuição de 1946, art. 141, § 14; Const. de 1934, art. 133, 13, que também mencionava "e outras que a lei estabelecer, dictadas pelo interesse público"; a Carta de 1937 mencionava também "restrições impostas pelo bem público" (art. 122, 8).

Em linhas gerais, no entanto, há paralelismo entre "qualificações profissionais" e "condições de capacidade"; note-se bem que a própria Constituição de 1988 atribui à União competência para legislar sobre "organização do sistema nacional de emprego e condições para o exercício de profissões" [38].

A questão que se põe diz com a necessidade de sabermos quais as atividades cujo exercício a Constituição admite devam estar condicionadas a qualificações profissionais estabelecidas pela lei.

A proximidade, no contexto, entre *capacidade* e *qualificação profissional* me permite lembrar afirmação de *Oswaldo Aranha Bandeira de Mello* em voto memorável[39]: "o problema da capacidade é um problema de requisito para o exercício de determinada atividade". O problema da *qualificação profissional*, diremos, é, da mesma forma, um problema de requisito para o exercício de determinada atividade.

Eis, pois, a questão: quando pode [= deve] o legislador ordinário impor ao profissional a exigência de qualificação (profissional) como requisito para o exercício de sua atividade?

6. Comentando o § 14 do art. 141 da Constituição de 1946, *Carlos Maximiliano* observa inicialmente[40] que em face do § 14 "não se admitem limitações senão em caráter amplo, sem distinguir entre indivíduos nem entre as classes; ressalve-se, apenas, o interesse coletivo, isto é, a segurança individual, a ordem, a moral e a higiene. Daí se não deduz a dispensa de provas de habilitação para o exercício de certas profissões como a de médico, cirurgião, farmacêutico, dentista, condutor de veículos urbanos, piloto. Trata-se, nesse caso, da saúde e da vida dos cidadãos, pelos quais deve o Estado velar paternalmente".

E diz ainda ele, mais adiante[41]: "Quanto às profissões liberais só é lícita a exigência da prova de capacidade. Qualquer outra restrição ou regulamentação seria incompatível com a liberdade assegurada pelo estatuto supremo" [42].

Note-se bem que *Carlos Maximiliano* admite a sujeição dos profissionais liberais exclusivamente a uma "prova de capacidade", sem que isso os obrigue a frequentar qualquer curso.

A Constituição de 1891 afirmava incondicionalmente o livre exercício de qualquer profissão (art. 72, § 24); a de 1824 afirmava que "Nenhum genero de trabalho, de cultura, de industria, ou commercio póde ser prohibido, uma vez que não se opponha aos costumes publicos, à segurança, e saude dos Cidadãos" (art. 179, XXIV).

[38] A EC 1/1969 e a Constituição de 1967 mencionam "condições de capacidade para o exercício das profissões liberais e técnico-científicas", ambas nos seus respectivos art. 8º, XVII, alínea *r*. A Constituição de 1946 menciona "condições de capacidade para o exercício das profissões técnico-científicas e liberais" (art. 5º, XV, *p*).

[39] Voto no MS 111.910, TJSP (in *RT* 338:259).

[40] *Comentários à Constituição Brasileira*, vol. III, quarta edição, Rio de Janeiro, Livraria Freitas Bastos, 1948, p. 83.

[41] *Comentários à Constituição Brasileira*, cit., p. 90.

[42] De todo modo, completa o Autor em nota de rodapé: "É claro que permanecem as restrições exigidas pelo bem público e pela moral: não podem advogar os menores, os juízes, os escrivães, os inibidos, por sentença, de exercer ofício público ou de procurar em juízo, os ascendentes e os descendentes da parte adversa (Código Civil Brasileiro, art. 1.325)" (*Comentários à Constituição Brasileira*, cit., p. 90). O Código Civil referido é o de 1.916. Esse seu art. 1.325 não foi repetido no novo Código Civil que, em relação ao mandato judicial, determina, laconicamente, a subordinação às normas que lhe digam respeito na legislação processual e, supletivamente, às determinações acerca do mandato, nele próprio estabelecidas (art. 692).

Conta *José Duarte*[43] que, cogitando, durante os debates travados na Assembleia Constituinte cuja Mesa promulgou a Constituição de 1946, precisamente do § 14 do seu art. 141 [inciso 15 no projeto em discussão], para combater emenda que propunha a exclusão da expressão "capacidade técnica" do texto, *Mário Masagão* argumentou observando que, se admitirmos que as condições possam ser outras, além das de capacidade técnica, estaremos destruindo a liberdade profissional no Brasil. Prossegue o relato de *José Duarte*: "Êste ponto é essencial, e para ele invoco a atenção da Comissão: se mantivermos o texto como se acha – afirma *Mário Masagão* – autorizando o legislador ordinário a estabelecer as condições de capacidade técnica para o exercício profissional, já teremos assegurado o interêsse público. *Há profissões cujo exercício diz diretamente com a vida, a saúde, a liberdade, a honra e a segurança do cidadão e, por isso a lei cerca seu exercício de determinadas condições de capacidade.* Fora dêste terreno, não podemos admitir exceções, porque estaríamos mutilando o regime democrático da Constituição e o Estado jurídico em que pretendemos ingressar, dando à lei ordinária uma fôrça que não deve e não pode ter".

Também neste sentido observa *Pontes de Miranda*, tanto nos comentários à Constituição de 1946, quanto naqueles que tiveram por objeto a Constituição de 1967[44]: "Sempre que a profissão liberal, para que o público seja bem servido e o interêsse coletivo satisfeito, requeira habilitação, não constitui violação a legislação que estabeleça o *mínimo de conhecimentos necessários*".

Mais recentemente, cuidando já do inciso XIII do art. 5º da Constituição de 1988, *Celso Antônio Bandeira de Mello*[45] anota:

> "Segue-se que há plena liberdade de trabalho, ofício ou profissão quando não forem imprescindíveis *qualificações profissionais específicas* para desempenhá-lo.
>
> Essa exigência obviamente se institui nos casos em que o tipo de atividade demanda uma aptidão qualificada e que é requerida para proteção da coletividade, dos usuários de tais serviços, vale dizer, para não expô-los a riscos.
>
> (...)
>
> Assim, o advogado, o médico, o engenheiro, para exercerem as correspondentes profissões necessitam de cursos superiores e, às vezes, até mesmo, de estágios ou exames perante o respectivo sodalício. Com efeito, aí trata-se de proteger a coletividade, impedindo que qualquer sujeito se apresente como apto a defender a honra, a liberdade, o patrimônio das pessoas ou a tratar-lhe a saúde, a vida ou, então, pretender-se-á garantir que só sujeitos especializados assumam a responsabilidade pela construção de casas, edifícios, barragens, centrais elétricas etc., a fim de evitar que, efetuados sob comando de pessoas inaptas, venham a ruir, incendiar-se, ou de qualquer modo causar danos a pessoas e bens".

---

[43] *A Constituição Brasileira de 1946*, 3º volume, Rio de Janeiro, Imprensa Nacional, 1947, p. 33.

[44] *Comentários à Constituição de 1946*, vol. IV, 2. ed., São Paulo, Max Limonad, 1953, p. 196; e *Comentários à Constituição de 1967*, tomo V, São Paulo, Editora Revista dos Tribunais, 1968, p. 498-499.

[45] "*Publicidade* – Agências e agenciadores de propaganda – privilégios corporativos – inconstitucionalidade das normas que restrigem a liberdade dos anunciantes contratarem preços, descontos ou comissões com veículos de divulgação – 'Bureau de mídia'", in *RDA* 207/352.

7. Em obra de grande importância, injustificadamente esquecida pelos dotados de memória pequena ou ignorada pelos que são assim mesmo, a grande maioria, *Sampaio Dória* [46] disserta sobre a liberdade de trabalho, averbando o quanto segue:

> "A liberdade profissional, seria engano supor que se amesquinhe com exigências desta natureza. O critério da intervenção oficial é este: se o exercício profissional pode causar danos irreparáveis sem culpa das vítimas, a lei pode exigir, de quem se proponha exercer tal profissão, prova de capacidade técnica, sem atentar contra a liberdade; se, porém, os danos, por abuso do exercício profissional, forem reparáveis, e, mesmo, evitáveis pelos outros, com a só atenção ordinária, o único juiz da sua capacidade técnica é o próprio profissional.
>
> A interferência do estado [sic], quanto à prova de capacidade técnica, nada tem que ver com a livre escolha da profissão, nem com a técnica do seu exercício. Cada um é o juiz exclusivo na escolha da profissão que pretenda, ou vá exercer. Cada um é autônomo na preferência dos processos técnicos, que julgue hábeis. Nestes dois aspectos, não se justifica a interferência prévia do estado [sic]. O que lhe cabe, é efetivar a responsabilidade pelos abusos que, no exercício de sua profissão, o profissional cometa".

Posteriormente, no curso de Direito Constitucional[47], *Sampaio Dória* reescreve o critério da intervenção estatal: "se o exercício profissional pode causar danos irreparáveis sem culpa das vítimas, a lei pode exigir, sem atentar contra a liberdade, exigir de quem se proponha exercer tal profissão, prova de capacidade técnica"[48].

Outrossim, nos comentários à Constituição de 1946[49], anota o mesmo *Sampaio Dória*:

> "A lei, para fixar as condições de capacidade, terá de inspirar-se em critério de defesa social, e não em puro arbítrio, Nem tôdas as profissões exigem condições legais de exercício. Outras, ao contrário, o exigem. A defesa social decide.
>
> Profissões há que mesmo exercidas por ineptos jamais prejudicam diretamente direito de terceiro, como a de lavrador. Se carece de técnica, só a si mesmo prejudica.
>
> Outras profissões há, porém, cujo exercício por quem não tenha capacidade técnica, como a de condutor de automóveis, piloto de navios ou aviões, prejudica diretamente direito alheio. Se mero carroceiro se arvora em médico-operador, enganando o público, sua falta de assepsia matará o paciente. Se um pedreiro se mete a construir arranha-céus, sua ignorância em resistência de materiais pode preparar desabamento do prédio e morte dos inquilinos.
>
> Daí, em defesa social, exigir a lei condições de capacidade técnica para as profissões cujo exercício possa prejudicar diretamente direitos alheios, sem culpa das vítimas".

8. Também o Poder Judiciário manifestou-se algumas vezes à respeito da questão.

---

[46] *Os direitos do homem*, São Paulo, Companhia Editora Nacional, 1942, p. 614 et seq.

[47] *Direito Constitucional*, tomo II, vol. 1º, 4 ed. rev., Max Limonad, 1958, p. 736.

[48] "Se, porém [prossegue o Autor, reproduzindo o texto anterior], os danos, por abuso do exercício profissional, forem reparáveis, e, mesmo, evitáveis pelos outros, com a só atenção ordinária, o único juiz da sua capacidade técnica é o próprio profissional."

[49] *Direito Constitucional – Comentários à Constituição de 1946*, volume 4º, São Paulo, Max Limonad, 1960, p. 637.

Entre tantas decisões, aquela contida no acórdão lavrado pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal na Rp 930, de 5 de maio de 1976, é exemplar [50]. É a seguinte a sua ementa:

"*Ementa*: – Lei 4.116, de 27-8-1962 – Inconstitucionalidade. Exercício livre de qualquer trabalho, ofício ou profissão (CF, art. 153, § 23).

É inconstitucional a lei que atenta contra a liberdade consagrada na Constituição Federal, regulamentando e consequentemente restringindo exercício de profissão que não pressupõe 'condições de capacidade'.

Representação procedente *in totum*.

Relator para o acórdão, o Ministro *Rodrigues Alckmin*, em longo voto no qual analisa o pensamento da boa doutrina, inicialmente lembrando manifestação sua a propósito do § 14 do art. 141 da Constituição de 1946, observa o seguinte:

"Assegura a Constituição, portanto, a liberdade do exercício de profissão.

Essa liberdade, dentro do regime constitucional vigente, não é absoluta, excludente de qualquer limitação por via de lei ordinária.

Tanto assim é que a cláusula final ('observadas as condições que a lei estabelecer') já revela, de maneira insofismável, a possibilidade de restrições ao exercício de certas atividades.

Mas também não ficou ao livre critério do legislador ordinário estabelecer as restrições que entenda ao exercício de qualquer gênero de atividade lícita. Se assim fosse, a garantia constitucional seria ilusória e despida de qualquer sentido.

Que adiantaria afirmar 'livre' o exercício de qualquer profissão, se a lei ordinária tivesse o poder de restringir tal exercício, a seu critério e alvitre, por meio de requisitos e condições que estipulasse, aos casos e pessoas que entendesse?

É preciso, portanto, um exame aprofundado da espécie, para fixar quais os limites a que a lei ordinária tem de ater-se, ao indicar as 'condições de capacidade'. E quais os excessos que, decorrentes direta ou indiretamente das leis ordinárias, desatendem à garantia constitucional".

Adiante, no voto do Ministro *Leitão de Abreu* encontramos a seguinte síntese:

"O primeiro e capital valor que se tutela, na aludida previsão constitucional, é o livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, valor que especialmente se protege com o erigir-se em direito individual o desempenho, por qualquer cidadão, do mister pelo qual se inclinar, por vocação ou por necessidade. O segundo valor é o interesse público, em cujo nome se autoriza o legislador a estipular condições de capacidade. Unicamente quando o interesse público imponha a observância de condições de capacidade, tomado o vocábulo em acepção ampla, para o desempenho deste ou daquele trabalho, ofício ou profissão, é lícito, por conseguinte, ao legislador regulamentar, pelo estabelecimento dos requisitos que se configurarem adequados, o desempenho deste ou daquele mister, que deixa, então, de ser livre para se tornar acessível somente aos que preenchem os pressupostos estipulados em lei.

Passará a constituir letra morta o direito individual ao livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão se deixado ao alvedrio do legislador trancar o acesso ao desempenho de qualquer atividade a quem para isso não preencher os requisitos que, a seu talante, venha a reclamar. Esses

[50] Vide também a Rp 1054, de 4 de abril de 1984.

requisitos só podem ser, pois, realmente, como demonstrou, à saciedade, o nobre Ministro Rodrigues Alckmin, os que forem compatíveis com o critério da razoabilidade, critério contrariado, frontalmente, pela Lei 4.116."

9. As longas transcrições acima se justificam na medida em que deixam bem evidenciados pontos, que se pode ter como pacificados, atinentes à questão assim enunciada: quando pode [= deve] o legislador ordinário impor ao profissional a exigência de qualificação (profissional) como requisito para o exercício de sua atividade?

Colecionados tais pontos, como se fossem aplicados a uma colagem de imagens, em um grande painel, teremos que:

(a) o problema da *qualificação profissional* é um problema de requisito para o exercício de determinada atividade;

(b) não ficou ao livre critério do legislador ordinário estabelecer as restrições que entenda ao exercício de qualquer gênero de atividade lícita; passaria a constituir letra morta o direito individual ao livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão se deixado ao alvedrio do legislador trancar o acesso ao desempenho de qualquer atividade a quem para isso não preenchesse os requisitos que, a seu talante, viesse a reclamar; esses requisitos só podem ser os que forem compatíveis com o critério da razoabilidade;

(c) há plena liberdade de trabalho, ofício ou profissão quando não forem imprescindíveis *qualificações profissionais específicas* para desempenhá-lo; essa exigência se institui nos casos em que o tipo de atividade demanda uma aptidão qualificada e que é requerida para proteção da coletividade, de modo que ela não seja exposta a riscos;

(d) mas a lei ordinária pode [= deve] exigir somente as qualificações profissionais reclamadas pelo "interesse superior da coletividade"; não se admitem limitações senão em razão do interesse coletivo, pelo qual deve o Estado velar paternalmente;

(e) se o exercício profissional pode causar danos irreparáveis sem culpa das vítimas, a lei pode exigir, sem atentar contra a liberdade, exigir de quem se proponha exercer tal profissão, prova de capacidade técnica;

(f) nem todas as profissões exigem condições legais de exercício; outras, ao contrário, o exigem; a defesa social decide; há profissões cujo exercício diz diretamente com a vida, a saúde, a liberdade, a honra e a segurança do cidadão e, por isso a lei cerca seu exercício de determinadas condições de capacidade; daí, em defesa social, exigir a lei condições de capacidade técnica para as profissões cujo exercício possa prejudicar diretamente direitos alheios, sem culpa das vítimas.

10. Cumpre verificarmos, pois, se a atividade – a profissão de jornalista – cuja regulação é objeto do Decreto-Lei 972/1969, (i) reclama *qualificações profissionais específicas*, indispensáveis à proteção da coletividade, de modo que ela não seja exposta a riscos.

Em outros termos: cumpre saber se o exercício da profissão de jornalista (ii) pode causar danos irreparáveis ou prejudicar diretamente direitos alheios, sem culpa das vítimas.

A resposta é óbvia: evidentemente, a profissão de jornalista não reclama *qualificações profissionais específicas*, indispensáveis à proteção da coletividade, de modo que ela não seja exposta a riscos; ou, em outros termos, o exercício da profissão de jornalista não se dá de modo a poder causar danos irreparáveis ou prejudicar diretamente direitos alheios, sem culpa das vítimas.

Dir-se-á, eventualmente, que a atuação do jornalista poderá, sim, prejudicar diretamente direitos alheios, sem culpa da vítima, quando, por exemplo, uma notícia não verídica, a respeito de determinada pessoa, vier a ser divulgada.

Sucede que esse não é um risco inerente à atividade, ou seja, risco que se possa evitar em função da exigência de que o jornalista frequente regularmente um curso de formação profissional, no qual deva obter aprovação. Estamos, no caso, diante de uma patologia semelhante à que se manifesta quando um motorista atropele deliberadamente um seu desafeto ou quando, em uma página de romance, o cozinheiro introduza veneno no prato a ser servido a determinado comensal. Ainda que o regular exercício da profissão de motorista coloque em risco a coletividade, o exercício regular da profissão de cozinheiro, como da profissão de jornalista, não o faz.

De qualquer modo, nenhuma dessas patologias poderá ser evitada mediante qualificação profissional, que não tem o condão de conformar o caráter de cada um. De outra parte, a divulgação de notícia não verídica por engano, o que não é corrente, decorre de causas estranhas à qualificação profissional do jornalista; basta a atenção ordinária para que erros desse tipo sejam evitados.

11. Sendo assim – isto é: desde que a profissão de jornalista não reclama *qualificações profissionais específicas*, indispensáveis à proteção da coletividade, de modo que ela não seja exposta a riscos – voto no sentido de afirmar que as disposições do Decreto-Lei 972/1969 e seu regulamento, atinentes à exigência de diploma de curso superior específico para o exercício da profissão de jornalista, não continuam em vigor; essa exigência foi derrogada por não ter sido recepcionada pela Constituição de 1988.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Britto: Senhor Presidente, acompanho o voto de Vossa Excelência, no sentido de conhecer do recurso e a ele dar provimento. Apenas avanço rapidamente alguns fundamentos, não de todo coincidentes com os lançados no magnífico voto de Vossa Excelência.

Na minha manifestação no bojo da ADPF 130, o que eu disse, em apertada síntese, foi o seguinte: tudo na liberdade de imprensa é peculiaríssimo, para não dizer único. Incomparável, portanto. O regime jurídico constitucional da liberdade de imprensa é exclusivo, não há como fazer a menor comparação com qualquer outra matéria versada pela Constituição. Isso porque subjacente à liberdade de imprensa estão em jogo superiores bens jurídicos; basta pensar na liberdade de manifestação do pensamento, na liberdade de informação, na livre expressão da atividade intelectual, da atividade científica, da atividade artística e da atividade comunicacional. Daí por que a imprensa é versada em capítulo próprio, com o nome "*da Comunicação Social*". Ou seja, é uma comunicação que não se dirige a ninguém em particular, nem mesmo a um determinado grupo de pessoas, mas a toda a sociedade. Ao número mais abrangente possível de destinatários.

Em verdade, esses bens jurídicos que dão conteúdo à liberdade de imprensa são superiores bens de personalidade. Verdadeiros sobredireitos, que servem mais que os outros à dignidade da pessoa humana e à própria democracia.

Em consideração a esses superiores bens de personalidade é que a Constituição consagrou por modo absoluto a liberdade de imprensa. Daí que o seu art. 220 traduza que, em tema de liberdade de imprensa, não há como servir a dois senhores ao mesmo tempo: ou se prestigia por antecipação outros bens de personalidade, como a imagem e a honra, por exemplo, ou por antecipação se prestigia a livre circulação das ideias, a livre circulação das opiniões, a livre circulação das notícias ou informações. E, a meu sentir, a Constituição fez uma opção pela liberdade de imprensa. Deu-lhe precedência, de sorte que tudo o mais é consequência ou responsabilização *a posteriori*.

Leiamos a cabeça desse art. 220:

> Art. 220. A manifestação do pensamento, a criação, a expressão e a informação [e vem uma linguagem radical que bem fala do compromisso da Constituição com o caráter absoluto dessa liberdade] sob qualquer forma, processo ou veículo [e a Constituição prossegue na radicalidade vernacular] não sofrerão qualquer restrição, observado o disposto nesta Constituição.

Aqui, o termo "observado" significa atentar para o disposto na Constituição, tão somente. Não na lei. Logo, "observado o disposto nesta Constituição", mas apenas como consequência ou responsabilização, que é o plano da aferição *a posteriori* das coisas.

Senhor Presidente, também fiz uma distinção entre matérias nuclearmente de imprensa, essencialmente de imprensa, ontologicamente de imprensa, elementarmente de imprensa, como a informação, a criação, a manifestação do pensamento, e, de outra parte, matérias apenas reflexamente de imprensa, como, por exemplo, o direito à indenização e o direito de resposta. Essas matérias apenas reflexamente de imprensa é que podem ser objeto de lei, e, ainda assim, lei específica, lei monotemática; não lei orgânica, não lei onivalente; enquanto as matérias nuclearmente de imprensa não podem ser objeto de nenhum tipo de lei. São matérias *tabu* para o Estado-legislador.

Quem relativizou a liberdade de imprensa, no que foi seguido por alguns Ministros, dizendo que na Constituição não há direitos absolutos; quem iniciou uma relativa divergência quanto ao meu ponto de vista foi o Ministro Menezes Direito em seu belo voto. Mas eu persisti na minha ideia central de que, naquilo que é elementarmente de imprensa, a liberdade é absoluta. Tão absoluta quanto outros direitos de índole igualmente constitucionais, como, por exemplo: "ninguém será submetido a tortura nem a tratamento desumano ou degradante" – direito absoluto; "liberdade de consciência" – direito absoluto; "ninguém poderá ser compelido a associar-se ou a permanecer associado" – direito absoluto; o direito de o brasileiro nato não ser extraditado – direito absoluto; o caráter direto e secreto do voto popular em eleições gerais – direito absoluto.

Mas acompanho Vossa Excelência, Senhor Presidente, no sentido de que a exigência de diploma não salvaguarda a sociedade a ponto de justificar restrições à liberdade de exercício da atividade jornalística, expressão sinônima de liberdade de imprensa.

Eu até diria, sem receio de incorrer em demasia nesse campo, nessa matéria objeto deste recurso: a salvaguarda das salvaguardas da sociedade, o anteparo dos anteparos sociais é não restringir nada. No caso, o que pode ocorrer é o seguinte: ou a lei não pode fazer da atividade jornalística uma profissão; ou pode. Se puder, tal profissionalização não pode operar como requisito *sine qua non* para o desempenho dos misteres jornalísticos, inteiramente livres por definição. Quem quiser se profissionalizar como jornalista, frequentando uma universidade, cumprindo a grade curricular, ganhando os créditos, prestando exames, diplomando-se, registrando o diploma em órgão competente, quem quiser pode fazê-lo. Só tem a ganhar com isso. Porém, esses profissionais – vamos chamar assim – não açambarcam o jornalismo. Não atuam sob reserva de mercado. A atividade jornalística, implicando livre circulação das ideias, das opiniões e das informações, sobretudo, é atividade que se disponibiliza sempre e sempre para outras pessoas também vocacionadas, também detentoras de pendor individual para a escrita, para a informação, para a comunicação, para a criação. Mesmo sem diploma específico.

Então, a atividade jornalística tanto se disponibiliza para a profissionalização quanto não se disponibiliza, e nem por isso os não titulados estão impedidos de exercê-la. Sob pena de inadmissível restrição à liberdade de imprensa.

Lembro-me, Senhor Presidente, de nomes como o de Otto Lara Resende, Carlos Drummond de Andrade, Vinicius de Moraes, Manuel Bandeira, Armando Nogueira, verdadeiros expoentes do vernáculo que sabiam fazer como faz Manoel de Barros: sabiam perfeitamente bem que penetrar na intimidade das palavras é tocar na própria humanidade. E não se pode fechar as portas dessa atividade comunicacional que em parte é literatura e arte, talvez mais do que ciência e técnica, para os que não têm diploma de curso superior na matéria.

Diante desses fundamentos, acompanho o voto de Vossa Excelência.

VOTO

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Senhor Presidente, evidentemente o voto substancioso e brilhante de Vossa Excelência exauriu a matéria sob todos os ângulos e dispensaria, não fosse a grandiosidade do tema submetido a esta Corte, qualquer subsídio ou qualquer manifestação mais prolongada. Mas, não apenas em homenagem à temática e, vamos dizer, à importância e relevância desta questão para a democracia, vou me permitir tentar reduzir o meu ponto de vista a um ângulo mais simples, que a meu ver também confirma todos os argumentos e fundamentos de Vossa Excelência e dá a resposta adequada à questão submetida à Corte.

