

AÇÃO PENAL

AÇÃO PENAL Nº 15-0 — MS
(Registro nº 89.0007068-1)

Relator: *O Sr. Ministro Bueno de Souza*

Revisor: *O Sr. Ministro José Cândido de Carvalho Filho*

Relator para acórdão: *O Sr. Ministro Cid Flaquer Scartezzini*

Autor: *Ministério Público Federal*

Réus: *Marcelo Miranda Soares e José Rodrigues Dias*

Advogados: *Carlos Eduardo Caputo Bastos e outros*

Réu: *Guilherme Rodrigues da Cunha*

Advogados: *José Eduardo Rangel de Alckmin e outros*

Sustentação oral: *Drs. Cláudio Lemos Fontelles, Subprocurador-Geral da República, pelo autor, Ministério Público Federal; Drs. Renato Andrade e Carlos Eduardo Caputo Bastos, pelo 3º réu, após acolhimento da questão de ordem pelo Sr. Ministro Relator quanto à precedência de sustentações orais; Dr. José Eduardo Rangel de Alckmin, pelo 2º réu e Rene Ariel Dotti, pelo 1º réu.*

EMENTA: *Processual Penal — Arquivamento do Inquérito Policial — Reabertura — Novas provas — Súmula 524-STF — Exceção de coisa julgada.*

— Arquivado o Inquérito ou as peças de informações a requerimento do órgão do Ministério Público, não pode a ação penal ser iniciada sem novas provas.

— Novas provas são aquelas que produzem alteração no panorama probatório dentro do qual foi concebido e acolhido o pedido de arquivamento, e não aquelas, apenas, formalmente novas.

— Inteligência da Súmula 524-STF.

— Preliminar de exceção de coisa julgada acolhida.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por maioria, acolher a preliminar de exceção da coisa julgada, e, em consequência, extinguir o processo. Lavrará o acórdão o Sr. Ministro Cid Flaquer Scartezzini.

Votaram vencidos os Srs. Ministros Relator, José Cândido de Carvalho Filho, Revisor, Pedro Acioli, Américo Luz, Antônio de Pádua Ribeiro, Nilson Naves, Eduardo Ribeiro, Milton Luiz Pereira, José Dantas e Antônio Torreão Braz.

Os Srs. Ministros Jesus Costa Lima, Costa Leite, Dias Trindade, José de Jesus, Assis Toledo, Edson Vidigal, Hélio Mosimann, Demócrito Reinaldo, Humberto Gomes de Barros, Cesar Asfor Rocha, Adhemar Maciel e Anselmo Santiago votaram com o Sr. Ministro Cid Flaquer Scartezzini.

No tocante à questão de ordem suscitada pelo Sr. Ministro José Cândido de Carvalho Filho, a Corte Especial, por maioria, decidiu que a extinção do processo alcança todos os acusados. Vencido, nesta parte, o autor da questão.

Os Srs. Ministros Pedro Acioli, Américo Luz, Antônio de Pádua Ribeiro, Cid Flaquer Scartezzini, Jesus Costa Lima, Costa Leite, Nilson Naves, Eduardo Ribeiro, Dias Trindade, José de Jesus, Assis Toledo,

Edson Vidigal, Hélio Mosimann, Demócrito Reinaldo, Humberto Gomes de Barros, Milton Luiz Pereira, Cesar Asfor Rocha, Adhemar Maciel, Anselmo Santiago, José Dantas e Antônio Torreão Braz votaram com o Sr. Ministro Relator.

O Sr. Ministro Peçanha Martins não compareceu à sessão por motivo justificado.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro William Patterson.

Brasília, 03 de dezembro de 1993 (data do julgamento).

Ministro WILLIAM PATTERSON, Presidente. Ministro CID FLAQUER SCARTEZZINI, Relator p/ Acórdão.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO BUENO DE SOUZA: A Corte Especial, em sessão de 11.X.90, por maioria de votos, vencido o Relator originário, eminente Ministro William Patterson, recebeu a denúncia ofertada pela Justiça Pública representada pelo Ministério Público Federal contra Marcelo Miranda Soares, Guilherme Rodrigues da Cunha e José Rodrigues Dias (fls. 2.611/2.723), pela prática do delito capitulado no artigo 319 do Código Penal, com o acréscimo do parágrafo 2º do artigo 327 do mesmo diploma legal (fls. 02/12).

O decidido pelo v. acórdão foi resumido na seguinte ementa (fls. 2.722), *verbis*:

“Constitucional. Penal. Processual penal e administrativo.

Prevaricação. Dispensa de licitação para contratação de serviços publicitários.

Imputação de sua prática a Governador, em co-autoria com Secretários de Estado.

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

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

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

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

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

6. Aplicação dos artigos 4º, Lei 1.079, de 10.04.50; 126, Decreto-Lei 200, de 25.02.67; 1º, Lei 5.456, de 20.06.68; 2º, 12, 85, Decreto-Lei 2.300, de 21.11.86; 319 do Código Penal; 41 e 43 do Código de Pro-

cesso Penal; 6º, Lei 8.038, de 28.05.90; 86, § 1º, I da Constituição da República e 92, I e 63, XX da Constituição do Estado de Mato Grosso do Sul.”