O art. 5º, inciso XIII, sujeita a liberdade de exercício de trabalho, ofício ou profissão a requisitos que a lei venha a estabelecer. A pergunta que se põe logo é se a lei pode estabelecer qualquer condição ou qualquer requisito de capacidade. E a resposta evidentemente é negativa, porque, para não incidir em abuso legislativo, nem em irrazoabilidade, que seria ofensiva ao devido processo legal

substantivo, porque também o processo de produção legislativa tem, nos termos do art. 5º, inciso LIV, de ser justa no sentido de ser adequada e idônea para o fim lícito que pretende promover, é preciso que a norma adquira um sentido racional. O que significa essa racionalidade no caso? Significa admitir não apenas a conveniência, mas a necessidade de se estabelecerem qualificações para o exercício de profissão que as exija como garantia de prevenção de riscos e danos à coletividade, ou seja, a todas as pessoas sujeitas aos efeitos do exercício da profissão. E que isso significa concretamente neste caso? Significa a hipótese de necessidade de aferição de conhecimentos suficientes, sobretudo – e aqui o meu ponto de vista, Senhor Presidente – de verdades científicas, conhecimento suficiente de verdades científicas exigidas pela natureza mesma do trabalho, ofício ou profissão.

Em geral, os autores falam sobre necessidade de capacidades especiais ou de requisitos específicos, mas, a meu ver, não descem ao fundo da questão, que é saber onde está a especificidade dessa necessidade? A especificidade dessa necessidade, a meu ver, está, como regra, na necessidade de ter conhecimento de verdades científicas que nascem da própria natureza da profissão considerada, sem os quais esta não pode ser exercida com eficiência e correção.

Ora, não há, em relação ao jornalismo, nenhum conjunto de verdades científicas cujo conhecimento seja indispensável para o exercício da profissão e que, como tal, constitua elemento de prevenção de riscos à coletividade, em nenhuma das dimensões, em nenhum dos papéis que o próprio decreto atribui à profissão, ao ofício de jornalista, em nenhum deles.

O curso de jornalismo não garante a eliminação das distorções e dos danos decorrentes do mau exercício da profissão. São estes atribuídos a deficiências de caráter, a deficiências de retidão, a deficiências éticas, a deficiências de cultura humanística, a deficiências intelectuais, em geral, e, até, dependendo da hipótese, a deficiências de sentidos. Ou seja, não existe, no campo do jornalismo, nenhum risco que advenha diretamente da ignorância de conhecimentos técnicos para o exercício da profissão. Há riscos no jornalismo? Há riscos, mas nenhum desses riscos é imputável, nem direta nem indiretamente, ao desconhecimento de alguma verdade técnica ou científica que devesse governar o exercício da profissão. Os riscos, aqui, como disse, correm à conta de posturas pessoais, de visões do mundo, de estrutura de caráter e, portanto, não têm nenhuma relação com a necessidade de frequentar curso superior específico, onde se pudesse obter conhecimentos científicos que não são exigidos para o caso.

Daí, Senhor Presidente, porque a História – conforme Vossa Excelência bem demonstrou –, não apenas aqui mas em todos os países, há séculos demonstra que o jornalismo sempre pôde ser bem exercido, independentemente da existência prévia de uma carreira universitária ou da exigência de um diploma de curso superior. Para não falar da origem espúria do decreto, até incompatível com a própria norma constitucional excepcional então vigente, não consigo imaginar, ainda que para mero efeito de raciocínio, que, a despeito dessa exigência, se

pudesse admitir que aqueles que não têm diploma e que, por isso mesmo, poriam em risco a coletividade, pudessem continuar a exercer a profissão!

O mínimo que se exigiria de um ordenamento racional é que a proibição fosse imediata e que devesse cessar o exercício da profissão por todos aqueles que carecem de diploma, porque todos eles, nessa hipótese, estariam promovendo uma atividade altamente perigosa para a coletividade.

Senhor Presidente, essas são as razões pelas quais, sem nada a acrescentar aos fundamentos de Vossa Excelência, acompanho integralmente o seu voto.

VOTO
(Antecipação)

A Sra. Ministra Ellen Gracie: Senhor Presidente, também eu peço vênia e acompanho inteiramente o voto de Vossa Excelência. Farei juntar voto escrito que alinha razões semelhantes as que Vossa Excelência expôs.

VOTO

A Sra. Ministra Ellen Gracie: Busca-se, por meio dos presentes recursos extraordinários, pronunciamento definitivo desta Suprema Corte sobre a relevante questão do recebimento, pela nossa ordem constitucional vigente, de norma anterior a esta ordem que impõe como requisito inafastável ao exercício da profissão de jornalista a apresentação, ao Poder Público, de comprovante de conclusão de curso superior de jornalismo reconhecido pelo Ministério da Educação. Assim dispõe o art. 4º, V, do Decreto-Lei 972, de 17-10-1969:

> Art. 4º O exercício da profissão de jornalista requer prévio registro no órgão regional competente do Ministério do Trabalho e Previdência Social que se fará mediante a apresentação de:
> (...)
> V – diploma de curso superior de jornalismo, oficial ou reconhecido registrado no Ministério da Educação e Cultura ou em instituição por este credenciada, para as funções relacionadas de *a* a *g* no artigo 6º.

O parâmetro de aferição mais relevante no presente caso é, sem dúvida alguma, a garantia fundamental à liberdade do exercício profissional, insculpida no art. 5º, XIII, da Constituição Federal, que possui a seguinte redação:

> Art. 5º, XIII: é livre o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, atendidas as qualificações profissionais que a lei estabelecer.

Esse dispositivo revela a delicadeza do aparente paradoxo que há na proclamação de um direito fundamental que é, todavia, seguida de autorização, conferida ao legislador ordinário, para a imposição de restrições ao exercício desse mesmo direito.

O exercício absoluto de um direito fundamental quase sempre não encontra lugar na complexidade que emerge da realidade. Está no campo do irreal, da utopia.

Assim, a autorização constitucional à imposição de restrições legais aos direitos fundamentais nada mais é do que o reconhecimento de um Estado de Direito no qual mesmo os direitos mais caros e indispensáveis a uma determinada coletividade não podem ter seu pleno exercício garantido incondicionalmente, sob pena de nulificação de outros direitos igualmente fundamentais.

Esse reconhecimento é fruto de amadurecimento, da evolução social e política de um povo. Demonstra valores como o equilíbrio, a ponderação e a equidade.

E é esse mesmo equilíbrio que impede que, de outro lado, a concretização das restrições legais aos direito fundamentais constitucionalmente autorizadas termine por esvaziá-los. As restrições legais não podem servir de instrumento de grupos que, sob pretextos políticos variados, busquem estrangular ou alijar os direitos fundamentais gerados pelo constituinte originário, pois aquelas (as restrições) servem ao exercício equilibrado, justo, possível e real destes últimos (os direitos fundamentais).

Daí a utilidade do juízo de proporcionalidade ou de razoabilidade no exame da norma restritiva de direito fundamental, que deve passar pelo crivo dos critérios da adequação, da necessidade e da proporcionalidade em sentido estrito.

No caso sob exame, tem-se, claramente, norma restritiva da liberdade de exercício profissional do jornalismo. Portanto, faz-se necessário averiguar, para fins de reconhecimento de sua recepção pela ordem constitucional vigente, se a grave restrição nela contida está ou não autorizada pelo art. 5º, XIII, da Carta Magna.

É preciso ter em mente, nessa análise, que a restrição legal a direito fundamental constitucionalmente autorizada é aquela estritamente indispensável, ou seja, cuja ausência tornaria o exercício individual do direito um verdadeiro risco aos demais integrantes da coletividade. É nessa perspectiva que a expressão "atendidas as qualificações profissionais", constante do inciso XIII do art. 5º da Constituição, deve ser entendida.

No excelente parecer que emitiu, no ano de 1999, na qualidade de professor da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, já advertia o eminente Ministro Eros Grau que "não ficou ao livre critério do legislador ordinário estabelecer as restrições que entenda ao exercício de qualquer gênero de atividade lícita; passaria a constituir letra morta o direito individual ao livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão se deixado ao alvedrio do legislador trancar o acesso ao desempenho de qualquer atividade a quem para isso não preenchesse os requisitos que, a seu talante, viesse a reclamar; esses requisitos só podem ser os que forem compatíveis com o critério da razoabilidade"[51].

Ainda no mesmo estudo, explica o notável jurista e colega, no que diz respeito às qualificações profissionais específicas, que será razoável sua exigên-

---

[51] *Revista de Direito Administrativo*. Rio de Janeiro, vol. 220, abril/junho de 2000, p. 285.

cia legal quando "o tipo de atividade demanda uma aptidão qualificada e que é requerida para proteção da coletividade, de modo que ela não seja exposta a riscos". É o caso, portanto, das profissões relacionadas à vida, à saúde, à liberdade e à segurança das pessoas, que necessitam de um conjunto de conhecimentos técnico-científicos para que possam ser exercidas sem o risco do surgimento de graves danos por ignorância, imperícia ou inabilitação.

No presente caso, a exigência de curso superior de jornalismo para o exercício da profissão de jornalista é, sem dúvida alguma, restrição estatal inadequada, desnecessária e desmedida. Isso porque não é a ausência de qualificações técnicas específicas da atividade jornalística que poderá causar danos à coletividade, mas o modo com que o profissional da comunicação lidará com os fatos, a verdade, a moral e a ética, seu grau de responsabilidade, argúcia e comprometimento com o bom-senso e a seriedade. Como bem equacionou o eminente Ministro Eros Grau no parecer já mencionado, o risco de dano proveniente da atividade do jornalista "não é um risco inerente à atividade, ou seja, risco que se possa evitar em função da exigência de que o jornalista frequente regularmente um curso de formação profissional, no qual deva obter aprovação".

Estamos tratando, em outras palavras, de um ofício humano no qual a qualificação profissional, não obstante o seu imenso valor, situa-se, num plano secundário, logo atrás do talento, da habilidade e do caráter do profissional.

Assim, pedindo vênia aos eminentes colegas que pensam de modo diverso, entendo que a restrição legal ora em exame, advinda de outros tempos, não se compatibiliza nem com o direito fundamental da liberdade de exercício profissional, nem com a restrição legal constitucionalmente autorizada, intrinsecamente ligada à indispensabilidade de qualificações específicas para o exercício da profissão. É norma que não foi, portanto, recebida pela nova ordem inaugurada com a promulgação da Constituição Federal de 1988.

Ante todo o exposto, conheço e **dou provimento** aos recursos extraordinários interpostos pelo Ministério Público Federal e pelo Sindicato das Empresas de Rádio e Televisão no Estado de São Paulo.

É como voto.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Senhor Presidente, estamos a refletir sobre um diploma legal em vigor há quarenta anos, dos quais vinte, como ressaltei quando apreciamos a inconstitucionalidade da Lei 5.250/1967, simultaneamente, com a Carta da República.

Justamente em um momento em que o País goza de liberdade maior na arte da expressão, pretende-se vislumbrar, nesse diploma, inconstitucionalidade, conflito com o que se contém especialmente no art. 220 da Constituição Federal.

Não consigo conceber, sob o ângulo formal, inconstitucionalidade superveniente. Não consigo agasalhar uma óptica que me conduziria, por exemplo, no

que certos preceitos são próprios a disciplina mediante lei complementar, a glosar o Código Tributário Nacional, a glosar o Código Eleitoral e, tendo em vista algo que nos dias atuais está excomungado, porque não compõe o cenário jurídico constitucional, levando em conta a nomenclatura decreto-lei, também assim proceder quanto ao Código Penal.

Nesses quarenta anos, Senhor Presidente, a sociedade se organizou visando a dar cumprimento ao decreto-lei. Nas unidades da Federação, surgiram muitas faculdades, considerado o nível superior em Comunicação, gênero. E agora chegamos à conclusão de que passaremos a ter jornalistas de gradações diversas, jornalistas com diploma de nível superior – e parece que, na quadra atual, se mitiga muito a importância de contar-se com diploma de nível superior – e jornalistas que terão, de regra, o nível médio e, quem sabe, até apenas o nível fundamental.

Senhor Presidente, repito, a quadra vivenciada revela liberdade maior de expressão. Não estamos em época de cerceio à liberdade que encerra também o dever de informar e bem informar a população. Tenho presente o art. 220 da Constituição Federal, especialmente a referência constante do § 1º desse mesmo art. 220.

É certo que nenhuma lei conterá – segundo esse § 1º – dispositivo que possa constituir embaraço à plena liberdade de informação jornalística em qualquer veículo de comunicação social, mas o próprio preceito remete ao rol das garantias constitucionais. Ao fazê-lo, há alusão aos incisos IV, V, X, XIII e XIV do art. 5º da Carta da República.

Vem-nos justamente do inciso XIII a referência ao livre exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão, mas, também, a remessa ao atendimento das qualificações profissionais que a lei – e aqui, ante o decreto-lei em exame, vejo referência a diploma normativo, abstrato, autônomo – estabelecer.

Hoje, há uma profissão, um segmento profissional organizado, com sistema sindical próprio. Indago: no tocante à profissão de jornalista, a exigência do inciso V do art. 4º – observado, imagino, porque tenho de presumir que os diplomas legais sejam observados, durante quarenta anos – é extravagante? Deixa de atender a exigência da sociedade, em termos de veiculação de ideias, em termos do que é estampado diariamente nos veículos de comunicação? Tem-se uma cláusula que pode ser rotulada como desproporcional, a ponto de ser declarada incompatível com o art. 220, § 1º, e, mais especificamente, com o inciso XIII do art. 5º da Constituição Federal? A resposta, para mim, é negativa. Penso que o jornalista deve deter formação, uma formação básica que viabilize a atividade profissional no que repercute na vida dos cidadãos em geral. Ele deve contar – e imagino que passe a contar, colando grau no nível superior – com técnica para entrevistar, para se reportar, para editar, para pesquisar o que deva publicar no veículo de comunicação, alfim, para prestar serviço no campo da inteligência.

Quando se concebe – como se concebeu em 1969 – a exigência do curso superior e quando se admite essa exigência, fazendo-o no campo da opção

político-normativa, tem-se em vista a prestação de serviço de maior valor, de serviço que sirva, realmente, à formação de convencimento sobre temas, passando-se, até, a contar com orientação na vida gregária. É possível erro nesse campo? É possível mesmo se detendo curso superior, como é possível erro no campo da Medicina, no campo do Direito, como é possível erro mesmo no âmbito desta Corte, já que a Justiça é obra do homem, sendo passível de falha.

A existência da norma a exigir o nível superior implica uma salvaguarda, uma segurança jurídica maior quanto ao que é versado com repercussão ímpar, presentes aqueles que leem jornais, principalmente jornais nacionais.

Presidente, não tenho como assentar que essa exigência, que, ante os votos já proferidos, será facultativa, frustrando-se inúmeras pessoas que acreditaram na ordem jurídica e matricularam-se em faculdades, resulte em prejuízo à sociedade brasileira. Ao contrário, devo presumir o que normalmente ocorre, não o excepcional: tendo o profissional o nível dito superior, estará mais habilitado à prestação de serviços profícuos à sociedade brasileira.

É difícil, Presidente, no Colegiado, após tantos votos em certo sentido, adotar entendimento diverso. No entanto, já afirmei que a minha sina é divergir. Detenho uma alma, reconheço, irrequieta, um espírito irrequieto e não posso menosprezar a minha ciência e a minha consciência jurídica; não posso, também, abandonar o que venho ressaltando quanto ao Colegiado, que é um somatório de forças distintas. Nós nos completamos mutuamente.

Não vejo conflito a ponto de declarar-se inconstitucional o § 5º do art. 4º do Decreto-Lei 972, no que, ante a definição do que se entende como profissão de jornalista contida no art. 2º, versa a exigência do curso superior. Não é demasia – apenas menciono os itens do art. 2º para documentação em voto – fazer referência a:

> Art. 2º (...)
>
> a) redação, condensação, titulação, interpretação, correção ou coordenação de matéria [que extravasa o campo de interesses individualizados] a ser divulgada, contenha ou não comentário;
>
> b) comentário ou crônica, pelo rádio ou pela televisão;
>
> c) entrevista, inquérito ou reportagem, escrita ou falada;
>
> d) planejamento, organização, direção e eventual execução de serviços técnicos de jornalismo, como os de arquivo, ilustração ou distribuição gráfica de matéria a ser divulgada;
>
> e) planejamento, organização e administração técnica dos serviços de que trata a alínea *a*;
>
> f) ensino de técnicas de jornalismo;
>
> g) coleta de notícias ou informações e seu preparo para divulgação;
>
> h) revisão de originais de matéria jornalística, com vistas à correção redacional e à adequação da linguagem;
>
> i) organização e conservação de arquivo jornalístico e pesquisa dos respectivos dados para a elaboração de notícias;
>
> j) execução da distribuição gráfica de texto, fotografia ou ilustração de caráter jornalístico, para fins de divulgação;
>
> l) execução de desenhos artísticos ou técnicos de caráter jornalístico.

Para essas atividades não basta a formação prática. Há, acredito, nas grades, nos currículos das faculdades, o direcionamento do ensino a um domínio básico, que será aprimorado posteriormente, tendo em conta as diversas áreas do saber, as diversas áreas da inteligência.

Peço vênia a Vossa Excelência e aos colegas que o acompanharam para conhecer do extraordinário e desprovê-lo.

VOTO

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente e Relator): Na verdade, ao decidirmos este caso dos jornalistas, também estamos fixando balizas para as múltiplas leis e projetos de lei existentes que regulam indevidamente a profissão.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Se Vossa Excelência me permite, foi por isso que insisti em ir à racionalidade última, para dizer que, nos casos em que se exige um saber científico especializado, aí, sim, a lei pode atuar, porque não se pode conceber médico que clinique sem os conhecimentos científicos correspondentes, ou um engenheiro, etc. Agora, nas outras profissões, cujo exercício não é baseado em postulados ou verdades científicas, mas na sabedoria da pura intelectualidade, a intervenção do legislador é restritiva e contrária à Constituição.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Essa regulamentação excessiva termina, por via oblíqua, limitando o que a Constituição quis inteiramente livre.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Nem é oblíqua, é limitação direta.

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: É exatamente a preocupação do *Pacto de São José da Costa Rica*, que não se coloquem essas objeções, restrições oblíquas.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Não exige nível superior!

EXTRATO DA ATA

RE 511.961/SP — Relator: Ministro Gilmar Mendes. Recorrentes: Sindicato das Empresas de rádio e Televisão no Estado de São Paulo – SERTESP (Advogados: Rondon Akio Yamada e outros) e Ministério Público Federal (Procurador: Procurador-Geral da República). Recorridos: União (Advogado: Advogado-Geral da União) e Federação Nacional dos Jornalistas – FENAJ e outro (Advogado: João Roberto Egydio Piza Fontes).

Decisão: O Tribunal, por maioria e nos termos do voto do Relator, Ministro Gilmar Mendes (Presidente), conheceu e deu provimento aos recursos extraordinários, declarando a não recepção do art. 4º, inciso V, do Decreto-Lei 972/1969, vencido o Ministro Marco Aurélio. Ausentes, licenciados, os Ministros Joaquim Barbosa e Menezes Direito. Falaram, pelo recorrente Sindicato das Empresas de Rádio e Televisão no Estado de São Paulo (SERTESP), a Dra. Taís Borja Gasparian; pelo Ministério Público Federal, o Procurador-Geral da República, Dr. Antonio Fernando Barros e Silva de Souza; pelos recorridos Federação

Nacional dos Jornalistas (FENAJ) e outro, o Dr. João Roberto Egydio Piza Fontes e, pela Advocacia-Geral da União, a Dra. Grace Maria Fernandes Mendonça**,** Secretária-Geral de Contencioso.

Presidência do Ministro Gilmar Mendes. Presentes à sessão os Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Cezar Peluso, Carlos Britto, Eros Grau, Ricardo Lewandowski e Cármen Lúcia. Procurador-Geral da República, Dr. Antonio Fernando Barros e Silva de Souza.

Brasília, 17 de junho de 2009 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

———

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 539.130 — RS

Relatora: A Sra. Ministra Ellen Gracie

Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul — Recorrida: Brasif S.A. Administração e Participações

Direito constitucional e tributário. Recurso extraordinário. Convênio ICMS 91/1991. Isenção de ICMS. Regime aduaneiro especial de loja franca. *Free shops* nos aeroportos. Promulgação de decreto legislativo. Atendimento ao princípio da legalidade estrita em matéria tributária.

1. Legitimidade, na hipótese, da concessão de isenção de ICMS, cuja autorização foi prevista em convênio, uma vez presentes os elementos legais determinantes para vigência e eficácia do benefício fiscal.

2. Recurso extraordinário conhecido, mas desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, conhecer do recurso extraordinário e negar-lhe provimento, nos termos do voto da Relatora.

Brasília, 4 de dezembro de 2009 — Ellen Gracie, Presidente e Relatora.

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Ellen Gracie: 1. Trata-se de recurso extraordinário interposto pelo Estado do Rio Grande do Sul contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça daquele Estado que dera provimento à apelação da Brasif S.A. Administração e Participações para anular o débito fiscal do ICMS.

O acórdão recorrido está assim ementado:

Tributário. ICMS incidente sobre mercadorias vendidas em free shops (aeroportos). Convênio-Confaz. Vigência. Ratificação pelo Estado-membro. Boa-fé do contribuinte. Princípios da razoabilidade e da legalidade. 1) Em tese, os convênios firmados no âmbito do Conselho Fazendário Nacional – CONFAZ, autorizando os Estados a isentarem do ICMS determinadas operações, somente passam a ter força normativa após expressamente ratificados pelo ente estadual por meio de decreto legislativo. Todavia, existindo previsão legal no ordenamento jurídico estadual no sentido da ratificação tácita dos convênios (Lei estadual 8.820/89, artigo 28, parágrafo 2º), resta à administração aplicá-la, na hipótese da inexistência da manifestação expressa, por força do princípio da legalidade, porquanto, caso entendesse inconstitucional o referido dispositivo, deveria ter postulado a declaração de sua inconstitucionalidade, por meio de algum dos legitimados, via controle concentrado. 2) Fere a boa-fé do contribuinte, bem como o princípio da razoabilidade, o fato de o Estado

quedar silente por mais de seis anos da ratificação do convênio no *Diário Oficial da União*, para, só então, após resposta a uma consulta formulada pelo contribuinte a respeito da matéria, publicar um decreto do Executivo, com o intuito de fazer valer a isenção a partir daquele momento. Caso discordasse da ratificação publicada no *DOU*, deveria, desde logo, ter demonstrado seu entendimento. *Recurso provido*.

O entendimento do Tribunal *a quo* é o de que a isenção fiscal da Brasif decorre da celebração do Convênio Confaz 91/1991 e da sua ratificação tácita prevista na Lei estadual 8.820/1989, que instituiu o Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação.

O acórdão recorrido reconhece que, em tese, os convênios firmados no âmbito do Confaz, autorizando os Estados a isentarem do ICMS determinadas operações, só passam a ter força normativa depois de expressamente ratificados pelo Estado, por meio de decreto legislativo. Todavia, a Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul editou a Lei estadual 8.820/1989, que autoriza a ratificação tácita:

> Art. 28 (...)
> § 1º Para os efeitos do disposto no art. 4º da Lei Complementar 24, de 7-1-76, os convênios celebrados nos termos do *caput* serão submetidos, até o quarto dia subsequente ao de sua publicação do *Diário Oficial da União*, à apreciação da Assembleia Legislativa, que deliberará e publicará o decreto legislativo correspondente nos 10 (dez) dias seguintes ao quarto dia antes referido.
> § 2º Nos termos do art. 4º da Lei Complementar 24, de 7-1-75, não havendo deliberação da Assembleia Legislativa no prazo referido no parágrafo anterior, consideram-se ratificados os convênios.

Ainda segundo o TJRS, a Lei estadual 8.820/1989 previu a ratificação tácita baseada na própria Lei Complementar 24/1975, que afirma em seu art. 4º:

> Art. 4º Dentro do prazo de 15 (quinze) dias contados da publicação dos convênios no *Diário Oficial da União*, e independentemente de qualquer outra comunicação, o Poder Executivo de cada Unidade da Federação publicará decreto ratificando ou não os convênios celebrados, considerando-se ratificação tácita dos convênios a falta de manifestação no prazo assinalado neste artigo.

2. Daí o recurso extraordinário interposto pelo Estado do Rio Grande do Sul, com fundamento no art. 102, III, *a*, sob o entendimento de que foram violados os arts. 2º; 150, § 6º; e 155, II e § 2º, XII, *e* e *g*, da Constituição Federal.

Inicialmente, alega o recorrente que a ratificação tácita do Convênio 91/1991, prevista na LC 24/1975 e na Lei estadual 8.820/1989, é incompatível com a Constituição Federal, uma vez que o § 6º do art. 150 condiciona a renúncia ao poder de tributar – no caso, pela isenção – à existência de lei específica e formal nesse sentido.

Tal compreensão se fundamenta, segundo o recorrente, na percepção de que a outorga de isenções, no sentido lato, não pode ser efetivada mediante

simples postura omissa do poder público, mas, antes, por declaração positiva de vontade.

Acrescenta que, ainda que se aceitasse a possibilidade da ratificação tácita, o Convênio 91/1991 não instituiu a isenção discutida, mas, tão somente, autorizou os Estados-membros a estabelecê-la segundo juízo de conveniência e oportunidade quanto à instituição do favor fiscal e, no caso, isso não ocorreu.

Sustenta que o acórdão recorrido legislou no caso concreto, ao pressupor que a alegada isenção decorreu da ratificação tácita do Convênio 91/1991, indo de encontro ao entendimento do Supremo Tribunal Federal, uma vez que, para esta Corte não é possível ao Poder Judiciário estabelecer isenções não previstas em lei ou, em outras palavras, não se admite que atue como legislador positivo.

Registra, da mesma forma, que o auto de lançamento constituído em desfavor da recorrida reveste-se de legalidade plena, já que, à época, inexistia qualquer lei concedendo mencionado benefício fiscal à recorrida.

Diz ainda que, em se tratando de norma que outorga benefício fiscal, a interpretação da lei tributária deve-se dar de forma literal, de maneira que o § 6º do art. 150 da CF há de contemplar a interpretação que reconheça, para a concessão da isenção, a existência concreta de lei.