2. Antes, porém, da publicação do v. acórdão, de que me tornei Relator, o nobre defensor do réu Marcelo Miranda Soares já impetrava ordem de **habeas corpus** em favor de seu constituinte, ex-governador Marcelo Miranda, perante o Supremo Tribunal Federal.

Naquela alta Corte, o ilustre Relator, Ministro **Marco Aurélio**, houve por bem deferir liminar a fim de “suspender os efeitos da decisão que se impugna, sobrestando o andamento do processo penal até apreciação do **habeas corpus**” (fls. 2.563/2.610), isto em 24.X.90.

3. Prestadas as devidas informações (fls. 2.726/2.727), publicou-se o acórdão deste Tribunal (fls. 2.729), ficando o feito, entretanto, sobrestado até 26.IV.91, quando, ante a notícia da denegação do mencionado **habeas corpus** (fls. 2.737), deliberei reabrir o fluxo dos prazos processuais (interrompido, então, havia cerca de seis meses, fls. 2.742).

Ato contínuo, em 21.V.91, designei data para interrogatório, determinando a citação e intimação dos réus e respectivos defensores (fls. 2.753/2.754).

Em 15.VIII.91 (fls. 2.783/2.790), compareceram todos os acusados, seguindo-se as defesas prévias (fls.

2.801/2.802 e 2.806/2.807) e, bem assim, pedido de desistência de oitiva das testemunhas de acusação, formulado pelo Ministério Público (fls. 2.804).

Homologada a desistência, em 06.IX.91, determinei que a inquirição das testemunhas de defesa fosse realizada através de cartas de ordem expedidas aos Juizes Federais Diretores dos Foros do Distrito Federal, Mato Grosso do Sul, São Paulo e Rio de Janeiro, bem como ao Juiz de Direito Diretor do Foro da Comarca de Marília — Estado de São Paulo (fls. 2.814).

Em 05.XII.91, diante da insistência da defesa para que fosse inquirida a única testemunha não encontrada (o ex-Ministro da Justiça Armando Falcão), deferi a reiteração da diligência (fls. 2.988), que obteve êxito (fls. 3.053).

Foram ouvidas, assim, ao final dessa etapa, nove testemunhas de defesa (fls. 2.876/2.877, 2.914/2.931 e 2.963).

4. Na fase de diligências (art. 10 da Lei 8.038/90, fls. 3.057 e 3.061), aberta por despacho de 26.V.92, a acusação nada requereu (fls. 3.059), tendo os réus Marcelo Miranda Soares e José Rodrigues Dias pedido a juntada de certidões negativas de distribuição de feitos criminais na Comarca de Campo Grande, nos últimos dez anos (fls. 3.069/3.070).

A seu turno, o réu Guilherme Rodrigues da Cunha requereu a expedição de ofícios ao Gabinete Civil, Secretária de Comunicação Social e

Tribunal de Contas do Estado do Mato Grosso do Sul, pedindo ainda a inquirição do ex-Secretário da Fazenda daquela Unidade da Federação, Sr. Thiago Lopes Cançado (fls. 3.072/3.073).

Ante a aquiescência da Subprocuradoria Geral (fls. 3.074 e v.), deferi tais diligências (fls. 3.075).

5. Com as respostas aos referidos ofícios (fls. 3.087, 3.091 e 3.271) e a inquirição da novel testemunha (fls. 3.258/3.262), determinei a abertura de vista ao Ministério Público e à defesa para alegações finais (fls. 3.273).

O Ministério Público, em suas alegações, após discorrer sobre as provas dos autos, concluiu neste sentido (fls. 3.281/3.283):

“Pede o Ministério Público Federal a condenação de Marcelo Miranda Soares e José Rodrigues Dias em co-autoria plena pelo delito de prevaricação — artigo 319, C.P. — Presentes os motivos — a desmesurada cobiça — e conseqüências do crime — insensibilidade ante o grave quadro financeiro do Estado —, a pena-base deve por-se 6 meses acima do mínimo legal (3 meses), atingindo-se, então, 9 meses e, pela incidência do disposto no § 2º, do artigo 327, ser aumentada na terça parte, atingindo-se 1 ano de reclusão, com direito a *sursis*, por 2 anos cujas condições serão fixadas pelo em. Relator, além da multa, obedecidos os critérios dos artigos 49 e §§ e 60 § 1º, todos do Código Penal.

Em relação a Guilherme Rodrigues da Cunha pede-se a absolvição porque, na verdade, serviu antes de joqueite nas mãos dos experientes Marcelo e José, como enfatizado nos itens 11/14, destas alegações.”

Os réus Marcelo Miranda Soares e José Rodrigues Dias, a seu tempo, sustentam a improcedência da acusação por atipicidade da conduta, por inocorrência da expressa violação de lei e ausência de elemento subjetivo. Pugnam, ainda, pela legalidade da atuação incriminada, ante o decidido pelo Tribunal de Contas do Mato Grosso do Sul que, com força vinculante, julgou regular a despesa impugnada.

Acrescentam que a prova testemunhal desautoriza a peça acusatória e, afinal, a par de pleitearem a improcedência da ação penal, argumentam (fls. 3.320/3.321):

“Com clareza solar, verifica-se da prova testemunhal carreada para os autos, que os fatos articulados na denúncia de fls. 02/12, **data venia**, não passam de exercício de lucubração do seu ilustre subscritor. Jamais, em tempo algum, o Governador denunciado agiu no sentido de favorecer a empresa de publicidade Matriz Propaganda Ltda., a celebrar contrato e a obter recebimentos por serviços não prestados ao Estado. E mais, ao contrário do afirmado na denúncia, o Governador sempre orientou a atuação dos seus Secretários de

Estado, no sentido de agirem segundo a lei e às recomendações dos setores jurídicos do Governo.

Daí por que é forçoso concluir que na espécie dos autos, o órgão da acusação pública não se exonerou do ônus de provar as alegações lançadas na denúncia inaugural, como exige o artigo 156 do Código de Processo Penal.”

6. Com a defesa final, trouxeram certidão expedida pelo Presidente da Assembléia Legislativa do Mato Grosso do Sul (que atesta a aprovação das contas do Governo do Estado, relativas ao exercício de 1987), parecer do Tribunal de Contas estadual favorável à aprovação das referidas contas, e parecer da lavra do eminente mestre **Rafael Mayer** (fls. 3.322/3.349).

A defesa do réu Guilherme Rodrigues da Cunha, por último, alega sua total exculpabilidade, ratificando às conclusões da acusação (fls. 3.351/3.353).

7. Encontravam-se os autos conclusos para providências quando, em 26.I.93, adentrou petição dos réus Marcelo Miranda Soares e José Rodrigues Dias, com pedido de vista para estudo da espécie por novos defensores, o que foi deferido (fls. 3.339).

Entretanto, em 18.II.93, referidos causídicos (ora substabelecidos) formularam dois requerimentos em nome dos respectivos constituintes.

No primeiro (fls. 3.363/3.368), após elencar documentos (notas-fiscais que foram posteriormente jun-

tadas — fls. 3.382/3.386), reclamaram a expedição de novos ofícios ao Gabinete Civil, Secretaria da Comunicação Social e Secretaria da Fazenda do Estado do Mato Grosso do Sul.

No segundo (fls. 3.370/3.380), argüiram a ocorrência de coisa julgada, pedindo o processamento do incidente como questão preliminar do julgamento e prejudicial do mérito da causa.

8. Com prévio pronunciamento da Subprocuradoria Geral, indeferiu o pedido de novas diligências, remetendo o exame da argüição de coisa julgada ao colegiado, como questão preliminar do julgamento da causa (fls. 3.397).

Referida decisão restou irrecorrida (fls. 3.410).

9. Por derradeiro, nova petição do réu Marcelo Miranda Soares, no sentido da juntada de informação passada pelo Sr. Secretário-Geral do Tribunal de Contas do Mato Grosso do Sul (fls. 3.411/3.413), foi deferida, dando-se ciência do documento à acusação e aos demais réus.

10. Finda a instrução processual, na fase do artigo 228 do RISTJ, as partes nada requereram (fls. 3.423/3.424 v. e 3.431/3.433).

11. Tão logo designada data para o julgamento, a Subsecretaria da Corte Especial providenciará, com a devida antecedência, a extração de cópias das seguintes peças dos autos, as quais serão distribuídas aos Senhores Ministros componentes do

órgão julgador: denúncia (fls. 02/12); acórdão que a recebeu (fls. 2.611/2.723); termo de interrogatório dos réus (fls. 2.783/2.790); defesas prévias (fls. 2.801/2.802 e 2.806/2.807); desistência formulada pelo MP (fls. 2.804); depoimentos das testemunhas de defesa (fls. 2.875/2.877, 2.914/2.932, 2.962/2.963, 3.052/3.053 e 3.258/3.262); ofícios da Secretaria para Assuntos da Casa Civil (fls. 3.087), do Tribunal de Contas (fls. 3.091/3.092) e da Secretaria de Comunicação do Mato Grosso do Sul (fls. 3.357); alegações finais da acusação (fls. 3.273/3.283); idem, dos réus Marcelo Miranda Soares e José Rodrigues Dias (fls. 3.290/3.321) e de seus documentos (fls. 3.322, 3.323 e 3.323 a partir da página 47), assim como do réu Guilherme Rodrigues da Cunha (fls. 3.351/3.355); petições dos réus Marcelo e José (fls. 3.362/3.368 e 3.411) e respectivos documentos (fls. 3.383/3.386, 3.370/3.380 e 3.412/3.413).

Assim relatados, sejam os autos presentes ao eminente Revisor.

QUESTÃO DE ORDEM

O SR. MINISTRO BUENO DE SOUZA (Relator): Senhor Presidente, verifico que o Regimento Interno não minudencia essa particularidade; por outro lado, observo que, a par de razões ponderáveis de interesse da defesa, ocorre aquiescência, pelo que percebo, dos demais dignos defensores presentes nesta audiência. Não me oponho, portanto, ao entendimento em que já convieram os causídicos.