3. A parte recorrida, em suas contrarrazões, entende que o recurso interposto não deve ser admitido, uma vez que o acórdão recorrido, ao dar provimento à sua apelação, apenas deu aplicação à lei local, não sendo possível ao Supremo Tribunal Federal apreciar a alegada violação constitucional ante o imperativo da Súmula/STF 280.

Salienta que a negativa de vigência do Convênio 91/1991, celebrado no âmbito do Conselho Nacional de Política Fazendária, implica ofensa ao princípio federativo pelo Estado.

Enfatiza, também, que a Constituição Federal fixou limites ao poder de tributar dos Estados e do Distrito Federal no que se refere ao benefício da isenção, a eles impondo a estreita via da LC 24/1975 para regular a forma como tal benefício será concedido.

Relata que a Constituição do Estado do Rio Grande do Sul outorga competência ao Poder Legislativo estadual para ratificar isenções, benefícios e incentivos fiscais objetos de convênios celebrados entre o Estado e as demais unidades da Federação, entendendo que, a teor do art. 28, § 2º, da Lei estadual 8.820/1989 – que estatui que aqueles convênios serão ratificados pela Assembleia Legislativa depois de quatorze dias de sua publicação no *Diário Oficial da União* –, a isenção de ICMS objeto do Convênio 91/1991 foi por ela ratificada e, dessa forma, encontra-se em plena vigência.

Aduz que, nos termos da LC 24/1975, os convênios celebrados visam estabelecer balizas para a concessão das isenções pelos Estados e não apenas autorizá-los a conceder ou não o benefício fiscal.

Além disso, argumenta que sempre teve como isentas suas operações, uma vez que, de boa-fé, observava as determinações impostas pelo Convênio 91/1991 sem nunca ter sido intimada, desde a sua celebração, a efetuar qualquer recolhimento referente ao ICMS.

Finalmente, acentua que não há falar em ratificação expressa diante da ausência de legislação que imponha tal exigência, ao contrário, todas as normas aplicadas ao caso preveem a hipótese de ratificação tácita.

4. A Procuradoria-Geral da República, em parecer de fls. 786-789, opinou pelo provimento do recurso, afirmando, em tese, que a concessão de benefícios fiscais submete-se ao princípio da legalidade estrita, devendo qualquer isenção, subsídio ou outro incentivo ser, necessariamente, precedido de lei complementar específica ou convênio. Enfatiza, contudo, que esse ajuste, por si só, não é capaz de conceder favor fiscal, uma vez que o ato definitivo de sua outorga é o decreto legislativo emanado do Estado a dar-lhe validação.

Informa ainda o *Parquet* que não existiu tal validação, pelo menos de forma expressa, não havendo como sustentar a incidência do Convênio ICMS 91/1991. E, por conseguinte, não se pode dar reconhecimento à isenção de maneira tácita.

Considera, por fim, a possibilidade do exercício do controle difuso de constitucionalidade no que toca à Lei estadual 8.820/1989, ao admitir a ratificação tácita de convênios que tratam de concessão de benefício tributário.

5. À fl. 798, determinei que fosse oficiado à Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul para que enviasse cópia do Decreto Legislativo 6.591/1992, bem como informasse quanto à sua vigência e eficácia.

Pela petição de fls. 824-840, a Assembleia encaminhou cópia de todo o processo legislativo, o qual culminou com a promulgação do citado decreto legislativo, publicado no *Diário Oficial do Estado do Rio Grande do Sul* de 13 de março de 1992.

À fl. 843, intimei as partes para que se manifestassem sobre a petição encaminhada, o que foi feito apenas pela parte recorrida, mediante a petição de fls. 846-848, em que requer o improvimento do recurso extraordinário, em razão da *eficácia e vigência do referido decreto,* e junta certidão do Departamento de Assessoramento Legislativo da Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul, expedida em 18-8-2009, informando a inexistência de qualquer alteração no Decreto Legislativo 6.591/1992.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Ellen Gracie (Relatora): 1. Trata-se de recurso extraordinário interposto pelo Estado do Rio Grande do Sul no qual se discute eventual violação à Constituição Federal pelo acórdão recorrido. O aresto em questão anulou débito fiscal referente ao não recolhimento do ICMS pela empresa recorrida e

incidente sobre a venda de produtos importados. Esclareça-se a peculiaridade de ter a recorrida como atividade principal o comércio varejista de produtos estrangeiros, sob o regime aduaneiro especial de loja franca (*free shop*).

A referida empresa, julgando-se ao abrigo do Convênio ICMS 91/1991, que autorizara a isenção do tributo sobre suas atividades, deixou de recolher o tributo incidente sobre as vendas que efetuou no período de janeiro a abril/1998. Todavia, viu-se autuada pela Fiscalização Estadual de Tributos do Estado do Rio Grande do Sul.

A parte recorrente alega violação aos arts. 2º; 150, § 6º; e 155, incisos II, e § 2º, e XII, *e* e *g*, todos da Constituição Federal. Assim entende porque – e este é o fundamento único do recurso extraordinário – a ratificação tácita de convênios prevista no art. 4º da LC 24/1975 e no art. 28, § 2º, da Lei estadual 8.820/1989 é incompatível com princípio da legalidade estrita em matéria tributária assentado constitucionalmente.

Afirma que, em atenção a tal princípio, a renúncia ao poder de tributar, sob quaisquer de suas modalidades, está condicionada *à enunciação expressa, específica e formal, pelas entidades tributantes, da vontade de conceder a exoneração tributária.* Assevera não existir isenção ou imunidade relativa ao ICMS nas vendas de mercadorias importadas porque o Convênio 91/1991 teria apenas autorizado a concessão desse benefício às lojas francas. Inexiste, porém, legislação editada pelo Estado para a concreção desse benefício.

Como se vê, a parte recorrente fundamenta suas razões na única premissa de ausência de legislação expressa para outorga do benefício fiscal aqui discutido.

2. Ora, o Convênio ICMS 91/1991 autorizou os Estados e o Distrito Federal a isentar do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação, as operações de saídas promovidas por lojas francas (*free shops*) instaladas nas zonas primárias dos aeroportos de categoria internacional e autorizadas pelo órgão competente do Governo Federal.

Esse imposto, nos termos do art. 155, § 2º, XII, *g*, da Constituição Federal, deve, efetivamente, submeter-se a regramento específico previsto em lei complementar regulando a forma como os Estados e o Distrito Federal concederão eventuais benefícios.

A LC 24/1975, cuja recepção pela Constituição Federal já foi reconhecida há muito por esta Corte (ADI 1.179-MC/SP, Rel. Min. Marco Aurélio, Pleno, unânime, *DJ* de 12-4-1996; ADI 2.157/BA, Rel. Min. Moreira Alves, Pleno, unânime, *DJ* de 7-12-2000; e ADI 2.155-MC/PR, Rel. Min. Sydney Sanches, Pleno, unânime, *DJ* de 1º-6-2001), foi o instrumento normativo que veio normatizar a celebração de convênios para a concessão de isenções do ICMS.

A Constituição do Estado do Rio Grande do Sul, por sua vez, promulgada em 1989, determina que a concessão de anistia, remissão, isenção, benefícios e incentivos fiscais só ocorrerá mediante autorização legislativa e quando

for objeto de convênios celebrados entre o Estado e as demais unidades da Federação. Ademais, tal concessão somente terá eficácia após ratificação pela Assembleia Legislativa (art. 141).

Nesse contexto, em 1989, foi promulgada a Lei estadual 8.820/1989, instituidora do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação e do seu respectivo regime de isenção, em obediência, portanto, ao art. 155, II, § 2º, XII, *g*, da Constituição Federal e à LC 24/1975.

Essa lei estadual prevê que os convênios referentes à concessão ou revogação de isenções, incentivos e benefícios fiscais que forem celebrados pelo Estado do Rio Grande do Sul devem ser submetidos à apreciação da Assembleia Legislativa para deliberação e publicação de decreto legislativo (art. 28, § 1º) e que, caso não haja deliberação dessa Casa Legislativa no prazo previsto, consideram-se ratificados os convênios celebrados (art. 28, § 2º).

A cláusula primeira do antes referido Convênio ICMS 91/1991 tem a seguinte redação, na parte que nos interessa:

> Ficam os Estados e o Distrito Federal **autorizados a isentar** do Imposto sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e sobre Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação, as operações a seguir com produtos industrializados:
>
> **I – saídas promovidas por lojas francas (*free shops*) instaladas nas zonas primárias dos aeroportos de categoria internacional, e autorizadas pelo órgão competente do Governo Federal**;
>
> (Destaquei.)

Note-se, portanto, que o Convênio ICMS 91/1991 permitiu que os Estados em geral e o Rio Grande do Sul, em particular, isentassem aquelas operações da incidência do ICMS. No entanto, para que tal autorização se corporificasse, em concreta renúncia fiscal, era necessário ir além, para submeter o convênio à apreciação da Assembleia Legislativa, como determinam a Constituição daquele Estado (arts. 53, XXIV, e 141) e a lei estadual de regência (Lei 8.820/1989, art. 28, § 1º).

Para melhor compreensão da controvérsia, transcrevo os referidos arts. 53 e 141 da Constituição do Estado do Rio Grande do Sul:

> Art. 53. Compete exclusivamente à Assembleia Legislativa, além de outras atribuições previstas nesta Constituição:
>
> (...)
>
> XXIV – apreciar convênios e acordos em que o Estado seja parte, no prazo de trinta dias, salvo se outro prazo for fixado por lei;

> Art. 141. A concessão de anistia, remissão, isenção, benefícios e incentivos fiscais, bem como de dilatação de prazos de pagamento de tributo só será feita mediante autorização legislativa.
>
> (Destaquei.)

E, na mesma linha do comando constitucional daquele Estado, dispõe o art. 28 da Lei estadual 8.820/1989, na parte que nos interessa:

> Art. 28. Dependem de convênios celebrados nos termos da Constituição Federal, arts. 155, § 2º, VI e XII, *g*, e da Lei Complementar 24, de 7-1-75:
> I – *omissis*
> II – *omissis*
> § 1º Para os efeitos do disposto no art. 4º da Lei Complementar 24, de 7-1-75, os convênios celebrados nos termos do *caput* serão submetidos, até o quarto dia subsequente ao da sua publicação no *Diário Oficial da União*, à apreciação da Assembleia Legislativa, que deliberará e publicará o decreto legislativo correspondente nos 10 (dez) dias seguintes ao quarto dia antes referido.

Com o objetivo de cumprir o disposto nessa legislação estadual é que foi promulgado, ainda nos idos de 1992, o Decreto Legislativo 6.591, com a seguinte redação:

> **É aprovado** Convênio ICMS 91/91, que dispõe sobre a concessão de ICMS em operações realizadas por lojas francas localizadas nos aeroportos internacionais. (Fl. 840 – Destaquei.)

3. Nas certidões de fls. 825 e 847, a Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul informa que o citado decreto legislativo não sofreu qualquer alteração.

4. Como se nota dos autos, o princípio da estrita legalidade consubstanciado no art. 150, § 6º, da Constituição Federal, ao contrário do que afirmado pela parte recorrente, está satisfeito à saciedade. Em primeiro lugar, constato a existência de ratificação do convênio pelo órgão competente (no caso, o Confaz), em obediência ao previsto na LC 24/1975. Em segundo lugar, tem-se presente a Lei estadual 8.820/1989, um ato jurídico-normativo concreto, específico. E, em terceiro lugar, o já referido Decreto Legislativo 6.591/1992, norma que consolida e viabiliza a benesse fiscal em discussão.

5. Do exposto, considero que o acórdão recorrido não violou o contido nos arts. 2º; 150, § 6º; e 155, II, § 2º, XII, *e* e *g,* da Constituição da República, motivo pelo qual **conheço** do recurso extraordinário, mas **lhe nego provimento**.

É como voto.

EXTRATO DA ATA

RE 539.130/RS — Relatora: Ministra Ellen Gracie. Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul (Procurador: Procurador-Geral do Estado do Rio Grande do Sul). Recorrida: Brasif S.A. Administração e Participações (Advogados: Cyro Suarez Kurtz e outros).

Decisão: Após o voto da Ministra Relatora, que conhecia do recurso extraordinário e lhe negava provimento, no que acompanhada pelo Ministro

Eros Grau, pediu vista o Ministro Joaquim Barbosa. Aguardam os demais. Falou, pela recorrida, o Dr. Pimenta da Veiga.

Presidência da Ministra Ellen Gracie. Presentes à sessão os Ministros Celso de Mello, Cezar Peluso, Joaquim Barbosa e Eros Grau. Subprocurador-Geral da República, Dr. Wagner Gonçalves.

Brasília, 6 de outubro de 2009 — Carlos Alberto Cantanhede, Coordenador.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Joaquim Barbosa: Trata-se de recurso extraordinário interposto de acórdão prolatado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que considerou cabível a ratificação tácita de convênio interestadual destinado a autorizar a concessão de benefício pertinente ao ICMS incidente sobre operações realizadas por *lojas francas.*

Sustenta o Estado do Rio Grande do Sul violação da regra da legalidade (arts. 2º; 150, § 6º; e 155, II, § 2º, XII da Constituição) e da reserva de convênio interestadual para a validade da concessão de benefício relativo ao ICMS (art. 155, XII, § 2º, *g*, da Constituição).

Iniciado o julgamento na sessão de 6-10-2009, a eminente Ministra Relatora negou provimento ao recurso. Entendeu Sua Excelência que foram atendidas as regras da legalidade e da reserva de convênio, na medida em que existente lei específica (Lei 8.820/1989), convênio celebrado no âmbito do Confaz (Convênio ICMS 91/1991) e decreto legislativo (Decreto Legislativo 6.591/1992).

Acompanhou o voto da Ministra Ellen Gracie o Ministro Eros Grau.

Pedi vista dos autos para melhor apreciar o quadro.

Nos termos do art. 155, II, da Constituição, compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir o Imposto sobre Operações de Circulação de Mercadorias e Serviços de Comunicação e de Transporte Intermunicipal e Interestadual (ICMS). Não obstante, o tributo tem projeção nacional e transcende o campo de interesse ou da autonomia exclusiva do ente federado.

De fato, devido à complexidade econômica e logística das operações tributadas, aliada à grande extensão do território nacional e à desigualdade da distribuição dos centros produtores e dos centros consumidores, a Constituição traz série de normas destinadas a harmonizar o tratamento tributário. Um destes mecanismos é a prévia anuência dos entes federados à concessão de benefícios fiscais relativos ao tributo, que se dá, nos termos da LC 24, mediante convênio celebrado sob os auspícios do Conselho de Política Fazendária do Ministério da Fazenda (Confaz).

No caso em exame, é incontroverso que o benefício concedido tem amparo no Convênio ICMS 91/1991. Ocorre que a simples existência de convênio é insuficiente para a concessão do benefício. O art. 155, § 2º, XII, *g*, da Constituição dispõe que cabe à **lei complementar regular a forma como,**

mediante deliberação dos Estados e do Distrito Federal, isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados. A LC 24, por seu turno, estabelece os parâmetros para a concessão e revogação dos benefícios, de modo que os respectivos termos sejam acordados nos **convênios** (art. 1º).

Chamou-me a atenção no debate a afirmação constante na ementa do acórdão recorrido da existência de norma local que permitiria a ratificação tácita dos convênios.

É imprescindível resgatar a função que a regra da legalidade tem no sistema constitucional. Cabe ao Poder Legislativo autorizar a realização de despesas e a instituição de tributos, como expressão da vontade popular. Ainda que a autorização orçamentária para arrecadação de tributos não mais tenha vigência ("princípio da anualidade"), a regra da legalidade tributária estrita não admite tributação sem representação democrática. Por outro lado, a regra da legalidade é extensível à concessão de benefícios fiscais, nos termos do art. 150, § 6º, da Constituição. Trata-se de salvaguarda à atividade legislativa, que poderia ser frustrada na hipótese de assunto de grande relevância ser tratado em texto de estatura ostensivamente menos relevante. A história pátria contém registros do que se convencionou chamar de "caudas tributárias" e de "caudas orçamentárias".

Neste ponto, entendo que o fundamento adotado pelo acórdão recorrido é equivocado. Não pode o Poder Legislativo delegar atividade que lhe é inerente, sob pena de usurpação e de ou de abdicação dos poderes inerentes a uma das três Funções do Estado. Por mais de uma vez esta Corte decidiu que "a outorga de qualquer subsidio, isenção ou crédito presumido, a redução da base de cálculo e a concessão de anistia ou remissão em matéria tributaria só podem ser deferidas mediante lei específica, sendo vedado ao Poder Legislativo conferir ao Chefe do Executivo a prerrogativa extraordinária de dispor, normativamente, sobre tais categorias temáticas, sob pena de ofensa ao postulado nuclear da separação de poderes e de transgressão ao princípio da reserva constitucional de competência legislativa" (cf. a ADI 1.296/PE, Rel. Min. Celso de Mello, e a ADI 1.247, Rel. Min. Celso de Mello).

Ademais, esta Corte já firmou não haver reserva de lei de iniciativa do chefe do Poder Executivo para dispor sobre matéria tributária, inclusive benefício fiscal, se a hipótese não versar sobre os **territórios** (cf., por todos, a ADI 2.464, Rel. Min. Ellen Gracie, Tribunal Pleno, *DJe*-23 *divulg* 24-5-2007 *public* 25-5-2007).

Participam do Confaz apenas representantes do Poder Executivo (art. 2º, § 2º, do Regimento Confaz – Convênio ICMS 133/1997). Assim, admitir a ratificação tácita dos convênios, elaborados com a participação apenas de representantes do Poder Executivo, supõe ter-se por válida a própria concessão do benefício por ato oriundo apenas do chefe do Poder Executivo.

Contudo, o voto da eminente Ministra Relatora alude à existência de decreto legislativo que teria ratificado o Convênio ICMS 91/1991. Do andamento processual disponível no *site* da Corte constato que Sua Excelência oficiou à

Presidência da Assembleia Legislativa do Estado do Rio Grande do Sul, solicitando o envio de cópia do Decreto Legislativo 6.591, de 14 de janeiro de 1992, bem como informações a respeito de sua vigência e eficácia.

Portanto, ainda que equivocado o Tribunal de origem, há fundamento específico que permite manter o acórdão no ponto.

A única questão remanescente, portanto, é saber-se se a **previsão genérica** contida no art. 28 da Lei 8.820/1989 e a **previsão específica** contida no Decreto Legislativo 6.591/1992 são suficientes para atender ao que dispõe o art. 150, § 6º, da Constituição.

Esta é a redação do artigo:

> Art. 150. (...)
> § 6º Qualquer subsídio ou isenção, redução de base de cálculo, concessão de crédito presumido, anistia ou remissão, relativos a impostos, taxas ou contribuições, só poderá ser concedido mediante **lei específica**, federal, **estadual** ou municipal, que regule exclusivamente as matérias acima enumeradas ou o correspondente tributo ou contribuição, sem prejuízo do disposto no art. 155, § 2º, XII, *g*.
> (Redação dada pela Emenda Constitucional 3, de 1993.)

A Constituição vincula a validade do benefício à concessão **por lei**. Em sentido discrepante, o benefício fiscal foi concedido por **decreto legislativo**.

Leio a parte final do artigo, *sem prejuízo do disposto no art. 155, § 2º, XII, g*, de modo aditivo. Quer dizer, a garantia da regra da legalidade não é excluída imediatamente pela regra que busca assegurar harmonia no âmbito da Federação. O Poder Legislativo não pode delegar ao Executivo, por meio direto ou indireto, a escolha final pela concessão ou não do benefício em matéria de ICMS.

Ainda assim, **especificamente para a concessão de benefícios relativos ao ICMS**, dou à palavra "lei" interpretação mais ampla, de modo a significar "legislação tributária".

Para tanto, observo que a ritualística constitucional e de normas gerais que rege a concessão de tais benefícios é peculiar. De início, devem os Estados federados e o Distrito Federal reunirem-se para aquiescer ou rejeitar a proposta para concessão dos benefícios fiscais. Se houver consenso no âmbito do Confaz, composto pelos Secretários de Fazenda ou equivalente, cabe ao Estado-membro ratificar o pronunciamento do órgão. Embora a LC 24 se refira à publicação de decreto pelo chefe do Poder Executivo, a disposição não pode prejudicar a atividade do Poder Legislativo local.

Ratificado o convênio, cabe à legislação tributária de cada ente efetivamente conceder o benefício que foi **autorizado** nos termos de convênio. Preservada a palavra do Legislativo e dado o longo caminho necessário à aprovação do incentivo, descabe impor forma mais rigorosa.

Ante o exposto, com as ressalvas indicadas, conheço do recurso extraordinário, mas nego-lhe provimento.

É como voto.

EXTRATO DA ATA

RE 539.130/RS — Relatora: Ministra Ellen Gracie. Recorrente: Estado do Rio Grande do Sul (Procurador: Procurador-Geral do Estado do Rio Grande do Sul). Recorrida: Brasif S.A. Administração e Participações (Advogados: Cyro Suarez Kurtz e outros).

Decisão: A Turma, por unanimidade, conheceu do recurso extraordinário e lhe negou provimento, nos termos do voto da Relatora. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, os Ministros Celso de Mello e Eros Grau.

Presidência da Ministra Ellen Gracie. Presentes à sessão os Ministros Cezar Peluso e Joaquim Barbosa. Ausentes, justificadamente, os Ministros Celso de Mello e Eros Grau.

Brasília, 4 de dezembro de 2009 — Carlos Alberto Cantanhede, Coordenador.

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 570.680 — RS

Relator: O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski

Recorrente: Indústria de Peles Pampa Ltda. — Recorrida: União

Tributário. Imposto de exportação. Alteração de alíquota. Art. 153, § 1º, da Constituição Federal. Competência privativa do Presidente da República não configurada. Atribuição deferida à Camex. Constitucionalidade. Faculdade discricionária cujos limites encontram-se estabelecidos em lei. Recurso extraordinário desprovido.

I – É compatível com a Carta Magna a norma infraconstitucional que atribui a órgão integrante do Poder Executivo da União a faculdade de estabelecer as alíquotas do Imposto de Exportação.

II – Competência que não é privativa do Presidente da República.

III – Inocorrência de ofensa aos arts. 84, *caput*, IV, parágrafo único, e 153, § 1º, da Constituição Federal ou ao princípio de reserva legal. Precedentes.

IV – Faculdade discricionária atribuída à Câmara de Comércio Exterior (Camex), que se circunscreve ao disposto no Decreto-Lei 1.578/1977 e às demais normas regulamentares.

V – Recurso extraordinário conhecido e desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a Presidência do Ministro Gilmar Mendes, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria, conhecer e negar provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Carlos Britto e Marco Aurélio, que lhe davam provimento. Votou o Presidente, Ministro Gilmar Mendes. Ausentes, justificadamente, a Ministra Ellen Gracie e, licenciado, o Ministro Joaquim Barbosa.

Brasília, 28 de outubro de 2009 — Ricardo Lewandowski, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski: Trata-se de recurso extraordinário subscrito por Indústria de Peles Pampa Ltda., com fundamento no art. 102, III, *a*, da Constituição Federal, contra acórdão proferido pela Primeira Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região que negou provimento à apelação interposta pela ora recorrente naquela Corte.

O acórdão recorrido apresenta a seguinte ementa:

Tributário. Imposto de exportação. Alíquota. Alteração. Art. 153, § 1º, da CF. Competência. Exclusividade não configurada. Camex. Atribuições. Limites. Ausência de delegação de competência tributária propriamente dita. Princípio da reserva legal.

1. O Decreto-Lei 1.578/77 veio estabelecer o limite máximo da alíquota do imposto de exportação, traçando o espaço no qual se desloca o poder de fixação da alíquota atribuído ao Poder Executivo. Não é possível, porém, acatar a tese de que somente ao Presidente da República é possível exercer tal faculdade do art. 153, § 1º. Nesse sentido já se manifestou o Supremo Tribunal Federal, em sua condição de intérprete maior da Constituição, reconhecendo a possibilidade de Ministro de Estado exercer a competência constitucional.

2. Pela Medida Provisória 2.123-28/2001 foi criada a Câmara de Comércio Exterior – Camex, órgão do Poder Executivo destinado à "formulação, adoção, implementação e a coordenação de políticas e atividades relativas ao comércio exterior de bens e serviços", integrada por Ministros de Estado. Com efeito, não há como pretender apartar esse órgão do próprio Poder Executivo, merecendo também especial destaque sua composição ministerial. Demais disso, a Camex não age arbitrariamente, estando adstrita aos limites impostos pelo Decreto-Lei 1.578/1977. Nisto atende à previsão constitucional de atendimento a condições e limites estabelecido em lei, para alteração das alíquotas de tributos.

3. Inexistindo delegação de competência tributária propriamente dita, não há violação aos arts. 6º e 7º do CTN.

4. Não há afronta ao princípio da reserva legal, pois é a própria Constituição que estabelece a possibilidade de alteração das alíquotas de determinados tributos por ato do Poder Executivo.

(Fls. 157-161.)

Na origem, a ora recorrente impetrou mandado de segurança contra ato do Delegado da Receita Federal de Rio Grande/RS consubstanciado na aplicação da alíquota do imposto de exportação fixada na Resolução 15/2001 da Câmara de Comércio Exterior (Camex).

Às fls. 68-77, a segurança foi denegada sob os seguintes fundamentos:

Entendo que não há inconstitucionalidade ou ilegalidade de nenhuma ordem na fixação, pela Camex, da alíquota de 9% para o Imposto sobre a Exportação dos couros e peles, inteiros de bovinos, de superfície unitária não superior a 2,6 m² (dois metros e sessenta centímetros quadrados) ou 28 pés² (vinte e oito pés quadrados) e os couros e peles de bovinos, pré-curtidos de outro modo, e qualquer outro, classificados nos códigos 4104.10, 4104.22 e 4104.29.00 da Nomenclatura Comum do *Mercosul* – NCM, nos termos do artigo 1º da Resolução 15, de 10 de maio de 2001, estando perfeitamente de acordo com o disposto nos artigos 153, § 1º, da CF, 26 do CTN, 3º do Decreto-Lei 1578/77 e disposições do Decreto 3.756/2001, não sendo, por consequência, indevidos os montantes recolhidos sob a égide e por imposição da referida Resolução.