VOTO — PRELIMINAR
(VENCIDO)

O SR. MINISTRO BUENO DE SOUZA (relator): Senhor Presidente, atento ao que foi suscitado em sustentação oral, convém proporcionar a meus eminentes Pares circunstanciado resumo do itinerário percorrido pela investigação que desaguou na denúncia e, enfim, no processo que ora nos ocupa, de modo a melhor podermos decidir as questões de ordem processual (entre elas, com a necessária primazia, a questão sobre coisa julgada).

2. Durante a campanha eleitoral de 1986, era candidato a Governador do Estado do Mato Grosso do Sul, pelo Partido do Movimento Democrático Brasileiro, o Sr. Marcelo Miranda Soares.

Em 09 de outubro daquele ano (ou seja, cerca de um mês antes do pleito de 15 de novembro), o Sr. Francisco de Lagos Viana Chagas, candidato a deputado estadual pelo Partido Trabalhista Brasileiro (que apoiava, para a governança, o candidato rival, Sr. Lúdio Coelho) teria feito denúncias envolvendo Matriz Propaganda Ltda. e o então candidato Marcelo Miranda Soares (fls. 33, vol. 1).

3. No sufrágio de 15.XI.86, foi o Sr. Marcelo Miranda Soares eleito Governador, cargo que já exercera, a partir de 1979.

4. Logo depois da sua posse na Chefia do Executivo estadual, em março de 1987, já a imprensa sulmatogrossense e paulista, por meio

de artigos divulgados em jornais no período de abril a julho do mesmo ano, dava curso à irresignação da Associação das Agências de Propaganda daquela unidade da Federação, ante o monopólio das contas publicitárias dos Governos do Estado do Mato Grosso do Sul e do Município de Campo Grande, que se dizia favorecer Matriz Propaganda Ltda. (fls. 90/102, vol. 1).

A conhecida revista VEJA, em sua edição semanal de 09.IX.87, publicou matéria sobre o tema, estampando declarações do ex-candidato Lagos e do Sr. Sérgio Peixoto Braga, Presidente da Associação de Agências de Propaganda (fls. 220, vol. 1).

5. Essas declarações do ex-candidato Lagos (“Nunca se roubou tanto neste Estado...”; “Pode-se descobrir atos corruptos e ilegais por toda a parte,...”), como se vê a fls. 218, foram consideradas ofensivas à sua honra subjetiva, pelo Governador, razão pela qual representou ao Ministério Público, o que deu origem a inquérito e a processo por crime de imprensa (injúria) perante a 6ª Vara Criminal de Campo Grande (art. 22 da Lei 5.250/67), como esclarecem fls. 223/282, vol. 1.

6. Em decorrência dessa iniciativa o acusado Lagos, por seu Defensor, dirigiu petição ao Dr. Promotor de Justiça que oficiava naquele feito, no sentido de fazer constar nos autos extenso dossiê destinado a demonstrar a veracidade das denúncias que há tempo vinha veiculando (v. fls. 19/21 e 30/221, vol. 1).

Nesse dossiê abundantemente instruído com cópias xerográficas de documentos sem autenticação, Lagos relata, no intuito de corroborar suas denúncias, esquema de corrupção em prática no Executivo local, envolvendo o Governador Marcelo Miranda Soares, seu Secretário Particular José Rodrigues Dias, o Diretor do Dersul (Departamento de Estradas de Rodagem) Arnaldo Ferreira de Souza, o Secretário da Fazenda João Leite Schimidt e as empresas Engecruz-Engenharia, Construções e Comércio Ltda. e Mattriz Propaganda Ltda.

7. Entre outros fatos, narra o dossiê que, tão logo anunciada pelos meios de comunicação de Campo Grande a vitória do candidato Marcelo Miranda Soares no pleito para Governador, na mesma data (17.11.86), avalizava ele empréstimo bancário contraído pela Mattriz Propaganda Ltda. junto ao Banco Bamerindus, no valor de quinze milhões de cruzados (equivalentes, à época, a US\$ 1.064.000), como se vê a fls. 345 — 1º vol.

Em seguida, acrescenta que, em 09.02.87, já diplomado pela Justiça Eleitoral, o Sr. Marcelo Miranda Soares avalizou nova operação de crédito, no mesmo Banco, em nome da mesma empresa, desta vez no valor de catorze milhões e duzentos mil cruzados (equivalentes, à época, a US\$ 821.000), como está a fls. 346 — 1º vol.

Nesse contrato de mútuo, o Gerente do Bamerindus lançou a seguinte justificativa:

“Trata-se de operação de cunho político...; reformada integralmente, inclusive juros, a pedido do Sr. Marcelo Miranda Soares, Governador eleito em 15.11.86” — (v. fls. 64 v.).

Em 07.04.87 (ou seja, vinte e dois dias após sua posse como Governador), ainda consoante aquele relato, o Sr. Marcelo Miranda Soares avalizou outro empréstimo junto ao Bamerindus, no valor de quarenta e dois milhões de cruzados (equivalentes, à época, a US\$ 1.841.000), contraído pela mesma Mattriz Propaganda Ltda.. A justificativa da gerência, nesta oportunidade, foi a seguinte:

“Somos favoráveis à renovação, por tratar-se de operação de responsabilidade do Dr. Marcelo Miranda Soares, Governador do Estado.” (fls. 68 verso).

8. Na composição societária de Mattriz Propaganda Ltda., consta como sócio e Diretor com participação de 50% do capital social o Sr. José Rodrigues Dias, então exercendo o cargo público de Secretário Particular do Governador, (fls. 630, vol. 1). Este, aliás, amigo íntimo do Chefe do Executivo, já havia ocupado o mesmo cargo público no anterior Governo do Sr. Marcelo Miranda Soares (1979).

9. Acentua-se que, em 26.05.87, a Secretaria de Comunicação efetuou pagamentos à Mattriz Propaganda Ltda., contratada com dispensa de

licitação. Apesar de as notas de empenho terem sido emitidas naquela data, os cheques correspondentes foram depositados na conta da empresa, no dia anterior (v. fls. 339, vol. 1).

10. Estranhamente, o mencionado Sr. José Rodrigues Dias, mediante cheque de sua conta corrente particular no Banco Bamerindus (cujo original se encontra às fls. 350), depositou, em 05.06.87, a quantia de cinco milhões, novecentos e sessenta mil cruzados (equivalentes, à época, a US\$ 166.000) na conta corrente da Empresa Bramazônia-Brasil Amazônia Agro-Industrial, Comércio, Importação e Exportação Ltda., certo que, desta, é sócio o próprio Governador, como se verifica a fls. 70, 73 e 74, vol. 7).

11. É oportuno observar que a Constituição Estadual então vigente vedava ao Secretário de Estado firmar ou manter contrato com pessoa de Direito Público (salvo quando o contrato obedecesse a cláusulas uniformes); e, bem assim, ser proprietário ou diretor de empresa que gozasse de favor decorrente de contrato com pessoa jurídica de Direito Público (Constituição do Mato Grosso do Sul, de 13 de junho de 1979, artigo 11, I, a e II, a combinado com artigo 163). Eis o teor dessas disposições:

“Artigo 11 — O deputado não pode:

I — desde a expedição do diploma:

a) firmar ou manter contrato com pessoa de direito público, autarquia, empresa pública, sociedade de economia mista ou empresa concessionária de serviço público, salvo quando o contrato obedecer a cláusulas uniformes; e

II — desde a posse:

a) ser proprietário ou diretor de empresa que goze de favor decorrente de contrato com pessoa jurídica de direito público, ou nela exercer função remunerada;

Artigo 163 — As incompatibilidades declaradas no artigo 11 desta Constituição estendem-se, no que for aplicável, aos Secretários de Estado, os membros do Poder Judiciário, do Tribunal de Contas e do Ministério Público.”

12. Em face do dossiê apresentado pelo ex-candidato a deputado, que comprometia o então Governador, o Promotor de Justiça Dr. Anízio Bispo dos Santos (que oficiava no inquérito por crime de imprensa) remeteu aqueles papéis à Procuradoria Geral de Justiça do Estado, onde foram autuados como “assunto confidencial” (fls. 1.118 — 3º vol.), tendo o Chefe do *Parquet* designado o Procurador Ovídio Pereira para opinar. Este, em 27.X.87, requereu ao Presidente do Tribunal de Justiça, com fundamento no art. 28 do CPP, o arquivamento daquelas peças de informação, consoante parecer que o Tribunal considerou tacitamente referendado pelo Dr. Procurador-Geral da Justiça (fls. 1.327 e ss., vol. 3).

13. Em sessão de 12.XI.87, o Tribunal Pleno, sem discrepância, limitou-se a acatar o parecer pelo arquivamento das mencionadas peças informativas (fls. 1.340/1.366, vol. 3).

14. Entrementes, em razão dos vários extratos de contas bancárias constantes daquele dossiê, o Secretário José Rodrigues Dias, por sua vez, dirigiu representação ao Ministério Público Estadual, no sentido de serem apuradas as responsabilidades pelo crime de quebra de sigilo bancário (art. 38 da Lei 4.595/64).

Sobrevindo, porém, a Lei 7.492/86, que definiu os crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, a competência para ação penal pública nos crimes ali previstos para a Justiça Federal e o mesmo Promotor Anízio Bispo dos Santos opinou pela remessa daquela representação ao Ministério Público Federal, sendo logo atendido pelo Sr. Procurador-Geral da Justiça.

15. Recebidos os autos na Procuradoria da República no Estado de Mato Grosso do Sul, incumbiu-se do inquérito a Superintendência local da Polícia Federal, tendo o Delegado Erivaldo Elias logo empreendido inúmeras diligências, de modo a comprovar a autenticidade dos documentos, obter novos elementos de prova e formar o corpo de delito.

De fato, providenciou-se também a tomada de declarações de Lagos, a par da expedição de ofícios aos Secretários da Casa Civil e de Comunicação Social, requisitando-se-lhes informações sobre os fatos relatados no referido dossiê.