Em face do exposto, julgo improcedente o pedido veiculado por Indústria de Peles Pampa Ltda. contra ato do DD. Delegado da Receita Federal em Rio Grande para o efeito de denegar a segurança pleiteada.

(Fls. 76-77.)

No presente recurso extraordinário, a recorrente alega violação aos arts. 84, *caput*, IV e parágrafo único, e 153, § 1º, da Constituição Federal.

Sustenta, em suma, que a Resolução 15/2001, da Câmara de Comércio Exterior (Camex), a qual fixou alíquotas do Imposto de Exportação para diversos produtos, invade a competência privativa para regular a matéria que a Carta Política, no § 1º do art. 153, confere ao Presidente da República.

Aduz, mais, que

> Em 22/2/2001 foi publicado o Decreto nº 3.756 que, dentre outras incumbências, delegou à Camex (Câmara de Comércio Exterior) competência para "XII – fixar as alíquotas do imposto de exportação, respeitadas as condições estabelecidas no Decreto-Lei nº 1.578, de 11 de outubro de 1977" (...).
>
> O Decreto nº 3.821/2001, publicado em 23/5/2001, revogou o Decreto nº 3.684/2000, o que, em tese, teria acarretado com que os produtos da recorrente fossem, novamente, tributados pela alíquota zero do Imposto de Exportação. Todavia, a Camex, valendo-se das prerrogativas concedidas pelo Decreto nº 3.756/2001, por meio da Resolução nº 15, de 10 de maio de 2001, preconizou que os couros e peles, inteiros, de bovinos, de superfície unitária não superior a 2,6 m² ou 28 pés, e os couros e peles, de bovinos, pré-curtidos de outro modo, e qualquer outro, classificados nos códigos 4104.10, 4104.22 e 4104.29.00, da Nomenclatura Comum do *Mercosul* – NCM, estariam sujeitos à incidência do Imposto de Exportação à alíquota de nove por cento.
>
> Ou seja, a Camex, através de Resoluções disciplina a alíquota do Imposto de Exportação aplicável aos couros exportados pela recorrente.
>
> A recorrente busca afastar a exigência do Imposto de Exportação incidente sobre o couro e as peles exportadas sob o argumento de que a fixação das alíquotas do Imposto de Exportação realizada pela Câmara de Comércio Exterior (Camex) é inconstitucional e, por decorrência, invalida a alteração de alíquota do imposto de exportação, com consequente majoração do tributo, através de Resolução da Câmara de Comércio Exterior (Camex).

(Fls. 171-172.)

Argumenta, ainda, que

> (...) o Tribunal Pleno deste Egrégio STF ao julgar o RE 186.623-3 (DJU de 12-4-2002), exteriorizou entendimento de que:
>
> > "o Presidente da República pode delegar atribuições aos Ministros de Estado por ato normativo secundário, nas hipóteses expressamente previstas na Constituição, art. 84, parágrafo único; fora daí, a delegação afronta a Constituição"

(Fl. 177.)

Ao final, requer

> (...) a reforma do acórdão *a quo*, para conceder a segurança pleiteada, declarando-se a inconstitucionalidade da fixação de alíquotas do Imposto de Exportação realizada pela Câmara de Comércio Exterior (Camex) e, por decorrência, inválidas as alterações de alíquota do imposto de exportação trazidas por Resoluções da Câmara de Comércio Exterior (Camex), com o reconhecimento de que os valores indevidamente

> recolhidos/ou depositados a partir da vigência da Resolução 15/2001, da CAMEX, sejam considerados pagamentos indevidos, possíveis, pois, de serem compensados com quaisquer outros tributos administrados pela SRF e/ou levantados através de alvará
> (Fls. 177-178.)

A União, em contrarrazões, reporta-se aos argumentos expendidos no acórdão recorrido, pugnando pelo desprovimento do recurso (fls. 228-233).

Em 3-4-2008, manifestei-me pela existência da repercussão geral por entender que o recurso extraordinário trazia à baila questão dotada de relevância econômica e jurídica.

Esta Corte, em 4-4-2008, reconheceu a repercussão geral do tema em debate, mediante decisão cujo acórdão recebeu a ementa a seguir transcrita:

> Recurso extraordinário. Repercussão geral. Imposto de Exportação. Alíquota. Ato da Câmara de Comércio Exterior. Validade assentada na origem. Admissão do exame da matéria
> (Fl. 240.)

Às fls. 247-249, o Ministério Público Federal manifestou-se pelo desprovimento do recurso em parecer que ostenta os seguintes fundamentos:

> (...) a competência atribuída ao Poder Executivo para alterar as alíquotas dos impostos aduaneiros – artigo 153, § 1º – legitima interpretação de que a norma infraconstitucional está autorizada a conferir a prerrogativa a autoridade diversa do chefe do Poder Executivo, assim como órgão diverso do Ministério da Fazenda.
>
> Nesse contexto, é possível reconhecer a legalidade do Decreto 3.756/2001 que dispõe sobre a Camex e atribui, no artigo 2º, a esta Câmara a competência para fixar as alíquotas do imposto de exportação, respeitadas as diretrizes estatuídas no Decreto-Lei 1.578/77.
> (Fl. 248.)

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Ricardo Lewandowski (Relator): A questão central deste recurso extraordinário consiste em saber se é ou não compatível com a Constituição uma norma infraconstitucional que autoriza órgão integrante da Administração Pública Federal a alterar, por meio de resolução, alíquotas do Imposto de Exportação.

A recorrente insurge-se, especificamente, contra a Resolução 15/2001 da Câmara de Comércio Exterior (Camex), que estabelece o quanto segue:

> Art. 1º Os couros e peles, inteiros, de bovinos, de superfície unitária não superior a 2,6 m² (dois metros e sessenta centímetros quadrados) ou 28 pés² (vinte e oito pés quadrados) e os couros e peles, de bovinos, pré-curtidos de outro modo, e qualquer outro, classificados nos códigos 4104.10, 4104.22 e 4104.29.00 da Nomenclatura Comum do *Mercosul* – NCM, ficam sujeitos à incidência do Imposto de Exportação à alíquota nove por cento.

> Parágrafo único. O disposto no *caput* deste artigo aplica-se também na exportação dos produtos objeto de registro de exportação que já esteja aprovado pelo órgão competente na data da publicação desta Resolução, no Sistema Integrado de Comércio Exterior – Siscomex, e que venham a sofrer alteração, inclusive no que se refere ao prazo de validade para o embarque.
>
> Art. 2º A Secretaria da Receita Federal poderá editar normas para aplicação do disposto nesta Resolução.
>
> Art. 3º Esta Resolução entra em vigor na data de sua publicação, produzindo efeitos até 30 de novembro de 2001.

Assevera, em síntese, que essa Resolução seria inconstitucional porque a competência para alterar as alíquotas do Imposto de Exportação é exclusiva do Chefe do Poder Executivo.

Acrescenta, ainda, que a matéria estaria enquadrada no rol de competências privativas do Presidente da República, previstas no art. 84 da Constituição Federal, abaixo transcrito:

> Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República:
>
> (...)
>
> IV – sancionar, promulgar e fazer publicar as leis, bem como expedir decretos e regulamentos para sua fiel execução.

Alega, para tanto, estar baseado em precedente desta Corte, a saber, o RE 186.623/RS, Rel. Min. Carlos Velloso, no qual se declarou a inconstitucionalidade do art. 1º do Decreto-Lei 1.724/1979 e do art. 3º, I, do Decreto-Lei 1.894/1981, ao argumento de que a delegação de poderes ao Ministro de Estado da Fazenda para extinguir incentivos fiscais contrariava a Carta de 1967, na redação da Emenda Constitucional 1/1969.

A ementa do acórdão foi assim formulada:

> *Constitucional. Tributário. Incentivos fiscais: crédito-prêmio: suspensão mediante portaria. Delegação inconstitucional.* DL 491, de 1969, arts. 1º e 5º; DL 1.724, de 1979, art. 1º; DL 1.894, de 1981, art. 3º, inciso I, CF/1967.
>
> I – É inconstitucional o art. 1º do DL 1.724, de 7-12-1979, bem assim o inciso I do art. 3º do DL 1.894, de 16.12.1981, que autorizaram o Ministro de Estado da Fazenda a aumentar ou reduzir, temporária ou definitivamente, ou restringir os estímulos fiscais concedidos pelos arts. 1º e 5º do DL 491, de 5-3-1969. Caso em que se tem delegação proibida: CF/1967, art. 6º. Ademais, matérias reservadas à lei não podem ser revogadas por ato normativo secundário.
>
> II – Recurso Extraordinário conhecido, porém não provido (letra *b*).[1]

Entendo, entretanto, que o precedente mencionado pela recorrente não se refere à temática discutida neste recurso extraordinário, uma vez que se circunscreveu apenas: (i) à eficácia temporal de dispositivo da Carta de 1967 (Emenda

---

[1] A esse precedente seguiram-se outros, dentre os quais menciono: RE 186.359/RS, Rel. Min. Marco Aurélio; RE 180.828/RS, Rel. Min. Carlos Velloso; e RE 208.260/RS, Rel. Maurício Corrêa (Rel. p/ o ac. Min. Marco Aurélio).

Constitucional 1/1969); e (ii) à competência do Ministro da Fazenda para revogar estímulos fiscais.

Tais aspectos, aliás, ficaram bem evidenciados no voto proferido pelo Ministro Carlos Velloso naquele recurso extraordinário, para quem

> (...) não poderia uma Portaria Ministerial revogar incentivos fiscais concedidos por um decreto-lei, assim por ato normativo primário, ao argumento de que recebera o Ministro de Estado delegação, mediante outro decreto-lei, para assim proceder. É que não poderia a lei, já que o decreto-lei tinha força de lei, delegar ao Ministro de Estado poderes para extinguir um incentivo fiscal concedido por um decreto-lei, assim pela lei. A Constituição pretérita expressamente proibia a qualquer dos poderes delegar atribuições (CF/67, art. 6º).

Pois bem. Para o deslinde da questão aqui discutida, cumpre examinar o que estabelece a Constituição Federal no inciso II e no § 1º do art. 153, abaixo transcritos:

> Art. 153. Compete à União instituir impostos sobre:
> (...)
> II – exportação, para o exterior, de produtos nacionais ou nacionalizados;
> (...)
> § 1º É facultado ao Poder Executivo, atendidas as condições e os limites estabelecidos em lei, alterar as alíquotas dos impostos enumerados nos incisos I, II, IV e V.

É preciso também analisar o que se contém nos arts. 23 e 26 do Código Tributário Nacional, a seguir evidenciados:

> Art. 23. O imposto, de competência da União, sobre a exportação, para o estrangeiro, de produtos nacionais ou nacionalizados tem como fato gerador a saída destes do território nacional.
> Art. 26. O Poder Executivo pode, nas condições e nos limites estabelecidos em lei, alterar as alíquotas ou as bases de cálculo do imposto, a fim de ajustá-los aos objetivos da política cambial e do comércio exterior.

Como se vê desses dispositivos, a Constituição Federal atribui à **União** a competência para instituir o Imposto sobre a Exportação, conferindo ao **Poder Executivo** a atribuição de promover as alterações de alíquotas que se fizerem necessárias, nos limites da lei. Já o Código Tributário Nacional define os **contornos fáticos e jurídicos** dentro dos quais essa outorga constitucional é exercida.

O Decreto-Lei 1.578/1977, por sua vez, em seu art. 3º e parágrafo único, na redação que lhe conferiu a Lei 9.716/1998, estabeleceu que:

> Art. 3º A alíquota do imposto é de trinta por cento, facultado ao Poder Executivo reduzi-la ou aumentá-la, para atender aos objetivos da política cambial e do comércio exterior.
> Parágrafo único. Em caso de elevação, a alíquota do imposto não poderá ser superior a cinco vezes o percentual fixado neste artigo.

Assim, a base constitucional que define a competência para alterar as alíquotas do Imposto de Exportação está no § 1º do art. 153 da Carta Magna, que não se circunscreve ao rol de atribuições privativas do Presidente da República estabelecido no art. 84 da Constituição Federal.

É possível, portanto, concluir que os preceitos constitucionais e a legislação infraconstitucional que os regulamenta atribuem ao **Poder Executivo, e não ao Presidente da República** a faculdade de alterar as alíquotas do tributo em questão. Daí por que não se mostra possível, a meu ver, que tenham cometido tal competência exclusivamente ao chefe daquele Poder.

Esta Suprema Corte, em caso semelhante, qual seja, no julgamento do RE 225.655/PB, Rel. Min. Ilmar Galvão, em que apreciou a competência para alterar as alíquotas do Imposto de Importação, por meio de portaria ministerial, decidiu que ela não era privativa do Presidente da República, conforme se lê da ementa então elaborada:

> *Tributário. Imposto de Importação. Alíquotas majoradas pela Portaria Ministerial 201/1995. Faculdade do art. 153, § 1º, da Constituição Federal.*
>
> Inexistência de norma constitucional, ou legal, que estabeleça ser a faculdade do dispositivo constitucional sob enfoque de exercício privativo do Presidente da República.
>
> Limites e condições da alteração das alíquotas do Imposto de Importação estabelecidas por meio de lei ordinária, como exigido pelo referido dispositivo constitucional, no caso, pelo art. 3º da Lei 3.244/1957.
>
> Inteiro descabimento da exigência de motivação do ato pelo qual o Poder Executivo exerce a faculdade em apreço, por óbvio o objetivo de ajustar as alíquotas do imposto aos objetivos da política cambial e do comércio exterior (art. 21 do CTN).
>
> Recurso conhecido e provido.

Ora, o § 1º do art. 153 da CF, ao atribuir genericamente ao Poder Executivo a faculdade de alterar as alíquotas de determinados impostos, observados os limites legais, abriu a possibilidade da criação de um órgão governamental para desincumbir-se dessa atribuição.

No caso, tal órgão é a Câmara de Comércio Exterior (Camex), criada pela MP 2.123-28/2001 (sucessivamente reeditada antes da publicação da EC 32, de 2001). Posteriormente, a MP 2.216-37/2001 incluiu no texto da Lei 9.649/1998, a qual dispõe sobre a organização da Presidência da República e dos Ministérios, o seguinte dispositivo:

> Art. 20-B. É criada a Camex – Câmara de Comércio Exterior, com a competência para deliberar sobre matéria relativa a comércio exterior.
>
> § 1º O Poder Executivo disporá sobre as competências, a organização e o funcionamento da Camex.
>
> § 2º A Secretaria-Executiva da extinta Câmara de Comércio Exterior, do Conselho de Governo, passa a exercer as suas atribuições junto à Camex, até que o regulamento disponha sobre a matéria.

A atuação da Camex, cujo conselho superior é integrado por diversos Ministros de Estado,[2] foi regulamentada, inicialmente, mediante o Decreto 3.756/2001, no qual o Presidente da República invocou, entre outros fundamentos, as atribuições que lhe confere o art. 84, IV e VI, da Constituição Federal, bem assim o disposto no Decreto-Lei 1.578/1977, no parágrafo único do art. 1º da Lei 8.085/1990,[3] na Lei 9.019/1995 [4] e no art. 28 da Medida Provisória 2.123-28/2001.

Tal Decreto foi revogado pelo Decreto 3.981/2001, sendo este, por sua vez, revogado pelo Decreto 4.732/2003, repetindo ambos, no respectivo art. 2º, XIII, os seguintes dizeres, que já constavam do primeiro ato regulamentar:

> Art. 2º Compete à Camex, dentre outros atos necessários à consecução dos objetos da política de comércio exterior:
> (...)
> XIII – fixar as alíquotas do imposto de exportação, respeitadas as condições estabelecidas no Decreto-Lei 1.578, de 11 de outubro de 1977.

A Camex, como visto, não atua arbitrariamente, mas, sim, discricionariamente, **eis que está obrigada a observar o limite máximo de alteração de alíquotas previsto no Decreto-Lei 1.578/1977**, além de estar jungida aos compromissos internacionais firmados pelo Brasil, em especial na Organização Mundial do Comércio (OMC); no Mercado Comum do Sul (Mercosul); Associação Latino-Americana de Integração (Aladi); devendo levar em conta, ainda, entre outros aspectos, o papel do comércio exterior como instrumento "para promover o crescimento da economia nacional e para o aumento da qualidade dos bens produzidos no País." [5]

Cumpre ressaltar, ademais, que o Imposto de Exportação, dada a sua natureza, apresenta um caráter nitidamente extrafiscal, ou seja, não exerce apenas uma função arrecadatória, mas constitui, sobretudo, uma técnica de intervenção estatal, visando a lograr um desenvolvimento econômico equilibrado e socialmente justo.

A esse respeito trago a lição de Paulo de Barros Carvalho, segundo o qual:

> A experiência jurídica nos mostra (...) que (...) a compostura da legislação de um tributo vem pontilhada de inequívocas providências no sentido de prestigiar certas situações, tidas como social, política ou economicamente valiosas, às quais o legislador dispensa tratamento mais confortável ou menos gravoso. A essa forma de manejar elementos jurídicos usados na configuração dos tributos, perseguindo objetivos alheios ao meramente arrecadatórios, dá-se o nome de extrafiscalidade. [6]

---

[2] Art. 4º do Decreto 4.732/2003.

[3] Delega poderes ao Ministro de Estado da Fazenda para prática de determinados atos.

[4] Dispõe sobre aplicação de direitos previstos no Acordo *Antidumping* e no Acordo de Subsídios e Direitos Compensatórios e dá outras providências.

[5] Art. 2º, § 1º, II, do Decreto 4.732/2003.

[6] CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de Direito Tributário*. São Paulo: Saraiva, 2005. p. 234.

A competência excepcional conferida ao Poder Executivo da União para alterar as alíquotas do tributo em questão, dentro das condições e dos limites estabelecidos nas leis e regulamentos pertinentes, decorre, exatamente, de seu caráter regulatório, cuja conformação deve amoldar-se, com a maior presteza possível, às vicissitudes dos mercados nacional e internacional.

O citado Paulo de Barros Carvalho, a propósito, lembra o seguinte:

> Os chamados tributos aduaneiros – impostos de importação e de exportação – têm apresentado relevantíssimas utilidades na tomada de iniciativas diretoras da política econômica. Haja vista para a tributação dos automóveis importados do exterior, para impulsionar a indústria automobilística nacional.[7]

Ainda na mesma linha, Sacha Calmon Navarro Coelho ensina que:

> Tal como o imposto de importação, o de exportação é imposto tipicamente regulatório do comércio exterior (extrafiscalidade).
>
> É utilizado, às vezes, para evitar o desabastecimento do mercado interno, quando no mercado externo os preços são muito atraentes. A Lei 5.072/66 chega a dizer que o seu caráter é monetário e cambial, tendo por finalidade de disciplinar os feitos monetários que decorrem da variação de preços no exterior, preservando as receitas de exportação. As suas alíquotas, por isso mesmo, por expressa determinação constitucional, podem ser fixadas e alteradas por ato administrativo. Por serem impostos regulatórios, compreende-se porque os impostos aduaneiros devem ser manejados rapidamente pelas autoridades administrativas. É que as conjeturas que envolvem os fluxos de importação e exportação formam-se com inusitada rapidez, exigindo respostas lépidas e prontas dos gestores do comércio exterior.[8]

A redução ou o aumento das alíquotas dos impostos aduaneiros exige, portanto, ação pronta e tecnicamente adequada por parte do Governo para que o País possa reagir de modo eficiente às oscilações da conjuntura econômica interna e internacional.

É exatamente essa eficiência que a Constituição Federal persegue, ao permitir a flexibilização das alíquotas dos impostos aduaneiros. Esse é o entendimento de José Afonso da Silva, a seguir explicitado:

> A flexibilização das alíquotas tem por objetivo quebrar a rigidez da tributação dos impostos mencionados, a fim de adequá-los a interesses de política fiscal. A doutrina sempre observou que a dificuldade mais séria no uso de impostos como instrumento de política fiscal consiste na demora em conseguir uma ação eficiente, porque os impostos não se modificam facilmente; requer-se tempo para modificar a lei, e sempre há diversidade sobre a urgência da necessidade. As reduções e aumentos das alíquotas dos impostos exigem tempo. Essa circunstância torna morosa a política fiscal, acontecendo, não raro, que, quando se conseguem as adaptações reclamadas pela conjuntura, esta se transformou, e as medidas tomadas perderam

---

[7] Idem, loc. cit.

[8] COÊLHO, Sacha Calmon Navarro. *Curso de Direito Tributário Brasileiro*. 9. ed. São Paulo: Forense, 2006. p. 493.

> eficácia. À vista disso é que surgiu a regra da flexibilização da alíquota de impostos mais propícios a serem usados como instrumentos de política econômica e financeira. A dificuldade para adotar-se tal providência decorre de exigências constitucionais de garantias dos contribuintes, baseadas no princípio da legalidade tributária, que não abrange apenas a instituição do tributo, mas também o aumento da carga tributária. Foi a Emenda Constitucional 18/1965 à Constituição de 1946 que pela primeira vez autorizou a flexibilização de certos impostos, nas condições e limites estabelecidos em lei, o que foi acolhido e ampliado nas Constituições subsequentes. Enfim, acolheu-se, aí, uma regra de política fiscal discricionária, que, sob controle da legalidade e bem utilizada, pode surtir efeitos benéficos. Assim, a flexibilidade das alíquotas dos impostos sobre o comércio exterior busca realizar um equilíbrio entre importação e exportação; aumentam-se as alíquotas especialmente de importação de certos produtos estrangeiros, desestimulando-a, enquanto se estimula a exportação, reduzindo a alíquota dos produtos a serem exportados.[9]

A Câmara de Comércio Exterior (Camex), nesse diapasão, é um órgão especializado, vinculado ao Ministério da Indústria e Comércio Exterior, ao qual incumbe, entre outras atribuições a "formulação, adoção, implementação e a coordenação de políticas e atividades relativas ao comércio exterior de bens e serviços", nos termos do ato normativo que a criou.

Ao contrário do que alega a recorrente, pois, não há qualquer óbice constitucional a que tal órgão, integrante da estrutura do Poder Executivo, estabeleça as alíquotas do Imposto de Exportação em consonância com as condições legais e as demandas da política comercial externa do País.

Esse entendimento, aliás, não é novo nesta Corte, tendo encontrado abrigo na Súmula 404, que definiu a constitucionalidade da fixação de tarifas pelo Conselho de Política Aduaneira, *in verbis*:

> Não contrariam a Constituição os arts. 3º, 22 e 27 da Lei 3.244, de 14-8-1957, que definem as atribuições do Conselho de Política Aduaneira quanto à tarifa flexível.

Em resumo, segundo penso, a competência estabelecida no art. 153, § 1º, da Constituição Federal para alterar as alíquotas de determinados tributos, entre os quais o Imposto de Exportação, não é exclusiva do Presidente da República, porquanto foi deferida, genericamente, ao Executivo, permitindo tal formulação que ela seja exercida por órgão que integre a estrutura deste Poder, a exemplo da Camex.

Em face do exposto, conheço do recurso, negando-lhe provimento.

É como voto.

VOTO

O Sr. Ministro Dias Toffoli: Senhor Presidente, saúdo o Professor Roque Carrazza, a Procuradora da Fazenda Cláudia Trindade e agradeço as palavras de felicitações a mim dirigidas.

---

[9] SILVA, José Afonso da. *Comentário Contextual à Constituição*. São Paulo: Malheiros, 2006. p. 665.

Concordo com o Ministro Relator. Aqui, há expresso dispositivo da Constituição autorizando tal delegação. A tese da recorrente, com a devida vênia do Professor Roque Carrazza, não procede, haja vista o que pede a interpretação restritiva do § 1º do art. 153 da Constituição. E o § 1º:

> É facultado ao Poder Executivo, atendidas as condições e os limites estabelecidos em lei, alterar as alíquotas dos impostos enumerados nos incisos I, II, IV e V.

Entre eles, o de exportação, que é o objeto do recurso.

Ora, se é para dar interpretação restritiva para não se aplicar tributo, então vai se aplicar a quê? É evidente que é aplicado a tributo.

Também não procede a alegação de que o art. 76 da Constituição Federal impõe a Administração Pública exclusivamente ao Presidente da República e aos seus Ministros. Se fosse assim, nós só poderíamos ter Presidente da República e Ministros de Estado gerindo o Estado brasileiro, não haveria condições de ter outro tipo de agente público, no Poder Executivo Federal, que não fosse Ministro de Estado.

O inciso IV do art. 84 é competência privativa do Presidente. Trata-se de regulamento de lei cuja interpretação não apresenta a literalidade que lhe quer dar a recorrente.

Temos vários órgãos da Administração Pública que estabelecem atos normativos e aplicam e interpretam a lei. A interpretação da lei não é atividade exclusiva do Presidente da República. Nós temos a Receita Federal, as agências reguladoras, todas elas, nas suas atividades cotidianas e no exercício das suas competências, estabelecem resoluções e interpretações normativas.

Evidentemente que ao Presidente da República, quando se dá esse dispositivo na Constituição, estabeleceram-se parâmetros pelos quais essa interpretação deve ser fixada, mas não impede e não impõe uma exclusividade de regulamentação do Presidente.

Em todo o caso, no § 1º do art. 153 é evidente que a delegação é possível.

Por outro lado, também é importante destacar o papel que a Camex desenvolve, já há muito tempo. A Camex é uma Câmara que mostra uma maneira de gerir o Estado brasileiro, na questão específica de comércio exterior, de maneira transversal entre vários ministérios, entre vários órgãos públicos, em que todos lá discutem e apontam – como foi destacado da Tribuna pela procuradora – as questões relativas às necessidades do País, buscando uma decisão final embasada em aspectos técnicos sólidos, para que a solução tomada pela Câmara seja a melhor possível.