Da mesma forma, a autoridade policial representou ao Dr. Juiz Federal no sentido de requisitar aos Bancos os documentos originais das operações realizadas e os extratos das contas correntes dos envolvidos.

Vieram também para o inquérito os autos dos procedimentos administrativos que materializam a conduta das autoridades apontadas como autoras de ilícitos penais (fls. 1.373 e ss., vol. 3), na celebração dos contratos apontados como infringentes da lei, a diversos títulos, como já esclarecido.

16. O Dr. Juiz Federal, a seu turno, para comprovar a materialidade do delito de violação de sigilo, determinou perícia realizada pelo Serviço de Criminalística da Superintendência Regional de Polícia Federal. O exame documentoscópico concluiu que os documentos arrecadados tinham correspondência com as cópias fotostáticas que acompanhavam o dossiê, consoante o laudo pericial de fls. 359 e ss., vol. 1.

17. Concomitantemente, a solicitação de documentos feita aos órgãos públicos estaduais encontrava enorme resistência dos titulares das respectivas Secretarias de Estado, que se negavam a fornecê-los, invocando, para tanto, a decisão proferida pelo Tribunal de Justiça (que determinara o arquivamento de peças informativas) e a autonomia das unidades federadas para processar e julgar os crimes praticados contra a sua administração (fls. 516 e 519).

18. Prosseguia, no entanto, o inquérito por violação de sigilo ban-

cário, com a coleta de vários depoimentos, quando a autoridade policial condutora da investigação determinou a juntada de cópia de notícias publicadas em jornais, dando conta da anunciada substituição do Superintendente da Polícia Federal no Estado, em razão dos fatos ali apurados (fls. 599/613, vol. 1), por interferência do governo local.

Ato contínuo, veio aos autos desse inquérito urgente petição formulada pelo D. Patrono do Secretário José Rodrigues Dias, que, ratificando requerimento feito ao Ministério Público, manifestava seu desinteresse na continuação do inquérito policial por violação de sigilo bancário, retirando, assim, a representação (necessária, embora, a seu ver, para o ajuizamento de ação penal). Esta, porém, já passara a ser de iniciativa oficial (v. fls. 642/646).

Em virtude dessa manifestação do ofendido, o Delegado Federal relatou o feito e o remeteu à Justiça (fls. 1.001/1.020).

19. O D. Juiz Federal da Primeira Vara, em Campo Grande, acolhendo a promoção do órgão ministerial, proclamou ser o delito de quebra de sigilo bancário, de ação pública incondicionada, de competência federal, sendo irrelevante o desinteresse da vítima para a continuidade de persecução criminal (fls. 1.031/1.032), na conformidade da Lei 7.492, de 16.6.86, art. 26.

20. Retornando os autos do inquérito à Polícia, procedeu-se ao indiciamento das funcionárias do Ban-

co Bamerindus (que forneceram os documentos bancários) e do autor do dossiê, Francisco de Lagos.

II — A DENÚNCIA, EM CONFRONTO COM O PARECER POR ARQUIVAMENTO

21. No contexto que venho de resumir, em 19.6.88, tendo o Delegado da Polícia Federal considerado concluídas as investigações e diligências relativas à violação de sigilo de operações bancárias (Lei 4.595, de 31.XII.64, art. 38, § 7º e Lei 7.492, de 16.6.86, arts. 18 e 26), encaminhou os autos do inquérito policial instaurado por provocação do Secretário Particular do Governador à Justiça Federal de Campo Grande, que, por sua vez, deles deu vista à Procuradoria da República.

Entretanto, como anotou o ex-Governador Marcelo Miranda Soares, ao ofertar volumosa documentação (fls. 1.117/1.361) em sua primeira manifestação nesta Corte:

“10. Surpreendentemente, quando era para o Senhor Doutor Procurador da República, no Estado, denunciar ou requerer o arquivamento do Inquérito relativamente ao crime de quebra de sigilo bancário, Sua Excelência resolveu, sem intervenção judiciária, remeter os autos à digna Procuradoria Geral da República, nesta Capital Federal, a fim de que esta examinasse a possível implicação do Governador do Estado,

autoridade, que com a instalação do Colendo Superior Tribunal de Justiça, ficaria sujeito à sua jurisdição.”

22. Naquela altura, em verdade, o ilustre Subprocurador-Geral **Cláudio Fonteles** já havia apresentado os autos do mencionado inquérito a este Tribunal, em 21.3.89, observando, **verbis**: (fls. 1.107/8, vol. 3):

“1. O il. Dr. Anízio Bispo dos Santos, promotor de Justiça em Campo Grande, Mato Grosso do Sul, examinando representação apresentada por José Rodrigues Dias contra pessoas que teriam quebrado o sigilo bancário, ao fornecerem a Francisco de Lagos documentos bancários e fichas sigilosas, concluiu por falecer atribuições ao Ministério Público Estadual à **persecutio criminis** (vide: pronunciamento de fls. 4/5).

2. O il. procurador da República, Dr. Luiz Stefanini, recebendo então os autos do Ministério Público Estadual, requisitou a abertura do inquérito policial (vide fls. 3).

3. Extenso relatório policial foi produzido — fls. 986/1.005 —, dele sobressaindo fatos que reque-ram *por amplo esclarecimento* no tocante à conduta funcional do atual Governador do Estado de Mato Grosso do Sul, Sr. Marcelo Miranda, e seu Secretário Particular, José Rodrigues Dias, sobre a utilização de verbas públicas

(vide: termos da conclusão a fls. 998 e ss., ratificada e ampliada no Relatório complementar de fls. 1.085/1.086).

4. Dispõe nossa Carta Magna, **verbis**:

Artigo 105: Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

I — processar e julgar, *originariamente*

a — nos *crimes comuns*, os *Governadores dos Estados...* (grifamos)

5. Ora, em brevíssimos dias instalar-se-á, em nossa Capital Federal, o C. Superior Tribunal de Justiça, com a transformação do atual Tribunal Federal de Recursos, eis por que, diante de tal quadro, remetemos os autos deste Inquérito Policial nº 002/88 a V. Exa. para que, uma vez instalado o retromencionado Colegiado, sua Presidência distribua o feito a Relator designado para Inquérito Policial originário, tornando os autos ao Ministério Público Federal para exame de avaliação das diligências encetadas.

6. Perdurará, ainda, o exame da quebra de sigilo bancário como fato penal típico, todavia porque se ligando às apontadas irregularidades administrativas, far-se-á, *à luz da conexão instrumental* (consulte-se: art. 76, III do C.P.P.) o exame conjunto de todos os possíveis eventos delituosos” (v. fls. 1.112, 3º vol.)

23. Realizadas as novas diligências indicadas pelo Ministério Público e determinadas pelo ilustre Relator originário, Ministro William Patterson (fls. 1.365/1.660), observou-se o disposto no art. 220 do Regimento Interno, oportunidade em que o então Secretário José Rodrigues Dias e o então Governador Marcelo Miranda Soares ofereceram suas respostas (fls. 1.693/1.726, vol. 3), respaldada a última em documentos e substanciosos pareceres dos ilustres Professores **José Afonso da Silva** (fls. 1.795) e **Celso Bastos** (fls. 1.823) e do preclaro Ministro **Rafael Mayer** (fls. 1.857, vol. 3).

Oficiou-se à Assembléia Legislativa de Mato Grosso do Sul, enquanto Guilherme Rodrigues da Cunha também apresentava sua resposta (fls. 1.896/1.898).

24. Concedida a licença pela Assembléia (fls. 1.966/1.967), passou a Corte Especial, em sessão de 11 de outubro de 1990, a decidir quanto à denúncia que encima o primeiro volume destes espessos autos, subscrita pelo ilustrado Subprocurador-Geral Cláudio Fonteles, a qual resultou recebida, por maioria de votos, em relação aos acusados Marcelo Miranda Soares, Guilherme Rodrigues da Cunha e José Rodrigues Dias, enquanto, por unanimidade, era ela rejeitada, quanto ao acusado Francisco de Lagos Viana Chagas (fls. 2/721, vol. 6).

25. Antes mesmo de publicado o acórdão, que se desdobra de fls.

2.611 a 2.720 do vol. 6, o Governador acusado já impetrava **habeas corpus** ao Supremo Tribunal Federal (v. fls. 2.566, vol. 6), tendo o ilustre Relator do feito ordenado, em liminar, a sustação da ação penal, cujo andamento, no entanto, veio a ser retomado, em 26.4.91, como esclarecido a fls. 2.736 e ss., vol. 6 (v. item — do relatório há pouco lido).

26. Eis, então, o teor da peça acusatória, na parte útil para esta fase (repelida que foi, por esta Corte, a matéria preliminar), como se lê a fls. 6/11, vol. 1:

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

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

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

E, ainda, **verbis**:

“Que, na verdade, quando surgiram os problemas na divulgação destes documentos, o declarante se afastou da firma

Matriz Propaganda.” (Vol. I — fls. 628, grifamos)

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

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

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

Mas o extremo vínculo de amizade não cessa.

Aos 8 de abril de 1987, novo aval de Marcelo Miranda à Matriz, no valor de 42 milhões, com a mesma observação bancária de que, **verbis**:

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

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

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

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

Mas não é assim.

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

Como?

Pelos processos nºs 4.153/87 (fls. 1.370/1.384); 4.172/87 (fls. 1.385/1.407); 4.205/87 (fls. 1.408/1.427); 4.206/87 (fls. 1.428/1.500) e 4.207/87 (fls. 1.501/1.516), todos da Secretaria de Comunicação Social, dirigi-

da pelo 2º denunciado, a Matriz abocanhou dos cofres públicos estaduais: Cz\$ 11.924.358,00 (onze milhões, novecentos e vinte e quatro mil, trezentos e cinquenta e oito cruzados, na ocasião).