O inciso XII do art. 2º do Decreto atribui à Camex a competência de fixar essas alíquotas, como destacou o nobre Relator; e o Decreto-Lei 1.578/1977, no seu art. 3º, estabeleceu os parâmetros, portanto, a Câmara de Comércio Exterior não fixa essa alíquota ao seu bel-prazer. Existem parâmetros legais. O art. 3º do referido Decreto-Lei 1.578/1978 dispõe que:

> Art. 3º A alíquota do imposto é de trinta por cento, facultado ao Poder Executivo reduzi-la ou aumentá-la, para atender aos objetivos da política cambial e do comércio exterior.

Usa a mesma expressão que está na Constituição no § 1º do art. 153, ou seja, o Poder Executivo.

E em seu parágrafo único:

> Em caso de elevação, a alíquota do imposto não poderá ser superior a cinco vezes o percentual fixado neste artigo.

Ou seja, há parâmetros legais estabelecidos por decreto-lei, em redação dada pela Lei 9.716, de 26 de novembro de 1998, e também há os precedentes desta Corte. Cito o RE 225.655/PB, Rel. Min. **Ilmar Galvão**, julgado em 21 de março de 2000; o RE 225.602/CE, Rel. Min. **Carlos Velloso**, julgado em 25 de novembro de 1998; o RE 443.384-AgR/ES, relatoria de Vossa Excelência, Senhor Presidente, julgado em 30 de outubro de 2007.

Nesse sentido, acompanho o nobre e ilustre Relator, com as vênias devidas ao Professor Roque Carrazza, e nego provimento ao recurso extraordinário.

VOTO

A Sra. Ministra Cármen Lúcia: Também, Presidente, acompanho o Relator, cumprimentando-o pelo seu brilhante voto, que, como sempre judicioso, fez uma longa exposição sobre toda a legislação, a demonstrar exatamente que o art. 153, ao fazer referência ao Poder Executivo e não ao Presidente da República, pôs no núcleo central da discussão exatamente a questão da competência.

Aliás, o Ministério Público chamou a atenção rigorosamente para isso: quando a Constituição quer se referir ao Presidente da República, titular do Poder Executivo, o faz. Neste caso, atribuiu ao Poder Executivo e, portanto, a todos os órgãos que compõem as entidades que asseguram, neste caso, a um órgão.

VOTO

O Sr. Ministro Eros Grau: Senhor Presidente, também não tenho dúvidas em acompanhar o Relator. Sem deixar de mencionar a sempre brilhante exposição do Professor Roque Carraza. Mas não tenho dúvidas em acompanhar o Relator.

O Imposto sobre a Exportação tem nítido caráter extrafiscal. Surgiu na Emenda Constitucional 18, no momento em que se redesenhou inteiramente o perfil do sistema tributário brasileiro, exatamente com o intuito de operar a transferência de produtividade do setor primário para o setor secundário da economia. Essa transferência de produtividade haveria de se dar única e exclusivamente nos momentos em que houvesse elevação de capacidade de exportação do setor agrícola brasileiro. O que pesava era a exportação de produtos agrícolas, nos momentos em que ela se elevasse. Isso exigia uma certa flexibilidade do Poder Executivo na definição das tarifas, o que se deu, inicialmente,

com relação ao imposto de importação, com a criação do Conselho de Política Aduaneira, no início da década de 1940. A criação do CPA permitiu que se lançasse mão do tributo como instrumento de política fiscal.

Entendo, Senhor Presidente, que estamos aí diante de uma manifestação típica da chamada "capacidade normativa de conjuntura".

A lei geralmente se exerce sobre as coisas que duram no tempo, respeita as situações estruturais. Aqui estamos diante de situações conjunturais, que exigem – de um momento para o outro – sejam elevadas ou reduzidas alíquotas ou, simplesmente, reduzidas a zero. Isso tem que ser feito com uma rapidez muito grande.

Lembro-me de Montesquieu, no original (porque geralmente Montesquieu é citado, de terceira, quarta, quinta, décima mão). Mas, no original, uma das características que Montesquieu aponta no Poder Executivo é que ele se exerce sobre as coisas momentâneas. É o que o caracteriza. Exatamente ser, de certa forma, conjuntural.

Muito bem, essa capacidade normativa de conjuntura, para que se possa exercer plenamente, tem de ser detida pelo Poder Executivo. O Poder Executivo não é senão uma porção da totalidade que o Poder é. O Poder é indivisível. Todas as vezes em que se divide o Poder se o nulifica. O que há são especializações. Reclamam-se especializações mesmo no interior de cada um deles. E dentro do Poder Executivo há de ter alguém que exerça essa função, a capacidade normativa de conjuntura.

No caso do imposto de importação era o Conselho de Política Aduaneira. No caso do imposto sobre exportação inicialmente foi o Conselho Monetário Nacional.

A criação desse imposto deve-se à genialidade de um homem chamado Gerson Augusto da Silva, um dos que compôs a Comissão de Reforma Tributária, junto com Gilberto de Ulhôa Canto, Rubens Gomes de Sousa e Mário Henrique Simonsen, e deu origem à Emenda Constitucional 18.

De modo, Senhor Presidente, que, considerando que o Poder Executivo não é apenas o Presidente da República – o Ministro Dias Toffoli começou muito bem a sua prestação jurisdicional hoje fazendo observações com objetividade muito grande –, o Poder Executivo a que refere o art. 153, no § 1º, é uma totalidade que se especializa em câmaras. Considerando isso, com muita convicção vou aderir ao voto do Relator, negando provimento.

VOTO

O Sr. Ministro Carlos Britto: Senhor Presidente, nós já estamos habituados aos votos muito bem elaborados, consistentes, judiciosos do Ministro Lewandowski. Sem embargo, estou encontrando dificuldades para acompanhar Sua Excelência e os Ministros que perfilharam idêntico entendimento.

Como nós sabemos, no Brasil há um sistema constitucional-tributário. Geraldo Ataliba colocava muita ênfase nessa particularidade brasileira. Temos

um sistema de direito tributário. Um sistema tributário nacional de matriz – diretamente, portanto – constitucional. Aliás, a Constituição só fala de sistema como conjunto ordenado de elementos, segundo a perspectiva unitária, fala duas vezes, sistema tributário nacional e sistema financeiro, porque são dois setores de relações humanas decisivos, esses dois setores, para a qualidade de vida, para o cotidiano das pessoas. São dois sistemas que correspondem metaforicamente a marquises intermináveis, sob as quais transitamos todos.

E o fato é que à luz do sistema tributário de berço, constitucional, o princípio da legalidade é um protoprincípio. Sabemos que a tributação inflete sobre o patrimônio das pessoas, sobre as rendas, sobre as relações jurídicas, notadamente as negociais e consumeristas e a Constituição entendeu de, em matéria de tributo, exigir a sua veiculação por lei – lei formal –, lei do Congresso Nacional, mas abriu uma exceção no art. 153, cabeça, aliás, § 1º, depois de dizer que compete à União instituir impostos sobre – e instituir só pode ser mediante lei, lei formal do Congresso Nacional, estamos cuidando de impostos da União –, a Constituição abriu uma exceção:

> É facultado ao Poder Executivo, atendidas as condições e os limites estabelecidos em lei, alterar as alíquotas dos impostos enumerados nos incisos I, II, IV e V, [entre eles o imposto sobre exportação para o exterior de produtos nacionais ou nacionalizados].

Vale dizer, em homenagem à dinamicidade da macropolítica do comércio exterior e até da política cambial, a Constituição abriu uma exceção. Já não se fixa alíquota e alíquota é parte componencial do tributo e, portanto, é categoria jurídica alcançada pelo princípio da legalidade às inteiras. Então, a Constituição possibilitou ao Poder Executivo quebrantar esse princípio da legalidade decidindo unilateralmente, unipessoalmente, a autoridade monocrática que é o chefe do Poder Executivo. E com isso, quebrantou também o princípio da anterioridade, anua. Dois princípios constitucionais regentes do sistema tributário tiveram a sua força quebrantada, diminuída por efeito dessa exceção veiculada pelo § 1º.

Eu entendo que basta esse tipo de raciocínio, *data venia*, para legitimar, autorizar uma interpretação restritiva dessa delegação – eu tenho como uma delegação – ao Poder Executivo.

Essa interpretação mais restritiva, se outros méritos não tivesse, teria o de homenagear o Princípio da Separação dos Poderes, que é cláusula pétrea, como nós sabemos, art. 60, § 4º, III, da Constituição, colocando as coisas nos seus devidos termos: o que é do Legislativo é do Legislativo; o que é do Executivo é do Executivo.

Então, o Executivo, como delegatário, poderia delegar essa competência excepcional para alterar, a qualquer momento, a alíquota de um imposto tão importante quanto o imposto de exportação?

Tenho dúvida em assentir ao raciocínio afirmativo, à resposta afirmativa, por isso procurei na Constituição o sentido da expressão Poder Executivo. É facultado ao Poder Executivo. E encontrei na Constituição trinta e nove referências à expressão Poder Executivo; vinte e quatro nas Disposições Permanentes e quinze nas Disposições Transitórias. E a interpretação a que cheguei é a de que o Poder Executivo, tirante uma ou outra passagem solitária, em que alguma dúvida possa se imiscuir nos escaninhos mentais do intérprete, cheguei à conclusão de que o Poder Executivo é como está mesmo o art. 76 da Constituição:

> Art. 76. O Poder Executivo é exercido pelo Presidente da República, auxiliado pelos Ministros de Estado.

Avassaladoramente, é assim, com conotação política, que a Constituição trata a locução frasear do Poder Executivo, que é exercido, ou seja, é chefiado pelo Presidente da República auxiliado pelos Ministros de Estado.

No caso dos autos, há um órgão a quem se delegou a competência para fixar as alíquotas do imposto em causa: a Camex.

Dir-se-ia, mas a Camex é um órgão do Poder Executivo, não no sentido político-constitucional; no sentido singelamente administrativo, sim. É órgão da Administração Pública Federal. Um órgão da Administração Pública Federal, mas não exercente propriamente do Poder Executivo, porque o Poder Executivo é exercido pelo Presidente da República com auxílio dos Ministros de Estado. Por isso mesmo que a Constituição, no art. 84, tantas vezes referido, parágrafo único, no voto do eminente Relator e dos advogados que ocuparam a tribuna, a Constituição diz:

> Art. 84 (...)
> Parágrafo único. O Presidente da República poderá delegar as atribuições mencionadas nos incisos VI, XII e XXV, primeira parte, aos Ministros de Estado [ou seja, a determinadas autoridades nominalmente referidas pela Constituição, ocupantes de cargos que têm denominação constitucional], Procurador-Geral da República ou ao Advogado-Geral da União, que observarão os limites traçados nas respectivas delegações.

Não consigo embutir no rol dessas autoridades, cujos cargos são de nominação constitucional, a Camex, essa câmara de comércio exterior. Não consigo.

É certo que, no inciso XXVII do art. 84, a Constituição insere nas competências do chefe do Poder Executivo:

> Art. 84.(...)
> (...)
> XXVII – exercer outras atribuições previstas nesta Constituição.

E a delegação de que estamos a cuidar faz parte dessas outras atribuições, mas também não há a menor referência à possibilidade de delegação no plano...

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Esse inciso não está mencionado no parágrafo?

O Sr. Ministro Carlos Britto: Pois é, no parágrafo está mencionado.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Refiro-me ao inciso que cogita de outras atribuições previstas na Carta?

O Sr. Ministro Carlos Britto: Sim, sim, outras atribuições.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: O inciso que assim versa não está mencionado no parágrafo.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Não, estou dizendo o seguinte: quando a Constituição insere no rol explícito de competências do Poder Executivo outras atribuições previstas nesta Constituição, entre as outras atribuições previstas na Constituição...

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Das quais é exemplo a medida provisória. A edição poderia ser transferida a Ministro de Estado ainda que da área da matéria tratada?

O Sr. Ministro Carlos Britto: É, tem-se aquela de fixar as alíquotas do imposto de exportação. Mas nem nesse momento a Constituição falou de possibilidade de delegação; nem aqui falou da possibilidade.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Quanto a essas outras atribuições.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Sim, perfeito, nem nesse momento.

Então, Senhor Presidente, com essa fundamentação, eu estou provendo o recurso, *data venia* de entendimento contrário.

VOTO

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Senhor Presidente, vou pedir vênia ao eminente Ministro Carlos Britto, para acompanhar o eminente Relator e os que já votaram com Sua Excelência.

O voto do eminente Relator é exaustivo. Mas, só para justificar o meu ponto de vista, distingo perfeitamente, porque a Constituição também o distinguiu, entre competência pessoal e privativa do Presidente da República e competência do Poder Executivo.

Quando a Constituição alude a atribuições e competências pessoais e exclusivas ou privativas do Presidente da República, evidentemente está dispondo de modo diverso de quando o faz em relação ao Poder Executivo.

No primeiro caso, as atribuições e as competências são imputadas à pessoa do Presidente, e, no segundo, são imputadas ao Poder Executivo como organização ou conjunto de órgãos.

A espécie, a meu ver, com o devido respeito, não é, portanto, de delegação. É simplesmente de definição de competência no âmbito do Poder Executivo. Se o Poder Executivo tem competência para fazê-lo, o Presidente da República, no exercício da direção desse Poder, pode definir o órgão que deva atuar em nome do mesmo Poder. E foi o que se deu no caso. Por que razões? Pelas manifestíssimas

e boas razões já discriminadas pelo eminente Relator e pelo Ministro Eros Grau, que demonstraram tratar-se de tributo de finalidade extrafiscal e condicionado a decisões ágeis, dada a rapidez da mudança das conjunturas, de órgão especializado, como é a Camex.

Por essas razões, acompanho o eminente Relator, pedindo vênia mais uma vez ao Ministro Carlos Britto.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Senhor Presidente, só para completar. Quanto à rapidez, eu me preocupei com isso também. Já há uma preocupação com a rapidez no texto da Constituição. Transfere-se uma competência de um órgão colegiado, com 513 Deputados e 81 Senadores para uma só autoridade do Presidente da República. Quer dizer, já houve uma preocupação da Constituição Federal com imprimir celeridade na fixação de alíquotas de um setor delicado. Agora, daí o Presidente da República delegar a quem ele quiser, está me parecendo que não tem assento constitucional.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Ministro, o problema é que, se fosse dada ao Presidente da República essa atribuição como competência pessoal, ele só agiria depois de consultar todos os órgãos que têm competência técnica, não apenas competência legal, mas competência técnica para opinar sobre o assunto. Isso levaria muito tempo, depois de percorrer todos esses órgãos, vamos dizer, de estruturação técnica. E o que fez o Poder Executivo? Atribuiu, desde logo, a um órgão que tem conhecimento técnico suficiente, para, diante de cada conjuntura, definir qual é a alíquota mais adequada para o momento.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Mas foi por isso que a Constituição disse: "com o auxílio dos Ministros de Estado".

Então os Ministros de Estado auxiliariam o Presidente a tomar essas deliberações tão rapidamente.

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Sim, mas não apenas os Ministros; todos os outros órgãos são importantes na tomada de decisões.

VOTO

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Presidente, devo tranquilizar, de início, o Advogado, porque, geralmente, quando se começa elogiando o profissional, vota-se contra a tese por ele sustentada. É sempre gratificante ouvir, neste Plenário, grandes sustentações; sustentações abalizadas, sustentações a partir do Direito posto, sustentações a partir da Lei Maior, como a implementada pelo Dr. Roque Carrazza.

O Presidente da República – e há alguns que assim não veem, não eu – é, a um só tempo, chefe de Estado e chefe de Governo.

O Sr. Ministro Celso de Mello: E é, **também**, Chefe da Administração Pública Federal, **pois concentra-se**, no Presidente da República, essa **tríplice** atribuição institucional: **a de ser**, simultaneamente, em nosso modelo político, **Chefe** de Estado, **Chefe** de Governo **e Chefe** da Administração Pública da União Federal.

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Chefe da Administração Pública.

O que tivemos, Presidente – e começo pelo básico –, com a Carta de 1988? Tivemos, de forma categórica, no Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, o afastamento desse instituto, o da delegação. Refiro-me ao art. 25. Mostra-se categórico a respeito, na fixação do prazo de cento e oitenta dias – prorrogável, é certo – para haver a revisão das delegações.

O princípio, também, vou dizer o óbvio, é regra. O princípio não é exceção. De início, é absoluto, é linear.

A alíquota, Presidente, consubstancia elemento essencial do tributo. Elemento que, a meu ver, somente pode ser disciplinado na forma do art. 146 e pouco importa que, no art. 150, I, ambos da CF, haja referência a lei, sem o predicado "complementar". O que norteia a exigência de lei complementar é a envergadura da matéria a ser tratada. O art. 146, quando cogita de fato gerador, base de incidência, evidentemente não despreza a alíquota, mas não se chegou ao absurdo de sustentar a obrigatoriedade de lei no sentido formal e material para majorar-se o tributo em comento. Por que não se sustentou? Porque nos vem do § 1º do art. 153 do Diploma Maior que:

> Art. 153. (...)
> (...)
> § 1º É facultado ao Poder Executivo, [Faculdade. Ele não tem que a acionar necessariamente. Caso entenda seja o ideal, acreditando até mesmo na tramitação do projeto, pode encaminhar um projeto, e eu falarei em outro instrumental normativo daqui a pouco, de lei ao Legislativo], atendidas as condições e os limites estabelecidos em lei, alterar as alíquotas dos impostos enumerados nos incisos I, II, IV e V. [Ou seja:]
> I – importação de produtos estrangeiros;
> II – exportação [que é o caso] para o exterior, de produtos nacionais ou nacionalizados;
> (...)
> IV – produtos industrializados;
> V – operações de crédito, câmbio e seguro, ou relativas a títulos ou valores mobiliários;

Essa flexibilização quanto à exigência de lei nos vem de emenda à Constituição do ano em que nasci, à Carta de 1946, e encerra não a regra – porque a regra, o princípio basilar, é a disciplina da matéria mediante lei –, mas exceção. E todos nós sabemos que a exceção somente pode ser interpretada de forma estrita, apenas com o que nela se contém.

A delegação prevista é uma delegação desejada pela Carta da República – não glosada por ela, portanto –, implementada pela Carta da República. Deve-se interpretá-la, de início, de modo estrito, mas aludiu-se aos Ministros de Estado. Conforme disposto no art. 76 da nossa Constituição Federal – que precisa ser um pouco mais amada e conhecida pelos brasileiros –, os Ministros de Estado são auxiliares – gabaritados, de envergadura maior, reconheço – de Sua Excelência o Presidente da República:

> Art. 76. O Poder Executivo é exercido pelo Presidente da República, auxiliado pelos Ministros de Estado.

E, se formos ao art. 84 da Lei Maior, que versa as atribuições do Presidente da República, veremos que, de início, elas foram outorgadas sob o ângulo privativo:

> Art. 84. Compete privativamente ao Presidente da República: [Seguem-se diversos incisos. Um deles remete a outras previsões da Carta]
> (...)
> XXVII – exercer outras atribuições previstas nesta Constituição.

Entre elas, está a edição de medida provisória. Ninguém pode imaginar a Camex ou Ministro de Estado acionando tal instrumental normativo.

Há mais, Presidente. No art. 84, II, quando se cogita da competência privativa do Presidente da República, estabelece-se que a ele cumpre exercer, como ressaltado pelo Ministro Celso de Mello, a direção superior da administração federal, prevendo-se o auxílio, como está no art. 76, dos Ministros de Estado.

O rol contido no art. 84 pode ser objeto de delegação? Pode, porque a própria Carta assim previu, mas em preceito exaustivo, e não em preceito simplesmente exemplificativo, a ensejar a inserção de outras atribuições outorgadas, de início, privativamente ao Presidente da República.

Tem-se o parágrafo único do art. 84 a mencionar a atribuição prevista no inciso VI:

> Art. 84. (...)
> (...)
> VI – dispor, mediante decreto, sobre:
> a) organização e funcionamento da administração federal, quando não implicar aumento de despesa nem criação ou extinção de órgãos públicos;
> b) extinção de funções ou cargos públicos, quando vagos;

E, no inciso XII, há o registro de que a atribuição nele versada também pode ser objeto de transferência:

> XII – conceder indulto e comutar penas, com audiência, se necessário, dos órgãos instituídos em lei;

E mais um inciso está alcançado pela exceção:

> XXV – prover e extinguir os cargos públicos federais, na forma da lei;

Presidente, podemos ver, apanhado pelo parágrafo, o que se contém, sem a referência a ele, no inciso XXVII?

> XXVII – exercer outras atribuições previstas nesta Constituição.

Sob tal ângulo, tem-se o § 1º do art. 153 a versar a flexibilização da alíquota quanto aos tributos mencionados?

Podemos, a partir de um ato de vontade, muito embora sejamos o Supremo, inserir na Carta da República disposição não contemplada, contrariando-a, tornando-a flexível, afastando a rigidez que denota a supremacia dessa mesma Carta da República? A resposta, Presidente, é negativa. Não há alusão – e não podemos desprezar a natureza exaustiva do dispositivo –, no parágrafo único, ao inciso XXVII, que, por sua vez, alcança o art. 153, § 1º, já que não está no rol, não está nos demais incisos, muito menos naqueles mencionados como a revelarem matéria passível de transferência a Ministro de Estado, a flexibilização da alíquota dos tributos.

Presidente, diante desse contexto é que os doutrinadores – um deles já falecido não vai poder rever essa obra conjunta, claro – explicitaram a impossibilidade de delegação. A delegação foi afastada pelo art. 25 do ADCT, mas o corpo permanente da Carta a previu, no parágrafo único do art. 84, quanto a certas matérias e à atribuição privativa do Presidente da República – e, portanto, a transferência dessa atribuição, que deixa de ser privativa, aos Ministros de Estado.

Na obra "Comentários à Constituição do Brasil" – e é a esta Constituição tal como contida –, os Juristas, o saudoso Celso Ribeiro Bastos e Ives Gandra, foram explícitos e não chegaram a gastar muitas linhas com essa matéria, porque o tratamento seria claro, preciso, na Carta de 1988:

> A delegação, todavia, não pode ser ofertada a autoridade inferior. Só é titular da delegação concedida o Presidente da República, de tal forma que qualquer mudança de alíquota tem que necessariamente ser veiculada pelo Presidente da República e dentro [porque assim o quer o § 1º do art. 153] dos estritos limites permitidos pela lei, que delegou a competência.

Ou a capacidade, a atribuição – gênero.

José Afonso da Silva, também em comentário ao texto, versa a flexibilização contemplada no § 1º do art. 153 em análise. E, aí, lançou:

> Prevê o § 1º do art. 153 a flexibilização das alíquotas dos impostos sobre a importação, a exportação, produtos industrializados e operações financeiras, que se opera mediante sua alteração por decreto [não me consta. E aqui se falou na Resolução 15, que a poderosa Camex possa editar decreto, decreto, ato do Poder Executivo], nas condições e limites estabelecidos em lei.

E sobre a problemática, traz o dado histórico a que me referi, aludindo à Emenda Constitucional 18/1965 à Carta de 1946. Foi a emenda, e não a Constituição, no texto primitivo de 1946, que trouxe à balha a flexibilização.

Presidente, há mais. Vê-se que se possa colocar em dúvida até mesmo a possibilidade de o Presidente da República, o chefe do Poder Executivo, flexibilizar a alíquota mediante decreto.

O que nos vem, com todas as letras, do art. 62, § 2º, da CF? Sinalização que não permite que se considere outra pessoa, senão o Presidente da República, como habilitada a praticar ato a implicar na flexibilização da alíquota de tributo:

> Art. 62. (...)
> (...)
> § 2º Medida provisória [e só o chefe do Poder Executivo pode editá-la] que implique instituição ou majoração de impostos, exceto os previstos [com referência explícita àqueles excepcionados pelo art. 153, § 1º] nos arts. 153, I, II [exportação], IV, V, e 154, II, só produzirá efeitos no exercício financeiro (...)

Vale dizer que a própria Carta, com todas as letras, informa que o ato é realmente privativo do Presidente da República, e, para não termos como inócuo o § 2º, do mencionado art. 62, assentaremos, de início, que deve implementá-lo por meio de medida provisória. Dizer-se que pode fazê-lo via medida provisória, como está no preceito, mediante decreto ou delegação a um colegiado, até mesmo de ministros, por decisão deste Colegiado, é passo demasiadamente largo, Presidente, que implica, como ressaltado pelo Ministro Carlos Ayres Britto, desprezo desse grande sistema que, ante a flexibilização aludida, já coloca a sociedade em sobressaltos, já surpreende, em razão do abandono da anterioridade, a própria sociedade.

Presidente, não vejo como entender que é possível aditar-se a norma de transferência prevista em preceito *numerus clausus,* exaustivo, no parágrafo único do art. 84. Não vejo como entender que se confundem o chefe do Poder Executivo – e a referência é estrita – e Ministros de Estado, muito embora saibamos que há de se presumir que, como auxiliares do Presidente da República, não o contrariem, principalmente quando o Presidente preserva as respectivas prerrogativas.

A Carta quer, Presidente, que, tendo em conta a repercussão – e aqui se está inclusive no grande todo, que é a política internacional no âmbito do comércio, implementada, de início, pelo Presidente da República –, oscilações na alíquota dos tributos referidos decorram de ato de Sua Excelência. E quer mais. Ante o § 2º, esquecido, do art. 62, quer que isso se dê mediante medida provisória, com eficácia imediata, sem que tenha de haver a conversão, em certo exercício, para eficácia do conteúdo no seguinte.

Acompanho a divergência manifestada pelo Ministro Carlos Ayres Britto, provendo o recurso, para conceder a ordem pleiteada na inicial do mandado de segurança.

VOTO

O Sr. Ministro Celso de Mello: **O Plenário** do Supremo Tribunal Federal, **ao julgar** o RE 225.602/CE, Rel. Min. CARLOS VELLOSO, **teve o ensejo** de examinar **a natureza da lei** a que se refere **o § 1º** do art. 153 da Constituição da República.

Há, ainda, **um outro** julgamento colegiado (**RE** 225.655/PB), de que foi Relator o eminente Ministro ILMAR GALVÃO, que **teria** reconhecido a possibilidade constitucional **da já referida** delegação administrativa, **por entender** que o exercício da faculdade a que alude **o § 1º** do art. 153 da Constituição **não**

se mostra exclusivo do Presidente da República, **como resulta evidente** do acórdão que está assim ementado:

> ***TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE IMPORTAÇÃO. ALÍQUOTAS MAJORADAS PELA PORTARIA MINISTERIAL Nº 201/95. FACULDADE DO ART. 153, § 1º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL.***
>
> ***Inexistência*** *de norma constitucional, ou legal,* ***que estabeleça ser a faculdade*** *do dispositivo constitucional* ***sob enfoque de exercício privativo*** *do Presidente da República.*
>
> ***Limites e condições*** *da alteração das alíquotas do Imposto de Importação* ***estabelecidas*** *por meio* ***de lei ordinária, como exigido pelo referido dispositivo constitucional****, no caso, pelo art. 3º da Lei 3.244/57.*
>
> ***Inteiro descabimento da exigência de motivação*** *do ato pelo qual o Poder Executivo* ***exerce a faculdade*** *em apreço,* ***por óbvio o objetivo*** *de ajustar as alíquotas do imposto aos objetivos da política cambial e do comércio exterior (art. 21 do CTN).*
>
> *Recurso conhecido* ***e*** *provido.*
>
> (**Grifei**.)

O Sr. Ministro Marco Aurélio: Essa decisão foi do Plenário, porque a mencionada, do Ministro Ilmar Galvão, foi da Primeira Turma.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Do Ministro Ilmar Galvão foi o RE 225.655/PB.

O Sr. Ministro Carlos Britto: Ministro Celso, se Vossa Excelência me permite, pelo que estou lendo aqui da ementa, não foi discutido exatamente isso, sobre a constitucionalidade da delegação, nesse precedente citado por Vossa Excelência. No de Ilmar Galvão, sim.

O Sr. Ministro Celso de Mello: **A leitura** da ementa **pertinente** ao RE 225.655/PB, Rel. Min. ILMAR GALVÃO, **permite-me constatar** que esta Corte **reconheceu ser delegável** a faculdade **mencionada no § 1º** do art. 153 da Constituição, **por não se tratar** de atribuição "de exercício privativo do Presidente da República" (**Grifei**).

De outro lado, resulta claro, de referida ementa, **que é a lei ordinária** o instrumento constitucionalmente adequado à definição dos "limites e condições de alteração das alíquotas" dos impostos sobre comércio exterior (imposto de importação **e** imposto de exportação).

O Sr. Ministro Carlos Britto: Estou lendo a ementa só, mas Vossa Excelência deve estar calçado.

O Sr. Ministro Celso de Mello: É o que emerge do próprio teor da ementa em questão.

O Sr. Ministro Carlos Britto: De Ilmar Galvão, sim, o tema foi discutido. Mas o de Carlos Velloso é que me parece que não, o objeto foi outro.

O Sr. Ministro Carlos Britto: É isso que eu não estou encontrando aqui.

VOTO

O Sr. Ministro Gilmar Mendes (Presidente): Eu também, pedindo vênia aos Ministros Marco Aurélio e Carlos Britto, pelas razões já aqui amplamente expostas a partir do voto do eminente Relator, acompanho a manifestação e, portanto, desprovejo o recurso extraordinário.

EXTRATO DA ATA

RE 570.680/RS — Relator: Ministro Ricardo Lewandowski. Recorrente: Indústria de Peles Pampa Ltda. (Advogados: Haroldo Lauffer e outros). Recorrida: União (Advogada: Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional).

Decisão: O Tribunal, por maioria, conheceu e negou provimento ao recurso extraordinário, nos termos do voto do Relator, vencidos os Ministros Carlos Britto e Marco Aurélio, que lhe davam provimento. Votou o Presidente, Ministro Gilmar Mendes. Ausentes, justificadamente, a Ministra Ellen Gracie e, licenciado, o Ministro Joaquim Barbosa. Falaram, pela recorrente, o Dr. Roque Antônio Carrazza; pela recorrida, a Dra. Cláudia Aparecida de Souza Trindade, Procuradora da Fazenda Nacional; e, pelo Ministério Público Federal, o Dr. Paulo de Tarso Braz Lucas.

Presidência do Ministro Gilmar Mendes. Presentes à sessão os Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Cezar Peluso, Carlos Britto, Eros Grau, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Dias Toffoli. Subprocurador-Geral da República, Dr. Paulo de Tarso Braz Lucas.

Brasília, 28 de outubro de 2009 — Luiz Tomimatsu, Secretário.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 579.760 — RS

Relator: O Sr. Ministro Cezar Peluso

Embargante: Município de Capão da Canoa — Embargado: Procurador-Geral de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul — Interessada: Câmara de Vereadores do Município de Capão da Canoa

Recurso. Embargos de declaração. Caráter infringente. Embargos recebidos como agravo. Controle abstrato de constitucionalidade de lei local em face de Constituição estadual. Processo de cunho objetivo. Prazo recursal em dobro. Inaplicabilidade. Recurso extraordinário não conhecido. Agravo regimental improvido. Precedentes. São singulares os prazos recursais das ações de controle abstrato de constitucionalidade, em razão de seu reconhecido caráter objetivo.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Ministro Celso de Mello, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, preliminarmente, por unanimidade de votos, em conhecer dos embargos de declaração como recurso de agravo. E, a este, também por unanimidade, negar provimento, nos termos do voto do Relator. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, a Ministra Ellen Gracie e o Ministro Joaquim Barbosa.

Brasília, 27 de outubro de 2009 — Cezar Peluso, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Cezar Peluso: Trata-se de embargos de declaração contra decisão do teor seguinte:

> **1**. Trata-se de recurso extraordinário contra acórdão do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul que julgou procedente representação de inconstitucionalidade de lei local em face da Constituição estadual.
>
> **2**. Incognoscível o recurso.
>
> É que, intimado o recorrente em 9-4-2007 (data da juntada do AR), segunda-feira (fl. 202 v.), o prazo para interposição de recurso extraordinário começou a correr na terça-feira, dia 10-4-2007, e expirou em 24-4-2007, terça-feira. O recurso somente foi protocolado no dia 15-5-2007, sem causa legal de suspensão nem interrupção do prazo. Veio, pois, a desoras.
>
> Ademais, é assente o entendimento da Corte acerca da não aplicação do art. 188 do CPC aos processos objetivos de controle de constitucionalidade, como se vê à seguinte ementa:
>
> "*Ação direta de inconstitucionalidade ajuizada por governador de Estado – Decisão que não a admite, por incabível – Recurso de agravo*

interposto pelo próprio Estado-membro – Ilegitimidade recursal dessa pessoa política – Inaplicabilidade, ao processo de controle normativo abstrato, do art. 188 do CPC – Recurso de agravo não conhecido. O Estado-membro não possui legitimidade para recorrer em sede de controle normativo abstrato. – O Estado-membro não dispõe de legitimidade para interpor recurso em sede de controle normativo abstrato, ainda que a ação direta de inconstitucionalidade tenha sido ajuizada pelo respectivo Governador, a quem assiste a prerrogativa legal de recorrer contra as decisões proferidas pelo Relator da causa (Lei 9.868/1999, art. 4º, parágrafo único) ou, excepcionalmente, contra aquelas emanadas do próprio Plenário do Supremo Tribunal Federal (Lei 9.868/1999, art. 26). **Não há prazo recursal em dobro no processo de controle concentrado de constitucionalidade. – Não se aplica, ao processo objetivo de controle abstrato de constitucionalidade, a norma inscrita no art. 188 do CPC**, cuja incidência restringe-se, unicamente, ao domínio dos processos subjetivos, que se caracterizam pelo fato de admitirem, em seu âmbito, a discussão de situações concretas e individuais. Precedente. Inexiste, desse modo, em sede de controle normativo abstrato, a possibilidade de o prazo recursal ser computado em dobro, ainda que a parte recorrente disponha dessa prerrogativa especial nos processos de índole subjetiva" (**ADI 2.130-AgR**, Rel. Min. **Celso de Mello**, *DJ* de 14-12-2001).

3. Ante o exposto, nego seguimento ao recurso (arts. 21, § 1º, do RISTF; 38 da Lei 8.038, de 28-5-1990; e 557 do CPC).

(Fls. 282-283. Grifos no original.)

Alega o embargante ser tempestivo o recurso, em face do que determina o art. 191 do CPC. Requer seja aplicado o entendimento adotado no julgamento da **ADI 3.089**, relativamente à incidência do ISS sobre os serviços de registros públicos, cartorários e notariais.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Cezar Peluso (Relator): **1**. Dado seu manifesto caráter infringente, recebo os embargos declaratórios como agravo regimental.

2. Mas não há como provê-lo.

É que, dado o reconhecido **caráter objetivo** das ações de **controle abstrato de constitucionalidade**, são singulares seus prazos recursais, todos peremptórios e preclusivos, de modo que aparece despicienda a alegação de existência de prazo recursal em dobro, seja por força da aplicação do art. 188, seja em decorrência do art. 191 do CPC, hipóteses restritas aos processos de cunho subjetivo.

Este é o velho entendimento da Corte, conforme se verifica dos seguintes julgados:

(...)

Com efeito, em se tratando de ação direta de inconstitucionalidade, seu processo tem caráter objetivo por visar ao exame, em abstrato, da inconstitucionalidade, ou não, de ato normativo, e, consequentemente, não tem por alvo

dirimir conflito de interesse resultante de pretensão resistida, como sucede em processo '*inter partes*' de caráter subjetivo. (...)

(Trecho do voto proferido pelo Ministro **Moreira Alves**, Relator da **ADI 2.408-MC**, *DJ* de 9-11-2001.)

(...) Isso significa – uma vez admitido o irrecusável perfil objetivo que tipifica a fiscalização abstrata de constitucionalidade (Gilmar Ferreira Mendes, *Jurisdição Constitucional*, p. 129/130, 2. ed., 1998, Saraiva) – que, em regra, não se deve reconhecer , como pauta usual de comportamento hermenêutico, a possibilidade de aplicação sistemática das normas concernentes aos processos de índole subjetiva, especialmente daquelas regras meramente legais que disciplinam a incidência de determinados institutos peculiares aos processos meramente subjetivos, vale dizer, àqueles processos em cujo âmbito se instauram controvérsias de natureza concreta e de caráter individual.

(...)

Não posso deixar de considerar, por isso mesmo, no plano do controle normativo abstrato de constitucionalidade das leis e dos atos normativos, a absoluta autonomia que o processo de fiscalização concentrada ostenta, ordinariamente, em relação aos institutos peculiares aos processos de índole meramente subjetiva.

(...)

(**ADI 2.130-AgR**, Rel. Min. **Celso de Mello**, *DJ* de 14-12-2001.)

3. Diante do exposto, recebo os embargos de declaração como agravo regimental, mas lhe nego provimento.

EXTRATO DA ATA

RE 579.760-ED/RS — Relator: Ministro Cezar Peluso. Embargante: Município de Capão da Canoa (Advogados: Eugênio Miguel Weiler Júnior e outros). Embargado: Procurador-Geral de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Interessada: Câmara de Vereadores do Município de Capão da Canoa (Advogado: Domingos Sinhorelli Neto).

Decisão: A Turma, preliminarmente, por votação unânime, conheceu dos embargos de declaração como recurso de agravo, a que, também por unanimidade, negou provimento, nos termos do voto do Relator. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, a Ministra Ellen Gracie e o Ministro Joaquim Barbosa. Presidiu este julgamento o Ministro Celso de Mello.

Presidência do Ministro Celso de Mello. Presentes à sessão os Ministros Cezar Peluso, Joaquim Barbosa e Eros Grau. Ausente, justificadamente, a Ministra Ellen Gracie. Subprocurador-Geral da República, Dr. Wagner Gonçalves.

Brasília, 27 de outubro de 2009 — Carlos Alberto Cantanhede, Coordenador.

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 718.646 — SP

Relator: O Sr. Ministro Eros Grau

Agravante: Município de Santos — Agravados: Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) e outros

Agravo regimental no agravo de instrumento. Imunidade tributária recíproca. IPTU. Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos. Abrangência. Precedentes.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal declarou a compatibilidade do Decreto-Lei 509/1969 – que dispõe sobre a impenhorabilidade dos bens da ECT e os benefícios fiscais outorgados a essa empresa – com a Constituição do Brasil.

Agravo regimental a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Ministro Celso de Mello, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em negar provimento ao recurso de agravo, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 16 de setembro de 2008 — Eros Grau, Relator.

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Eros Grau: Neguei seguimento ao agravo de instrumento nos seguintes termos:

> Decisão: Trata-se de agravo de instrumento contra decisão que negou seguimento a recurso extraordinário.
>
> 2. O agravo não merece provimento. O Pleno do Supremo Tribunal Federal, ao concluir o julgamento dos RE 220.906, Rel. Min. Maurício Corrêa, *DJ* de 14-11-2002; RE 229.696, Rel. Min. Ilmar Galvão, *DJ* de 19-12-2002; RE 230.072-AgR, Rel. Min. Ilmar Galvão, *DJ* de 2-6-2006; RE 230.051, Rel. Min. Ilmar Galvão, *DJ* de 19-12-2002; e RE 225.011-AgR, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJ* de 2-6-2006, declarou a compatibilidade do Decreto-Lei 509/1969 – que dispõe sobre a impenhorabilidade dos bens da ECT e os benefícios fiscais outorgados a essa empresa – com a Constituição do Brasil.
>
> 3. No caso em exame, discute-se a constitucionalidade da cobrança do Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU) da referida empresa. Assim, tratando-se de empresa pública prestadora de serviço público de prestação obrigatória e exclusiva do Estado, a sua atividade está abrangida pela imunidade tributária recíproca (RE 424.227/SC, RE 407.099/RS, RE 354.897/RS, RE 356.122/RS e RE 398.630, Rel. Min. Carlos Velloso). Quanto à imunidade tributária recíproca, ressalte-se que sua aplicação somente encontra guarida em relação aos impostos, não alcançando as taxas (RE 424.227, Rel. Min. Carlos Velloso, *DJ* de 10-9-2004).

Nego seguimento ao agravo com fundamento no disposto no art. 21, § 1º, do RISTF.

2. O agravante alega que "[a] empresa ora recorrida não goza de imunidade porque é empresa pública federal com personalidade jurídica de direito privado" (fl. 326) e "que a Constituição Federal, ao explicitar quais entes da administração indireta estavam abrangidos pela imunidade tributária, aludiu apenas a autarquias e fundações públicas. Logo, ficaram fora da incidência do art. 150 – VI, alínea *a*, ou seja, as empresas públicas e de economia mista" (fl. 327).

3. Sustenta, ainda, que a controvérsia dos autos não é pacífica nesta Suprema Corte, sendo objeto de discussão na ADPF 46, pendente de julgamento no Plenário deste Supremo Tribunal Federal.

4. Requer o provimento deste regimental para que o recurso extraordinário tenha regular seguimento.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Eros Grau (Relator): O agravo não merece provimento.

2. Tal e qual demonstrado na decisão agravada, o Pleno do Supremo Tribunal Federal, ao concluir o julgamento dos RE 220.906, Rel. Min. Maurício Corrêa, *DJ* de 14-11-2002; RE 229.696, Rel. Min. Ilmar Galvão, *DJ* de 19-12-2002; RE 230.072-AgR, Rel. Min. Ilmar Galvão, *DJ* de 2-6-2006; RE 230.051, Rel. Min. Ilmar Galvão, *DJ* de 19-12-2002; e RE 225.011-AgR, Rel. Min. Marco Aurélio, *DJ* de 2-6-2006, declarou a compatibilidade do Decreto-Lei 509/1969 – que dispõe sobre a impenhorabilidade dos bens da ECT e os benefícios fiscais outorgados a essa empresa – com a Constituição do Brasil.

3. Nesse sentido, o RE 354.897, Rel. Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, *DJ* de 3-9-2004, assim ementado:

> *Constitucional. Tributário. Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos: imunidade tributária recíproca: CF, art. 150, VI, a. Empresa pública que exerce atividade econômica e empresa pública prestadora de serviço público: distinção*. I – As empresas públicas prestadoras de serviço público distinguem-se das que exercem atividade econômica. A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos é prestadora de serviço público de prestação obrigatória e exclusiva do Estado, motivo por que está abrangida pela imunidade tributária recíproca: CF, art. 150, VI, *a*. II – Recurso extraordinário conhecido e provido.

Nego provimento ao agravo regimental.

EXTRATO DA ATA

AI 718.646-AgR/SP — Relator: Ministro Eros Grau. Agravante: Município de Santos (Advogados: Persio Santos Freitas e outros). Agravados: Empresa

Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT) e outros (Advogadas: Marisa Firmino Campos de Faria e Raimunda Mônica Magno Araújo Bonagura).

Decisão: A Turma, por votação unânime, negou provimento ao recurso de agravo, nos termos do voto do Relator. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, os Ministros Joaquim Barbosa e Ellen Gracie.

Presidência do Ministro Celso de Mello. Presentes à sessão os Ministros Cezar Peluso, Joaquim Barbosa e Eros Grau. Ausente, justificadamente, a Ministra Ellen Gracie. Subprocurador-Geral da República, Dr. Wagner Gonçalves.

Brasília, 16 de setembro de 2008 — Carlos Alberto Cantanhede, Coordenador.

———

ÍNDICE ALFABÉTICO

A

Ct ***Ação civil pública.*** Controle difuso de constitucionalidade. Eficácia *erga omnes*. RE 511.961 *RTJ* 213/605

PrCv ***Ação civil pública.*** Legitimidade ativa. Ministério Público. Interesses difusos e coletivos. Liberdade de expressão e de informação. CF/1988, arts. 127, *caput*, e 129, III. RE 511.961 *RTJ* 213/605

PrSTF Ação declaratória de constitucionalidade. (...) ***Medida cautelar.*** ADC 18-MC-QO-terceira *RTJ* 213/11

PrSTF ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** Cabimento. Ato normativo. Resolução 7/2007-Senado Federal: suspensão dos efeitos dos arts. 6º e 7° da Lei estadual 7.003/1990/SP e dos arts. 4°, 8º, 9º, 10, 11, 12 e 13 da Lei estadual 7.646/1991/SP. ADI 3.929-MC *RTJ* 213/423

PrSTF ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** Cabimento. Emenda constitucional. ADI 4.307-MC-REF *RTJ* 213/460

PrSTF ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** Conhecimento parcial. Petição inicial. Causa de pedir explícita: necessidade. ADI 2.139-MC *RTJ* 213/184

PrSTF ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** Legitimidade ativa. Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil (ATRICON). Entidade de classe de âmbito nacional. Pertinência temática. CF/1988, art. 103, IX. ADI 4.190-MC-REF *RTJ* 213/436

PrSTF Ação direta de inconstitucionalidade. (...) ***Medida cautelar.*** ADI 4.307-MC-REF *RTJ* 213/460

PrSTF Ações diretas de inconstitucionalidade. (...) ***Competência jurisdicional.*** ADI 2.139-MC *RTJ* 213/184

PrCv ***Agravo regimental.*** Jurisprudência assentada. Caráter abusivo. Litigância de má-fé. CPC/1973, art. 557, § 2º, c/c arts. 14, II e III, e 17, VII. RMS 25.595-AgR *RTJ* 213/506

Trbt Alíquota: alteração. (...) ***Imposto de Exportação.*** RE 570.680 *RTJ* 213/693

PrPn Apelação criminal: excesso de linguagem. (...) ***Processo criminal.*** HC 94.731 *RTJ* 213/527

Pn Apropriação indébita. (...) ***Execução penal.*** HC 99.918 *RTJ* 213/588

PrSTF ***Arguição de descumprimento de preceito fundamental.*** Cabimento. Dispositivo impugnado anterior à CF/1988. Inexistência de outro meio eficaz. Princípio da subsidiariedade. Lei 5.250/1967. ADPF 130 *RTJ* 213/20

Pn Arma de fogo: ausência. (...) ***Estatuto do desarmamento.*** HC 96.532 *RTJ* 213/555

Pn Arquivamento. (...) ***Inquérito judicial.*** Inq 2.280 *RTJ* 213/212

Ct Assembleia Legislativa: deliberação. (...) ***Tribunal de Contas estadual.*** ADI 4.190-MC-REF *RTJ* 213/436

PrSTF Associação dos Membros dos Tribunais de Contas do Brasil (ATRICON). (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 4.190-MC-REF *RTJ* 213/436

Pn Atipicidade material dos fatos. (...) ***Estatuto do desarmamento.*** HC 96.532 *RTJ* 213/555

PrCv Ato de ministro de Estado. (...) ***Mandado de segurança.*** RMS 25.595-AgR *RTJ* 213/506

Pn ***Ato infracional.*** Medida socioeducativa: caráter educativo, preventivo e protetor. Peculiaridades do caso. Princípio da insignificância: inaplicabilidade. Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). HC 98.381 *RTJ* 213/583

Pn Ato infracional equivalente a crime de bagatela. (...) ***Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).*** HC 98.381 *RTJ* 213/583

PrCv Ato jurisdicional do STF. (...) ***Mandado de segurança.*** MS 26.908-AgR *RTJ* 213/510

PrSTF Ato normativo. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 3.929-MC *RTJ* 213/423

Ct Autonomia. (...) ***Tribunal de Contas estadual.*** ADI 4.190-MC-REF *RTJ* 213/436

Ct Autorregulação. (...) ***Imprensa.*** ADPF 130 *RTJ* 213/20

B

PrSTF Base de cálculo: exclusão do ICMS. (...) ***Medida cautelar.*** ADC 18-MC-QO-terceira *RTJ* 213/11

Ct Bloco normativo indivisível. (...) ***Lei de imprensa.*** ADPF 130 *RTJ* 213/20

C

PrSTF Cabimento. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 3.929-MC *RTJ* 213/423 – ADI 4.307-MC-REF *RTJ* 213/460

PrSTF Cabimento. (...) ***Arguição de descumprimento de preceito fundamental.*** ADPF 130 *RTJ* 213/20

PrPn Cabimento: excepcionalidade. (...) ***Habeas corpus.*** HC 96.415 *RTJ* 213/552

Trbt Câmara de Comércio Exterior (CAMEX): faculdade discricionária. (...) ***Imposto de Exportação.*** RE 570.680 *RTJ* 213/693

Ct ***Câmara Municipal.*** Composição. Número de vereador. Limite máximo: alteração. Efeitos: retroação. CF/1988, art. 129, IV. Emenda Constitucional 58/2009, art. 3º, I: suspensão cautelar. ADI 4.307-MC-REF *RTJ* 213/460

El Câmara Municipal. (...) ***Eleição.*** ADI 4.307-MC-REF *RTJ* 213/460

PrCv Caráter abusivo. (...) ***Agravo regimental.*** RMS 25.595-AgR *RTJ* 213/506

Ct Caráter objetivo. (...) ***Controle abstrato de constitucionalidade.*** RE 579.760-ED *RTJ* 213/716

Pn Causa de diminuição de pena: inaplicabilidade. (...) ***Execução penal.*** HC 99.918 *RTJ* 213/588

PrSTF Causa de pedir explícita: necessidade. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 2.139-MC *RTJ* 213/184

Ct Censura prévia: vedação constitucional. (...) ***Liberdade de imprensa.*** ADPF 130 *RTJ* 213/20

Pn CF/1988, arts. 1º, III, e 5º, *caput* e XLVI. (...) ***Execução penal.*** HC 97.147 *RTJ* 213/561

El	CF/1988, arts. 1º, parágrafo único, 14 e 16. (...) ***Eleição.*** ADI 4.307-MC-REF *RTJ* 213/460
Trbt	CF/1988, arts. 2º, 150, § 6º, e 155, II, § 2º, XII, *e* e *g*: ofensa inocorrente. (...) ***Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS).*** RE 539.130 *RTJ* 213/682
Ct	CF/1988, arts. 5º, IV, V, X, XIII, XIV, e 220: eficácia plena e aplicabilidade imediata. (...) ***Liberdade de imprensa.*** ADPF 130 *RTJ* 213/20
Ct	CF/1988, arts. 5º, IV, IX, XIII, XIV, e 220: inteligência. (...) ***Liberdade de exercício profissional.*** RE 511.961 *RTJ* 213/605
Ct	CF/1988, arts. 5º, IX e XIII, e 220, § 1º. (...) ***Liberdade de exercício profissional.*** RE 511.961 *RTJ* 213/605
PrTr	CF/1988, arts. 5º, XXXV, e 114, § 1º. (...) ***Jurisdição trabalhista.*** ADI 2.139-MC *RTJ* 213/184
Ct	CF/1988, art. 5º, LXXII. (...) ***Habeas data.*** HD 87-AgR *RTJ* 213/17
Ct	CF/1988, art. 22, I. (...) ***Competência legislativa.*** ADI 4.190-MC-REF *RTJ* 213/436
Ct	CF/1988, art. 37, IX. (...) ***Competência jurisdicional.*** Rcl 7.157-AgR *RTJ* 213/496
Ct	CF/1988, art. 52, X. (...) ***Controle de constitucionalidade.*** ADI 3.929-MC *RTJ* 213/423
Ct	CF/1988, art. 75 c/c art. 73, § 3º. (...) ***Tribunal de Contas estadual.*** ADI 4.190-MC-REF *RTJ* 213/436
Trbt	CF/1988, arts. 84, *caput*, IV e parágrafo único, e 153, § 1º: ofensa inocorrente. (...) ***Imposto de Exportação.*** RE 570.680 *RTJ* 213/693
PrSTF	CF/1988, art. 103, IX. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 4.190-MC-REF *RTJ* 213/436
Ct	CF/1988, art. 105, I, *a*. (...) ***Competência originária.*** ADI 4.190-MC-REF *RTJ* 213/436
Ct	CF/1988, arts. 114, § 2º, e 217, § 1º. (...) ***Poder Judiciário.*** ADI 2.139-MC *RTJ* 213/184
PrCv	CF/1988, arts. 127, *caput*, e 129, III. (...) ***Ação civil pública.*** RE 511.961 *RTJ* 213/605
Ct	CF/1988, art. 129, IV. (...) ***Câmara Municipal.*** ADI 4.307-MC-REF *RTJ* 213/460
Trbt	CF/1988, art. 150, VI, *a*. (...) ***Imunidade tributária recíproca.*** AI 718.646-AgR *RTJ* 213/719

Trbt	CF/1988, art. 155, § 2º, X, *a*. (...) ***Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS).*** RE 248.499 *RTJ* 213/598
PrSTF	CF/1988, art. 195, I, *b*. (...) ***Medida cautelar.*** ADC 18-MC-QO-terceira *RTJ* 213/11
Ct	CF/1988, art. 220. (...) ***Direitos fundamentais.*** ADPF 130 *RTJ* 213/20
Ct	CF/1988, art. 220. (...) ***Liberdade de imprensa.*** ADPF 130 *RTJ* 213/20
Ct	CF/1988, art. 220, § 5º. (...) ***Liberdade de imprensa.*** ADPF 130 *RTJ* 213/20
PrPn	***Citação por edital.*** Interrogatório. Prazo: inobservância. Nulidade absoluta. CPP/1941, art. 361. HC 91.431 *RTJ* 213/519
PrPn	***Citação por edital.*** Prazo: termo inicial. CPP/1941, art. 365, V. HC 91.431 *RTJ* 213/519
PrTr	Citação por edital: inviabilidade. (...) ***Reclamação trabalhista.*** ADI 2.139-MC *RTJ* 213/184
PrTr	CLT/1943, art. 625-D, introduzido pelo art. 1º da Lei 9.958/2000: interpretação conforme à Constituição. (...) ***Jurisdição trabalhista.*** ADI 2.139-MC *RTJ* 213/184
TrGr	CLT/1943, art. 625-E, introduzido pelo art. 1º da Lei 9.958/2000. (...) ***Termo de conciliação.*** ADI 2.139-MC *RTJ* 213/184
PrTr	CLT/1943, art. 852-B, II, introduzido pelo art. 1º da Lei 9.958/2000. (...) ***Reclamação trabalhista.*** ADI 2.139-MC *RTJ* 213/184
PrSTF	Cofins e PIS/PASEP. (...) ***Medida cautelar.*** ADC 18-MC-QO-terceira *RTJ* 213/11
Ct	Colisão. (...) ***Direitos fundamentais.*** ADPF 130 *RTJ* 213/20
PrTr	Comissão de conciliação prévia. (...) ***Jurisdição trabalhista.*** ADI 2.139-MC *RTJ* 213/184
PrSTF	***Competência jurisdicional.*** Ações diretas de inconstitucionalidade. Objeto: identidade parcial. Prevenção: data da distribuição. ADI 2.139-MC *RTJ* 213/184
Ct	***Competência jurisdicional.*** Justiça comum. Servidor público. Contratação temporária. Relação jurídico-administrativa. Justiça do Trabalho: incompetência. Decisão na ADI 3.395-MC: ofensa. CF/1988, art. 37, IX. Rcl 7.157-AgR *RTJ* 213/496
Ct	***Competência legislativa.*** União Federal. Crime de responsabilidade. Definição, processo e julgamento. CF/1988, art. 22, I. Súmula 722. ADI 4.190-MC-REF *RTJ* 213/436
Ct	***Competência originária.*** Superior Tribunal de Justiça (STJ). Membro de Tribunal de Contas estadual. Crime comum e de responsabilidade.

	Processo e julgamento. CF/1988, art. 105, I, *a*. ADI 4.190-MC-REF *RTJ* 213/436
Trbt	Competência privativa do presidente da República: não configuração. (...) ***Imposto de Exportação.*** RE 570.680 *RTJ* 213/693
Ct	Composição. (...) ***Câmara Municipal.*** ADI 4.307-MC-REF *RTJ* 213/460
Ct	Comunicação ao Senado Federal: inconstitucionalidade total. (...) ***Controle de constitucionalidade.*** ADI 3.929-MC *RTJ* 213/423
PrPn	Concessão de ofício. (...) ***Habeas corpus.*** HC 91.431 *RTJ* 213/519
Pn	Condenação por tráfico de entorpecente. (...) ***Execução penal.*** HC 97.147 *RTJ* 213/561
Pn	Conduta formalmente típica. (...) ***Estatuto do desarmamento.*** HC 96.532 *RTJ* 213/555
PrSTF	Conhecimento parcial. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 2.139-MC *RTJ* 213/184
Ct	Conselheiro. (...) ***Tribunal de Contas estadual.*** ADI 4.190-MC-REF *RTJ* 213/436
Ct	Conselheiro: afastamento do cargo. (...) ***Tribunal de Contas estadual.*** ADI 4.190-MC-REF *RTJ* 213/436
Ct	Contratação temporária. (...) ***Competência jurisdicional.*** Rcl 7.157-AgR *RTJ* 213/496
PrPn	Contrato de publicidade. (...) ***Denúncia.*** Inq 2.280 *RTJ* 213/212
Ct	***Controle abstrato de constitucionalidade.*** Lei municipal em face da Constituição estadual. Caráter objetivo. Prazo recursal em dobro: descabimento. CPC/1973, art. 188: inaplicabilidade. RE 579.760-ED *RTJ* 213/716
Ct	***Controle de constitucionalidade.*** *Incidenter tantum*. Supremo Tribunal Federal (STF): declaração de inconstitucionalidade parcial. Comunicação ao Senado Federal: inconstitucionalidade total. Norma tributária: suspensão *erga omnes* da eficácia de todo o texto. CF/1988, art. 52, X. Resolução 7/2007-Senado Federal. ADI 3.929-MC *RTJ* 213/423
Ct	Controle difuso de constitucionalidade. (...) ***Ação civil pública.*** RE 511.961 *RTJ* 213/605
Ct	Controle estatal prévio: vedação. (...) ***Liberdade de exercício profissional.*** RE 511.961 *RTJ* 213/605
PrPn	Conveniência da instrução criminal: ameaça a testemunha. (...) ***Prisão preventiva.*** HC 98.197 *RTJ* 213/578

PrPn Conveniência da instrução criminal e garantia da ordem pública. (...) ***Prisão preventiva.*** HC 93.639 *RTJ* 213/523

Trbt Convênio ICMS 91/1991-Confaz: autorização. (...) ***Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS).*** RE 539.130 *RTJ* 213/682

Trbt Cooperativa de ensino. (...) ***Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições (SIMPLES).*** RE 436.017-AgR-ED *RTJ* 213/602

Pn CP/1940, art. 16. (...) ***Execução penal.*** HC 99.918 *RTJ* 213/588

Pn CP/1940, art. 26, *caput* e parágrafo único, c/c art. 98. (...) ***Medida de segurança.*** HC 85.401 *RTJ* 213/512

Pn CP/1940, art. 107, I e IV, c/c art. 115. (...) ***Extinção da punibilidade.*** Inq 2.280 *RTJ* 213/212

Pn CP/1940, art. 109, IV. (...) ***Inquérito judicial.*** Inq 2.280 *RTJ* 213/212

PrPn CP/1940, art. 312. (...) ***Denúncia.*** Inq 2.280 *RTJ* 213/212

Ct CPC/1973, art. 188: inaplicabilidade. (...) ***Controle abstrato de constitucionalidade.*** RE 579.760-ED *RTJ* 213/716

PrCv CPC/1973, art. 557, § 2º, c/c arts. 14, II e III, e 17, VII. (...) ***Agravo regimental.*** RMS 25.595-AgR *RTJ* 213/506

PrPn CPP/1941, art. 41. (...) ***Denúncia.*** Inq 2.280 *RTJ* 213/212

PrPn CPP/1941, art. 61. (...) ***Habeas corpus.*** HC 91.431 *RTJ* 213/519

PrPn CPP/1941, art. 312. (...) ***Prisão preventiva.*** HC 98.197 *RTJ* 213/578

PrPn CPP/1941, art. 361. (...) ***Citação por edital.*** HC 91.431 *RTJ* 213/519

PrPn CPP/1941, art. 365, V. (...) ***Citação por edital.*** HC 91.431 *RTJ* 213/519

PrPn CPP/1941, art. 514. (...) ***Processo criminal.*** HC 89.517 *RTJ* 213/516

Ct Criação de conselho de fiscalização profissional: impossibilidade. (...) ***Liberdade de exercício profissional.*** RE 511.961 *RTJ* 213/605

PrPn Crime antecedente: peculato. (...) ***Denúncia.*** Inq 2.280 *RTJ* 213/212

Ct Crime comum e de responsabilidade. (...) ***Competência originária.*** ADI 4.190-MC-REF *RTJ* 213/436

PrPn Crime contra a ordem tributária: apuração. (...) ***Inquérito policial.*** HC 95.443 *RTJ* 213/537

Ct Crime de responsabilidade. (...) ***Competência legislativa.*** ADI 4.190-MC-REF *RTJ* 213/436

Ct ***Crime de responsabilidade.*** Natureza jurídica. ADI 4.190-MC-REF *RTJ* 213/436

Pn Crime eleitoral: prescrição da pretensão punitiva. (...) ***Inquérito judicial.*** Inq 2.280 *RTJ* 213/212

PrPn Crime funcional. (...) ***Processo criminal.*** HC 89.517 *RTJ* 213/516

Pn Crime punível com reclusão: internação. (...) ***Medida de segurança.*** HC 85.401 *RTJ* 213/512

D

Ct Dano moral, material ou à imagem. (...) ***Liberdade de imprensa.*** ADPF 130 *RTJ* 213/20

PrCv Decadência: inocorrência. (...) ***Mandado de segurança.*** RMS 24.250 *RTJ* 213/502

PrSTF Decisão de relator: excepcionalidade. (...) ***Medida cautelar.*** ADI 4.307-MC-REF *RTJ* 213/460

Ct Decisão na ADI 3.395-MC: ofensa. (...) ***Competência jurisdicional.*** Rcl 7.157-AgR *RTJ* 213/496

Pn Declaração. (...) ***Extinção da punibilidade.*** Inq 2.280 *RTJ* 213/212

PrCv Decreto 3.860/2001, art. 27. (...) ***Mandado de segurança.*** RMS 25.595-AgR *RTJ* 213/506

Trbt Decreto estadual 7.004/1990/PR e Convênio ICMS 4/1990. (...) ***Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS).*** RE 248.499 *RTJ* 213/598

Trbt Decreto legislativo estadual 6.591/1992/RS: promulgação. (...) ***Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS).*** RE 539.130 *RTJ* 213/682

Ct Decreto-Lei 972/1969, art. 4º, V: não recepção pela CF/1988. (...) ***Liberdade de exercício profissional.*** RE 511.961 *RTJ* 213/605

Trbt Decreto-Lei 1.578/1977. (...) ***Imposto de Exportação.*** RE 570.680 *RTJ* 213/693

PrPn Defesa preliminar: intimação inocorrente. (...) ***Processo criminal.*** HC 89.517 *RTJ* 213/516

Ct Definição, processo e julgamento. (...) ***Competência legislativa.*** ADI 4.190-MC-REF *RTJ* 213/436

PrPn ***Denúncia.*** Recebimento. Descrição suficiente do fato e indícios de autoria. Peculato e lavagem de dinheiro. Direito de defesa: exercício. CPP/1941, art. 41. Inq 2.280 *RTJ* 213/212

PrPn ***Denúncia.*** Recebimento. Lavagem de dinheiro. Ocultação e dissimulação da origem, movimentação, localização e propriedade de valores. Crime antecedente: peculato. Lei 9.613/1998, art. 1º. Inq 2.280 *RTJ* 213/212

PrPn ***Denúncia.*** Recebimento. Peculato. Patrocínio de evento esportivo. Contrato de publicidade. Desvio de recursos públicos para financiamento de campanha eleitoral. CP/1940, art. 312. Inq 2.280 *RTJ* 213/212

PrCv Descabimento. (...) ***Mandado de segurança.*** MS 26.908-AgR *RTJ* 213/510

PrPn Descrição suficiente do fato e indícios de autoria. (...) ***Denúncia.*** Inq 2.280 *RTJ* 213/212

PrPn Desentranhamento do acórdão. (...) ***Processo criminal.*** HC 94.731 *RTJ* 213/527

PrPn Desvio de recursos públicos para financiamento de campanha eleitoral. (...) ***Denúncia.*** Inq 2.280 *RTJ* 213/212

Trbt Direito à adesão. (...) ***Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições (SIMPLES).*** RE 436.017-AgR-ED *RTJ* 213/602

Ct Direito à informação. (...) ***Liberdade de imprensa.*** ADPF 130 *RTJ* 213/20

PrPn Direito de defesa: exercício. (...) ***Denúncia.*** Inq 2.280 *RTJ* 213/212

Ct Direito de resposta. (...) ***Liberdade de imprensa.*** ADPF 130 *RTJ* 213/20

PrCv Direito líquido e certo inexistente. (...) ***Mandado de segurança.*** RMS 25.595-AgR *RTJ* 213/506

Ct Direitos à imagem, honra, intimidade e vida privada: incidência *a posteriori*. (...) ***Direitos fundamentais.*** ADPF 130 *RTJ* 213/20

Ct ***Direitos fundamentais.*** Colisão. Liberdade de expressão e direito à informação: sobredireito. Direitos à imagem, honra, intimidade e vida privada: incidência *a posteriori*. CF/1988, art. 220. ADPF 130 *RTJ* 213/20

PrSTF Dispositivo impugnado anterior à CF/1988. (...) ***Arguição de descumprimento de preceito fundamental.*** ADPF 130 *RTJ* 213/20

Ct Dissídio coletivo e desporto. (...) ***Poder Judiciário.*** ADI 2.139-MC *RTJ* 213/184

PrTr Dissídio individual. (...) ***Jurisdição trabalhista.*** ADI 2.139-MC *RTJ* 213/184

E

Ct Efeitos: retroação. (...) ***Câmara Municipal.*** ADI 4.307-MC-REF *RTJ* 213/460

PrSTF Efeitos *ex tunc*. (...) ***Medida cautelar.*** ADI 4.307-MC-REF *RTJ* 213/460

Ct Eficácia *erga omnes*. (...) ***Ação civil pública.*** RE 511.961 *RTJ* 213/605

TrGr Eficácia liberatória. (...) ***Termo de conciliação.*** ADI 2.139-MC *RTJ* 213/184

El ***Eleição.*** Câmara Municipal. Legislatura em curso. Posse de suplente de vereador: descabimento. Princípio da soberania popular. CF/1988, arts. 1º, parágrafo único, 14 e 16. ADI 4.307-MC-REF *RTJ* 213/460

PrSTF Emenda constitucional. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 4.307-MC-REF *RTJ* 213/460

Ct Emenda Constitucional 58/2009, art. 3º, I: suspensão cautelar. (...) ***Câmara Municipal.*** ADI 4.307-MC-REF *RTJ* 213/460

Ct Emenda Constitucional estadual 40/2009/RJ: suspensão cautelar. (...) ***Tribunal de Contas estadual.*** ADI 4.190-MC-REF *RTJ* 213/436

PrPn Empresa: sonegação de documento. (...) ***Inquérito policial.*** HC 95.443 *RTJ* 213/537

Trbt Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT). (...) ***Imunidade tributária recíproca.*** AI 718.646-AgR *RTJ* 213/719

Trbt Empresa pública que exerce atividade econômica e empresa pública prestadora de serviço público: distinção. (...) ***Imunidade tributária recíproca.*** AI 718.646-AgR *RTJ* 213/719

PrCv Ensino superior: criação de curso de graduação em medicina. (...) ***Mandado de segurança.*** RMS 25.595-AgR *RTJ* 213/506

PrSTF Entidade de classe de âmbito nacional. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 4.190-MC-REF *RTJ* 213/436

Ct Equiparação a magistrado. (...) ***Tribunal de Contas estadual.*** ADI 4.190-MC-REF *RTJ* 213/436

Pn Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA). (...) ***Ato infracional.*** HC 98.381 *RTJ* 213/583

Pn ***Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).*** Ato infracional equivalente a crime de bagatela. Princípio da insignificância: aplicabilidade. HC 98.381 *RTJ* 213/583

Pn ***Estatuto do desarmamento.*** Posse ilegal de munição de uso restrito. Conduta formalmente típica. Arma de fogo: ausência. Potencialidade lesiva da munição: inexistência. Atipicidade material dos fatos. Lei 10.826/2003, art. 16. HC 96.532 *RTJ* 213/555

Pn Estrangeiro. (...) ***Execução penal.*** HC 97.147 *RTJ* 213/561

PrPn Excesso de prazo. (...) ***Prisão em flagrante.*** HC 96.415 *RTJ* 213/552

PrPn Excesso de prazo. (...) ***Prisão preventiva.*** HC 93.639 *RTJ* 213/523

Pn ***Execução penal.*** Apropriação indébita. Reparação do dano antes do recebimento da denúncia. Causa de diminuição de pena: inaplicabilidade. Medida liminar em revisão criminal: indeferimento. Paciente: concessão da liberdade até o julgamento da ação. Prazo prescricional: suspensão. Peculiaridades do caso. CP/1940, art. 16. HC 99.918 *RTJ* 213/588

Pn ***Execução penal.*** Progressão de regime prisional: admissibilidade. Pena privativa de liberdade. Estrangeiro. Condenação por tráfico de entorpecente. Processo de expulsão e ausência de domicílio no país: irrelevância. CF/1988, arts. 1º, III, e 5º, *caput* e XLVI. Lei de Execução Penal (LEP), arts. 95, 112, 114, I, e 115, *caput*. Lei 6.815/1980, arts. 67 e 98. HC 97.147 *RTJ* 213/561

Ct Exigência de diploma de curso superior. (...) ***Liberdade de exercício profissional.*** RE 511.961 *RTJ* 213/605

Trbt Exportação de produto industrializado. (...) ***Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS).*** RE 248.499 *RTJ* 213/598

Pn ***Extinção da punibilidade.*** Declaração. Morte de agente e prescrição da pretensão punitiva. CP/1940, art. 107, I e IV, c/c art. 115. Inq 2.280 *RTJ* 213/212

F

Ct Fase administrativa: exaurimento. (...) ***Poder Judiciário.*** ADI 2.139-MC *RTJ* 213/184

PrTr Fase administrativa: não obrigatoriedade. (...) ***Jurisdição trabalhista.*** ADI 2.139-MC *RTJ* 213/184

PrPn Fato concreto: ausência. (...) ***Prisão preventiva.*** HC 98.197 *RTJ* 213/578

PrPn Fato concreto: superação. (...) ***Prisão preventiva.*** HC 93.639 *RTJ* 213/523

PrSTF Faturamento. (...) ***Medida cautelar.*** ADC 18-MC-QO-terceira *RTJ* 213/11

PrPn Fiscalização da Fazenda estadual: imprescindibilidade. (...) ***Inquérito policial.*** HC 95.443 *RTJ* 213/537

Trbt *Free shop* em aeroporto. (...) ***Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS).*** RE 539.130 *RTJ* 213/682

PrPn Fundamentação insuficiente. (...) ***Prisão preventiva.*** HC 93.639 *RTJ* 213/523 – HC 98.197 *RTJ* 213/578

PrPn Fundamentação suficiente. (...) ***Prisão preventiva.*** HC 98.061 *RTJ* 213/573 – HC 98.197 *RTJ* 213/578

PrPn Fundamentos da prisão preventiva: ausência. (...) ***Prisão em flagrante.*** HC 96.415 *RTJ* 213/552

G

PrPn Garantia da ordem pública e aplicação da lei penal. (...) ***Prisão preventiva.*** HC 98.061 *RTJ* 213/573

PrPn Garantia da ordem pública e periculosidade do réu. (...) ***Prisão preventiva.*** HC 98.197 *RTJ* 213/578

Ct Garantia de vitaliciedade. (...) ***Tribunal de Contas estadual.*** ADI 4.190-MC-REF *RTJ* 213/436

H

PrPn ***Habeas corpus.*** Cabimento: excepcionalidade. Medida liminar indeferida por relator do STJ. Súmula 691: abrandamento. HC 96.415 *RTJ* 213/552

PrPn ***Habeas corpus.*** Concessão de ofício. Processo: anulação. Prescrição: ocorrência. CPP/1941, art. 61. HC 91.431 *RTJ* 213/519

PrPn ***Habeas corpus.*** Julgamento. Matéria de prova: inadmissibilidade. Qualificação jurídica de fato incontroverso: possibilidade. HC 98.197 *RTJ* 213/578

PrPn *Habeas corpus*: concessão de ofício. (...) ***Prisão em flagrante.*** HC 96.415 *RTJ* 213/552

Ct ***Habeas data.*** Pretensão resistida: não demonstração. Interesse de agir: ausência. Informação relativa a terceiros: descabimento. CF/1988, art. 5º, LXXII. Lei 9.507/1997, art. 8º, parágrafo único, I. HD 87-AgR *RTJ* 213/17

PrPn Homicídio triplamente qualificado e ocultação de cadáver. (...) ***Prisão preventiva.*** HC 98.061 *RTJ* 213/573

I

Trbt ***Imposto de Exportação.*** Alíquota: alteração. Câmara de Comércio Exterior (CAMEX): faculdade discricionária. Competência privativa do presidente da República: não configuração. CF/1988, arts. 84, *caput*, IV e parágrafo único, e 153, § 1º: ofensa inocorrente. Decreto-Lei 1.578/1977. Resolução 15/2001-Camex. RE 570.680 *RTJ* 213/693

Trbt Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU). (...) ***Imunidade tributária recíproca.*** AI 718.646-AgR *RTJ* 213/719

Trbt ***Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS).*** Exportação de produto industrializado. Imunidade. Natureza da moeda empregada: irrelevância. CF/1988, art. 155, § 2º, X, *a*. Decreto estadual 7.004/1990/PR e Convênio ICMS 4/1990. RE 248.499 *RTJ* 213/598

Trbt ***Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS).*** Isenção. *Free shop* em aeroporto. Regime aduaneiro especial de loja franca. CF/1988, arts. 2º, 150, § 6º, e 155, II, § 2º, XII, *e* e *g*: ofensa inocorrente. Decreto legislativo estadual 6.591/1992/RS: promulgação. Convênio ICMS 91/1991-Confaz: autorização. RE 539.130 *RTJ* 213/682

Ct ***Imprensa.*** Autorregulação. Liberdade e responsabilidade: conciliação. ADPF 130 *RTJ* 213/20

Trbt Imunidade. (...) ***Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS).*** RE 248.499 *RTJ* 213/598

Trbt ***Imunidade tributária recíproca.*** Imposto Predial e Territorial Urbano (IPTU). Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos (ECT). Empresa pública que exerce atividade econômica e empresa pública prestadora de serviço público: distinção. CF/1988, art. 150, VI, *a*. AI 718.646-AgR *RTJ* 213/719

Ct *Incidenter tantum*. (...) ***Controle de constitucionalidade.*** ADI 3.929-MC *RTJ* 213/423

Ct Incompatibilidade material com a ordem constitucional vigente. (...) ***Lei de imprensa.*** ADPF 130 *RTJ* 213/20

PrCv Indeferimento expresso: ausência. (...) ***Mandado de segurança.*** RMS 24.250 *RTJ* 213/502

PrSTF Inexistência de outro meio eficaz. (...) ***Arguição de descumprimento de preceito fundamental.*** ADPF 130 *RTJ* 213/20

Ct Informação relativa a terceiros: descabimento. (...) ***Habeas data.*** HD 87-AgR *RTJ* 213/17

Ct Infração administrativa. (...) ***Tribunal de Contas estadual.*** ADI 4.190-MC-REF *RTJ* 213/436

Pn ***Inquérito judicial.*** Arquivamento. Crime eleitoral: prescrição da pretensão punitiva. CP/1940, art. 109, IV. Inq 2.280 *RTJ* 213/212

PrPn ***Inquérito policial.*** Instauração: possibilidade. Procedimento administrativo não exaurido. Crime contra a ordem tributária: apuração. Quebra de sigilo bancário. Fiscalização da Fazenda estadual: imprescindibilidade. Empresa: sonegação de documento. HC 95.443 *RTJ* 213/537

PrPn Instauração: possibilidade. (...) ***Inquérito policial.*** HC 95.443 *RTJ* 213/537

PrPn Instrução imediata da ação penal: impossibilidade. (...) ***Questão de ordem.*** Inq 2.280 *RTJ* 213/212

Ct Interesse de agir: ausência. (...) ***Habeas data.*** HD 87-AgR *RTJ* 213/17

PrCv Interesses difusos e coletivos. (...) ***Ação civil pública.*** RE 511.961 *RTJ* 213/605

PrSTF Interposição anterior à Emenda Regimental 21/2007. (...) ***Recurso extraordinário.*** RE 511.961 *RTJ* 213/605

PrPn Interrogatório. (...) ***Citação por edital.*** HC 91.431 *RTJ* 213/519

Trbt Isenção. (...) ***Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS).*** RE 539.130 *RTJ* 213/682

J

Ct Jornalista. (...) ***Liberdade de exercício profissional.*** RE 511.961 *RTJ* 213/605

PrPn Julgamento. (...) ***Habeas corpus.*** HC 98.197 *RTJ* 213/578

PrPn Júri: decisão contrária à prova dos autos. (...) ***Processo criminal.*** HC 94.731 *RTJ* 213/527

PrTr ***Jurisdição trabalhista.*** Dissídio individual. Fase administrativa: não obrigatoriedade. Comissão de conciliação prévia. Princípio da inafastabilidade da jurisdição. CF/1988, arts. 5º, XXXV, e 114, § 1º. CLT/1943, art. 625-D, introduzido pelo art. 1º da Lei 9.958/2000: interpretação conforme à Constituição. ADI 2.139-MC *RTJ* 213/184

PrCv Jurisprudência assentada. (...) ***Agravo regimental.*** RMS 25.595-AgR *RTJ* 213/506

Ct Justiça comum. (...) ***Competência jurisdicional.*** Rcl 7.157-AgR *RTJ* 213/496

Ct Justiça do Trabalho: incompetência. (...) ***Competência jurisdicional.*** Rcl 7.157-AgR *RTJ* 213/496

L

PrPn Lavagem de dinheiro. (...) ***Denúncia.*** Inq 2.280 *RTJ* 213/212

Ct Legislação de regência: direito comum. (...) ***Liberdade de imprensa.*** ADPF 130 *RTJ* 213/20

Ct Legislador constituinte: limitação. (...) ***Poder Judiciário.*** ADI 2.139-MC *RTJ* 213/184

El Legislatura em curso. (...) ***Eleição.*** ADI 4.307-MC-REF *RTJ* 213/460

PrCv Legitimidade ativa. (...) ***Ação civil pública.*** RE 511.961 *RTJ* 213/605

PrSTF Legitimidade ativa. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 4.190-MC-REF *RTJ* 213/436

PrSTF Lei 5.250/1967. (...) ***Arguição de descumprimento de preceito fundamental.*** ADPF 130 *RTJ* 213/20

Ct Lei 5.250/1967: não recepção pela CF/1988. (...) ***Lei de imprensa.*** ADPF 130 *RTJ* 213/20

Pn Lei 6.815/1980, arts. 67 e 98. (...) ***Execução penal.*** HC 97.147 *RTJ* 213/561

Trbt Lei 9.317/1996. (...) ***Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições (SIMPLES).*** RE 436.017-AgR-ED *RTJ* 213/602

Ct Lei 9.507/1997, art. 8º, parágrafo único, I. (...) ***Habeas data.*** HD 87-AgR *RTJ* 213/17

PrPn Lei 9.613/1998, art. 1º. (...) ***Denúncia.*** Inq 2.280 *RTJ* 213/212

PrSTF Lei 9.718/1998, art. 3º, § 2º, I. (...) ***Medida cautelar.*** ADC 18-MC-QO-terceira *RTJ* 213/11

PrSTF Lei 9.868/1999, art. 21. (...) ***Medida cautelar.*** ADC 18-MC-QO-terceira *RTJ* 213/11

Pn Lei 10.826/2003, art. 16. (...) ***Estatuto do desarmamento.*** HC 96.532 *RTJ* 213/555

Pn Lei de Execução Penal (LEP), arts. 95, 112, 114, I, e 115, *caput*. (...) ***Execução penal.*** HC 97.147 *RTJ* 213/561

Ct ***Lei de imprensa.*** Bloco normativo indivisível. Incompatibilidade material com a ordem constitucional vigente. Lei 5.250/1967: não recepção pela CF/1988. ADPF 130 *RTJ* 213/20

Ct Lei municipal em face da Constituição estadual. (...) ***Controle abstrato de constitucionalidade.*** RE 579.760-ED *RTJ* 213/716

Ct ***Liberdade de exercício profissional.*** Jornalista. Controle estatal prévio: vedação. Criação de conselho de fiscalização profissional: impossibilidade. CF/1988, arts. 5º, IV, IX, XIII, XIV, e 220: inteligência. RE 511.961 *RTJ* 213/605

Ct ***Liberdade de exercício profissional.*** Jornalista. Reserva legal qualificada. Exigência de diploma de curso superior. Liberdade de expressão e de informação: ofensa. CF/1988, arts. 5º, IX e XIII, e 220, § 1º. Decreto-Lei 972/1969, art. 4º, V: não recepção pela CF/1988. RE 511.961 *RTJ* 213/605

PrCv Liberdade de expressão e de informação. (...) ***Ação civil pública.*** RE 511.961 *RTJ* 213/605

Ct Liberdade de expressão e de informação: ofensa. (...) ***Liberdade de exercício profissional.*** RE 511.961 *RTJ* 213/605

Ct Liberdade de expressão e direito à informação: sobredireito. (...) ***Direitos fundamentais.*** ADPF 130 *RTJ* 213/20

Ct ***Liberdade de imprensa.*** Direito à informação. Regime de atuação plena. Censura prévia: vedação constitucional. CF/1988, art. 220. ADPF 130 *RTJ* 213/20

Ct ***Liberdade de imprensa.*** Direito de resposta. Dano moral, material ou à imagem. Responsabilidade civil: indenização. Legislação de regência: direito comum. CF/1988, arts. 5º, IV, V, X, XIII, XIV, e 220: eficácia plena e aplicabilidade imediata. ADPF 130 *RTJ* 213/20

Ct ***Liberdade de imprensa.*** Pluralismo político e democracia: expressão. Pensamento crítico: alternativa à versão oficial dos fatos. Monopólio ou oligopólio: vedação. CF/1988, art. 220, § 5º. ADPF 130 *RTJ* 213/20

Ct Liberdade e responsabilidade: conciliação. (...) ***Imprensa.*** ADPF 130 *RTJ* 213/20

Ct Limite máximo: alteração. (...) ***Câmara Municipal.*** ADI 4.307-MC-REF *RTJ* 213/460

PrCv Litigância de má-fé. (...) ***Agravo regimental.*** RMS 25.595-AgR *RTJ* 213/506

M

PrCv ***Mandado de segurança.*** Ato de ministro de Estado. Ensino superior: criação de curso de graduação em medicina. Manifestação do Conselho Nacional de Saúde: caráter opinativo. Direito líquido e certo inexistente. Decreto 3.860/2001, art. 27. RMS 25.595-AgR *RTJ* 213/506

PrCv ***Mandado de segurança.*** Decadência: inocorrência. Vencimentos de servidor público. Prestação de trato sucessivo. Indeferimento expresso: ausência. Prazo: renovação a cada ato. RMS 24.250 *RTJ* 213/502

PrCv ***Mandado de segurança.*** Descabimento. Ato jurisdicional do STF. MS 26.908-AgR *RTJ* 213/510

PrCv Manifestação do Conselho Nacional de Saúde: caráter opinativo. (...) ***Mandado de segurança.*** RMS 25.595-AgR *RTJ* 213/506

PrPn Matéria de prova: inadmissibilidade. (...) ***Habeas corpus.*** HC 98.197 *RTJ* 213/578

PrSTF ***Medida cautelar.*** Ação declaratória de constitucionalidade. Prorrogação da eficácia: situação excepcional reconhecida pelo STF. Cofins e PIS/PASEP. Faturamento. Base de cálculo: exclusão do ICMS. CF/1988, art. 195, I, *b*. Lei 9.868/1999, art. 21. Lei 9.718/1998, art. 3º, § 2º, I. ADC 18-MC-QO-terceira *RTJ* 213/11

PrSTF ***Medida cautelar.*** Ação direta de inconstitucionalidade. Decisão de relator: excepcionalidade. Referendo do Plenário. ADI 4.307-MC-REF *RTJ* 213/460

PrSTF ***Medida cautelar.*** Ação direta de inconstitucionalidade. Efeitos *ex tunc*. ADI 4.307-MC-REF *RTJ* 213/460

Pn ***Medida de segurança.*** Semi-imputabilidade. Crime punível com reclusão: internação. Substituição por tratamento ambulatorial: possibilidade. Recomendação do laudo médico. CP/1940, art. 26, *caput* e parágrafo único, c/c art. 98. HC 85.401 *RTJ* 213/512

Pn Medida liminar em revisão criminal: indeferimento. (...) ***Execução penal.*** HC 99.918 *RTJ* 213/588

PrPn Medida liminar indeferida por relator do STJ. (...) ***Habeas corpus.*** HC 96.415 *RTJ* 213/552

Pn Medida socioeducativa: caráter educativo, preventivo e protetor. (...) ***Ato infracional.*** HC 98.381 *RTJ* 213/583

Ct Membro de Tribunal de Contas estadual. (...) ***Competência originária.*** ADI 4.190-MC-REF *RTJ* 213/436

PrTr *Mens legis*: celeridade. (...) ***Reclamação trabalhista.*** ADI 2.139-MC *RTJ* 213/184

PrCv Ministério Público. (...) ***Ação civil pública.*** RE 511.961 *RTJ* 213/605

Ct Monopólio ou oligopólio: vedação. (...) ***Liberdade de imprensa.*** ADPF 130 *RTJ* 213/20

Pn Morte de agente e prescrição da pretensão punitiva. (...) ***Extinção da punibilidade.*** Inq 2.280 *RTJ* 213/212

N

Trbt Natureza da moeda empregada: irrelevância. (...) ***Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS).*** RE 248.499 *RTJ* 213/598

Ct Natureza jurídica. (...) ***Crime de responsabilidade.*** ADI 4.190-MC-REF *RTJ* 213/436

Ct Norma tributária: suspensão *erga omnes* da eficácia de todo o texto. (...) ***Controle de constitucionalidade.*** ADI 3.929-MC *RTJ* 213/423

PrPn Novo julgamento. (...) ***Processo criminal.*** HC 94.731 *RTJ* 213/527

PrPn Nulidade absoluta. (...) ***Citação por edital.*** HC 91.431 *RTJ* 213/519

PrPn Nulidade inocorrente. (...) ***Processo criminal.*** HC 94.731 *RTJ* 213/527

Ct Número de vereador. (...) ***Câmara Municipal.*** ADI 4.307-MC-REF *RTJ* 213/460

O

PrSTF Objeto: identidade parcial. (...) ***Competência jurisdicional.*** ADI 2.139-MC *RTJ* 213/184

PrPn Ocultação e dissimulação da origem, movimentação, localização e propriedade de valores. (...) ***Denúncia.*** Inq 2.280 *RTJ* 213/212

P

Pn Paciente: concessão da liberdade até o julgamento da ação. (...) ***Execução penal.*** HC 99.918 *RTJ* 213/588

TrGr Parcelas constantes do recibo: abrangência da quitação. (...) ***Termo de conciliação.*** ADI 2.139-MC *RTJ* 213/184

PrPn Patrocínio de evento esportivo. (...) ***Denúncia.*** Inq 2.280 *RTJ* 213/212

PrPn Peculato. (...) ***Denúncia.*** Inq 2.280 *RTJ* 213/212

PrPn Peculato e lavagem de dinheiro. (...) ***Denúncia.*** Inq 2.280 *RTJ* 213/212

Pn Peculiaridades do caso. (...) ***Ato infracional.*** HC 98.381 *RTJ* 213/583

Pn Peculiaridades do caso. (...) ***Execução penal.*** HC 99.918 *RTJ* 213/588

Pn Pena privativa de liberdade. (...) ***Execução penal.*** HC 97.147 *RTJ* 213/561

Ct Pensamento crítico: alternativa à versão oficial dos fatos. (...) ***Liberdade de imprensa.*** ADPF 130 *RTJ* 213/20

Ct Perda do cargo: decisão judicial transitada em julgado. (...) ***Tribunal de Contas estadual.*** ADI 4.190-MC-REF *RTJ* 213/436

PrPn Periculosidade do réu e possibilidade de fuga. (...) ***Prisão preventiva.*** HC 98.061 *RTJ* 213/573

PrSTF Pertinência temática. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 4.190-MC-REF *RTJ* 213/436

PrSTF Petição inicial. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 2.139-MC *RTJ* 213/184

Ct Pluralismo político e democracia: expressão. (...) ***Liberdade de imprensa.*** ADPF 130 *RTJ* 213/20

Ct ***Poder Judiciário.*** Prestação jurisdicional. Fase administrativa: exaurimento. Legislador constituinte: limitação. Dissídio coletivo e desporto. CF/1988, arts. 114, § 2º, e 217, § 1º. ADI 2.139-MC *RTJ* 213/184

Ct Poder Legislativo. (...) ***Tribunal de Contas estadual.*** ADI 4.190-MC-REF *RTJ* 213/436

El Posse de suplente de vereador: descabimento. (...) ***Eleição.*** ADI 4.307-MC-REF *RTJ* 213/460

Pn Posse ilegal de munição de uso restrito. (...) ***Estatuto do desarmamento.*** HC 96.532 *RTJ* 213/555

Pn Potencialidade lesiva da munição: inexistência. (...) ***Estatuto do desarmamento.*** HC 96.532 *RTJ* 213/555

PrPn Prazo: inobservância. (...) ***Citação por edital.*** HC 91.431 *RTJ* 213/519

PrCv Prazo: renovação a cada ato. (...) ***Mandado de segurança.*** RMS 24.250 *RTJ* 213/502

PrPn Prazo: termo inicial. (...) ***Citação por edital.*** HC 91.431 *RTJ* 213/519

Pn Prazo prescricional: suspensão. (...) ***Execução penal.*** HC 99.918 *RTJ* 213/588

Ct Prazo recursal em dobro: descabimento. (...) ***Controle abstrato de constitucionalidade.*** RE 579.760-ED *RTJ* 213/716

PrPn Prejuízo à defesa: ausência. (...) ***Processo criminal.*** HC 89.517 *RTJ* 213/516

PrPn Prejuízo não demonstrado. (...) ***Processo criminal.*** HC 94.731 *RTJ* 213/527

PrPn Prescrição: ocorrência. (...) ***Habeas corpus.*** HC 91.431 *RTJ* 213/519

PrCv Prestação de trato sucessivo. (...) ***Mandado de segurança.*** RMS 24.250 *RTJ* 213/502

Ct Prestação jurisdicional. (...) ***Poder Judiciário.*** ADI 2.139-MC *RTJ* 213/184

Ct Pretensão resistida: não demonstração. (...) ***Habeas data.*** HD 87-AgR *RTJ* 213/17

PrSTF Prevenção: data da distribuição. (...) ***Competência jurisdicional.*** ADI 2.139-MC *RTJ* 213/184

PrPn Primariedade e bons antecedentes: irrelevância. (...) ***Prisão preventiva.*** HC 98.197 *RTJ* 213/578

PrTr Princípio da inafastabilidade da jurisdição. (...) ***Jurisdição trabalhista.*** ADI 2.139-MC *RTJ* 213/184

Pn Princípio da insignificância: aplicabilidade. (...) ***Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA).*** HC 98.381 *RTJ* 213/583

Pn Princípio da insignificância: inaplicabilidade. (...) ***Ato infracional.*** HC 98.381 *RTJ* 213/583

PrTr Princípio da isonomia. (...) ***Reclamação trabalhista.*** ADI 2.139-MC *RTJ* 213/184

El Princípio da soberania popular. (...) ***Eleição.*** ADI 4.307-MC-REF *RTJ* 213/460

PrSTF Princípio da subsidiariedade. (...) ***Arguição de descumprimento de preceito fundamental.*** ADPF 130 *RTJ* 213/20

PrPn ***Prisão em flagrante.*** Excesso de prazo. Fundamentos da prisão preventiva: ausência. *Habeas corpus*: concessão de ofício. HC 96.415 *RTJ* 213/552

PrPn ***Prisão preventiva.*** Excesso de prazo. Responsabilidade da defesa: ausência. HC 93.639 *RTJ* 213/523

PrPn ***Prisão preventiva.*** Fundamentação insuficiente. Conveniência da instrução criminal: ameaça a testemunha. Fato concreto: ausência. CPP/1941, art. 312. HC 98.197 *RTJ* 213/578

PrPn ***Prisão preventiva.*** Fundamentação insuficiente. Conveniência da instrução criminal e garantia da ordem pública. Fato concreto: superação. HC 93.639 *RTJ* 213/523

PrPn ***Prisão preventiva.*** Fundamentação suficiente. Garantia da ordem pública e aplicação da lei penal. Periculosidade do réu e possibilidade de fuga. Homicídio triplamente qualificado e ocultação de cadáver. HC 98.061 *RTJ* 213/573

PrPn ***Prisão preventiva.*** Fundamentação suficiente. Garantia da ordem pública e periculosidade do réu. Primariedade e bons antecedentes: irrelevância. CPP/1941, art. 312. HC 98.197 *RTJ* 213/578

PrPn Procedimento administrativo não exaurido. (...) ***Inquérito policial.*** HC 95.443 *RTJ* 213/537

PrTr Procedimento sumaríssimo. (...) ***Reclamação trabalhista.*** ADI 2.139-MC *RTJ* 213/184

PrPn Processo: anulação. (...) ***Habeas corpus.*** HC 91.431 *RTJ* 213/519

PrPn ***Processo criminal.*** Crime funcional. Defesa preliminar: intimação inocorrente. Sentença condenatória superveniente. Prejuízo à defesa: ausência. CPP/1941, art. 514. HC 89.517 *RTJ* 213/516

PrPn ***Processo criminal.*** Nulidade inocorrente. Júri: decisão contrária à prova dos autos. Novo julgamento. Apelação criminal: excesso de linguagem. Desentranhamento do acórdão. Prejuízo não demonstrado. HC 94.731 *RTJ* 213/527

Pn Processo de expulsão e ausência de domicílio no país: irrelevância. (...) ***Execução penal.*** HC 97.147 *RTJ* 213/561

Ct Processo e julgamento. (...) ***Competência originária.*** ADI 4.190-MC-REF *RTJ* 213/436

Pn Progressão de regime prisional: admissibilidade. (...) ***Execução penal.*** HC 97.147 *RTJ* 213/561

PrSTF Prorrogação da eficácia: situação excepcional reconhecida pelo STF. (...) ***Medida cautelar.*** ADC 18-MC-QO-terceira *RTJ* 213/11

PrPn Publicação do acórdão que recebeu a denúncia: necessidade. (...) ***Questão de ordem.*** Inq 2.280 *RTJ* 213/212

Q

PrPn Qualificação jurídica de fato incontroverso: possibilidade. (...) ***Habeas corpus.*** HC 98.197 *RTJ* 213/578

PrPn Quebra de sigilo bancário. (...) ***Inquérito policial.*** HC 95.443 *RTJ* 213/537

PrPn ***Questão de ordem.*** Instrução imediata da ação penal: impossibilidade. Publicação do acórdão que recebeu a denúncia: necessidade. Inq 2.280 *RTJ* 213/212

R

PrPn Recebimento. (...) ***Denúncia.*** Inq 2.280 *RTJ* 213/212

PrTr ***Reclamação trabalhista.*** Procedimento sumaríssimo. *Mens legis*: celeridade. Citação por edital: inviabilidade. Réu em lugar incerto e não sabido: adoção do procedimento ordinário. Princípio da isonomia. CLT/1943, art. 852-B, II, introduzido pelo art. 1º da Lei 9.958/2000. ADI 2.139-MC *RTJ* 213/184

Pn Recomendação do laudo médico. (...) ***Medida de segurança.*** HC 85.401 *RTJ* 213/512

PrSTF ***Recurso extraordinário.*** Repercussão geral: inexigibilidade. Interposição anterior à Emenda Regimental 21/2007. Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF). RE 511.961 *RTJ* 213/605

PrSTF Referendo do Plenário. (...) ***Medida cautelar.*** ADI 4.307-MC-REF *RTJ* 213/460

Trbt Regime aduaneiro especial de loja franca. (...) ***Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS).*** RE 539.130 *RTJ* 213/682

Ct Regime de atuação plena. (...) ***Liberdade de imprensa.*** ADPF 130 *RTJ* 213/20

PrSTF Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal (RISTF). (...) ***Recurso extraordinário.*** RE 511.961 *RTJ* 213/605

Ct Relação jurídico-administrativa. (...) ***Competência jurisdicional.*** Rcl 7.157-AgR *RTJ* 213/496

Pn Reparação do dano antes do recebimento da denúncia. (...) ***Execução penal.*** HC 99.918 *RTJ* 213/588

PrSTF Repercussão geral: inexigibilidade. (...) ***Recurso extraordinário.*** RE 511.961 *RTJ* 213/605

Ct Reserva legal qualificada. (...) ***Liberdade de exercício profissional.*** RE 511.961 *RTJ* 213/605

Ct Resolução 7/2007-Senado Federal. (...) ***Controle de constitucionalidade.*** ADI 3.929-MC *RTJ* 213/423

PrSTF Resolução 7/2007-Senado Federal: suspensão dos efeitos dos arts. 6º e 7° da Lei estadual 7.003/1990/SP e dos arts. 4°, 8º, 9º, 10, 11, 12 e 13 da Lei estadual 7.646/1991/SP. (...) ***Ação direta de inconstitucionalidade.*** ADI 3.929-MC *RTJ* 213/423

Trbt Resolução 15/2001-Camex. (...) ***Imposto de Exportação.*** RE 570.680 *RTJ* 213/693

Ct Responsabilidade civil: indenização. (...) ***Liberdade de imprensa.*** ADPF 130 *RTJ* 213/20

PrPn Responsabilidade da defesa: ausência. (...) ***Prisão preventiva.*** HC 93.639 *RTJ* 213/523

PrTr Réu em lugar incerto e não sabido: adoção do procedimento ordinário. (...) ***Reclamação trabalhista.*** ADI 2.139-MC *RTJ* 213/184

S

TrGr Segurança jurídica e razoabilidade. (...) ***Termo de conciliação.*** ADI 2.139-MC *RTJ* 213/184

Pn Semi-imputabilidade. (...) ***Medida de segurança.*** HC 85.401 *RTJ* 213/512

PrPn Sentença condenatória superveniente. (...) ***Processo criminal.*** HC 89.517 *RTJ* 213/516

Ct Servidor público. (...) ***Competência jurisdicional.*** Rcl 7.157-AgR *RTJ* 213/496

Trbt ***Sistema Integrado de Pagamento de Impostos e Contribuições (SIMPLES).*** Cooperativa de ensino. Direito à adesão. Lei 9.317/1996. RE 436.017-AgR-ED *RTJ* 213/602

Pn Substituição por tratamento ambulatorial: possibilidade. (...) ***Medida de segurança.*** HC 85.401 *RTJ* 213/512

PrPn Súmula 691: abrandamento. (...) ***Habeas corpus.*** HC 96.415 *RTJ* 213/552

Ct Súmula 722. (...) ***Competência legislativa.*** ADI 4.190-MC-REF *RTJ* 213/436

Ct Superior Tribunal de Justiça (STJ). (...) ***Competência originária.*** ADI 4.190-MC-REF *RTJ* 213/436

Ct Supremo Tribunal Federal (STF): declaração de inconstitucionalidade parcial. (...) ***Controle de constitucionalidade.*** ADI 3.929-MC *RTJ* 213/423

T

TrGr ***Termo de conciliação.*** Título executivo extrajudicial. Eficácia liberatória. Parcelas constantes do recibo: abrangência da quitação. Segurança jurídica e razoabilidade. CLT/1943, art. 625-E, introduzido pelo art. 1º da Lei 9.958/2000. ADI 2.139-MC *RTJ* 213/184

TrGr Título executivo extrajudicial. (...) ***Termo de conciliação.*** ADI 2.139-MC *RTJ* 213/184

Ct ***Tribunal de Contas estadual.*** Autonomia. Poder Legislativo. Vínculo de subordinação: ausência. ADI 4.190-MC-REF *RTJ* 213/436

Ct ***Tribunal de Contas estadual.*** Conselheiro. Garantia de vitaliciedade. Equiparação a magistrado. Perda do cargo: decisão judicial transitada

em julgado. CF/1988, art. 75 c/c art. 73, § 3º. ADI 4.190-MC-REF *RTJ* 213/436

Ct ***Tribunal de Contas estadual.*** Conselheiro: afastamento do cargo. Infração administrativa. Assembleia Legislativa: deliberação. Emenda Constitucional estadual 40/2009/RJ: suspensão cautelar. ADI 4.190-MC-REF *RTJ* 213/436

U

Ct União Federal. (...) ***Competência legislativa.*** ADI 4.190-MC-REF *RTJ* 213/436

V

PrCv Vencimentos de servidor público. (...) ***Mandado de segurança.*** RMS 24.250 *RTJ* 213/502

Ct Vínculo de subordinação: ausência. (...) ***Tribunal de Contas estadual.*** ADI 4.190-MC-REF *RTJ* 213/436

ÍNDICE NUMÉRICO

ACÓRDÃOS

18	(ADC-MC-QO-terceira)	Rel.: Min. Celso de Mello	213/11
87	(HD-AgR)	Rel.: Min. Cármen Lúcia	213/17
130	(ADPF)	Rel.: Min. Ayres Britto	213/20
2.139	(ADI-MC)	Rel. p/ o ac.: Min. Marco Aurélio	213/184
2.280	(Inq)	Rel.: Min. Joaquim Barbosa	213/212
3.929	(ADI-MC)	Rel.: Min. Ellen Gracie	213/423
4.190	(ADI-MC-REF)	Rel.: Min. Celso de Mello	213/436
4.307	(ADI-MC-REF)	Rel.: Min. Cármen Lúcia	213/460
7.157	(Rcl-AgR)	Rel.: Min. Dias Toffoli	213/496
24.250	(RMS)	Rel.: Min. Cezar Peluso	213/502
25.595	(RMS-AgR)	Rel.: Min. Cezar Peluso	213/506
26.908	(MS-AgR)	Rel.: Min. Eros Grau	213/510
85.401	(HC)	Rel.: Min. Cezar Peluso	213/512
89.517	(HC)	Rel.: Min. Cezar Peluso	213/516
91.431	(HC)	Rel.: Min. Cezar Peluso	213/519
93.639	(HC)	Rel.: Min. Eros Grau	213/523
94.731	(HC)	Rel.: Min. Dias Toffoli	213/527
95.443	(HC)	Rel.: Min. Ellen Gracie	213/537
96.415	(HC)	Rel.: Min. Eros Grau	213/552
96.532	(HC)	Rel.: Min. Ricardo Lewandowski	213/555
97.147	(HC)	Rel. p/ o ac.: Min. Cezar Peluso	213/561
98.061	(HC)	Rel.: Min. Eros Grau	213/573
98.197	(HC)	Rel.: Min. Eros Grau	213/578
98.381	(HC)	Rel.: Min. Ricardo Lewandowski	213/583
99.918	(HC)	Rel.: Min. Dias Toffoli	213/588
248.499	(RE)	Rel.: Min. Cezar Peluso	213/598

436.017 (RE-AgR-ED) Rel.: Min. Cezar Peluso 213/602
511.961 (RE) Rel.: Min. Gilmar Mendes 213/605
539.130 (RE) Rel.: Min. Ellen Gracie 213/682
570.680 (RE) Rel.: Min. Ricardo Lewandowski 213/693
579.760 (RE-ED) Rel.: Min. Cezar Peluso 213/716
718.646 (AI-AgR) Rel.: Min. Eros Grau 213/719