A desenvoltura de José Rodrigues Dias em dispor do numerário da Secretaria de Comunicação Social, fazendo-o **contra legem**, era tanta que apesar de só ter as importâncias relativas aos processos nºs 4.205 e 4.206, liberadas em 26 de maio de 1987 (fls. 1.425/1.487) — importâncias no valor de Cz\$ 2.510.000,00 e 4.303.440,30, respectivamente — e tudo se faz em *24 horas, no mesmo dia 26, todavia já aos 25 de maio, um dia antes, depositava os cheques* da Secretaria Estadual de Comunicação Social, na conta da Matriz, no Bamerindus (vide: doc. a fls. 330).

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

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

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

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

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

“Quanto ao segundo item de seu ofício, podemos afirmar que as empresas citadas estão

obrigadas ao processo licitatório para prestação de serviços com a Administração Pública, não se enquadrando no Art. 22 do Decreto-Lei 2.300 de 21/11/86, como concessionárias de serviços públicos.” (vide: fls. 621)

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

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

Os fatos, aqui claramente expostos, comprovam:

a) a íntima amizade que se devotavam, e devotam, o 1º e 3º denunciados, o que bem caracteriza “o sentimento e, mesmo, o interesse pessoal” que o tipo penal da prevaricação exige a sua configuração;

b) amizade tão devotada que passe mais de 2 decênios; que faz do 3º denunciado desempenhar a função pública de secretário particular do 1º, e também quem “cuida de seus negócios particulares” (item 18, desta); que faz do

1º denunciado, já Governador do Estado, avalista incondicional dos empréstimos bancários da firma do 3º denunciado, e ordenador de que se lhe pague, com verbas públicas, em menos de 1 mês, a cifra de Cz\$ 11.924.358,00, quando a dispensa de licitação estava aquém de Cz\$ 15.000,00.

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

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

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

27. O recebimento dessa denúncia poderia, em princípio, sugerir a ocorrência de **bis in idem**, uma vez que o parecer por arquivamento guarda relação com o mesmo trecho do passado.

Certo é, contudo, que, do mesmo relato de que emergiu a denúncia, o parecer, surpreendentemente, se limitou a extrair, intercaladamente com razões de pronta impugnação, apenas alguns tópicos esparsos da ampla versão dos fatos contida no volumoso dossiê.

Este é o teor do citado parecer:

“A empresa *Mattriz Propaganda Ltda.* tem como um dos sócios José Rodrigues Dias, há vários anos secretário particular do hoje Governador do Estado, prestando-lhe todos serviços inerentes no mundo dos negócios em que atua, quer neste Estado, quer em outros da Federação.

Desde 1983 vem a empresa *Mattriz Propaganda Ltda.* prestando serviços aos órgãos governamentais do Estado e, como não poderia deixar de ser, continua a fazê-lo. Foi a coordenadora no campo da propaganda escrita, falada e televisionada, de todos os movimentos políticos encampados pelo PMDB, visando às eleições diretas-já, de Prefeitos para as antigas áreas de Segurança Nacional e para a Capital do Estado, culminando com a eleição de Governador em 1986.

O fato de constar nos contratos de empréstimos bancários efetua-

dos pela empresa *Mattriz Propaganda Ltda.*, a pessoa do Governador do Estado como avalista, por si só não implica em afirmar a existência de conduta delitiva.

É o Governador do Estado sócio da firma *Bramazônia-Brasil Amazônia Agroindustrial Comércio Importação e Exportação Ltda.*, com sede na cidade de Ariquemes, Rondônia, e as operações bancárias efetuadas junto à agência do Banco Bamerindus do Brasil S/A desta cidade, tendo Sua Excelência como financiado e avalista ao mesmo tempo, na esfera penal não constitui ilícito.

As transferências de numerários da conta particular do Governador do Estado para a conta de seu secretário particular, José Rodrigues Dias, e vice-versa, são operações rotineiras, conseqüência da vinculação empregatícia existente entre ambos.

Pela própria natureza do cargo é este obrigado a manipular quantias em dinheiro para atender aos compromissos e negócios do patrão.

Os empréstimos bancários efetuados pela empresa *Mattriz Propaganda Ltda.*, junto à agência do Banco Bamerindus do Brasil S/A, nesta cidade, tendo como avalista a pessoa do Governador do Estado, Dr. Marcelo Miranda Soares, não tipifica qualquer espécie de ilícito penal, mesmo porque não há provas de ter sido desviado di-

nheiro do Tesouro Estadual para liquidação de qualquer título bancário.

Os pagamentos efetuados pelo Governo do Estado à Empresa *Matriz Propaganda Ltda.*, pela prestação de serviços, por si só não caracteriza a prática de ato delitivo, e se alguma irregularidade porventura existir, deve esta ser apurada no âmbito administrativo, por órgão competente.

Não é o montante do pagamento que caracterizaria o ato lesivo, mas sim as circunstâncias em que o fato se deu.

A participação da empresa *Engecruz Ltda.* na execução de obras no Estado, vem desde os idos de 1983, conforme documento em anexo, juntamente com outras vinte e cinco empreiteiras e, segundo a documentação acostada, foi ela vencedora da concorrência de nº C/12/87, de 21 de abril de 1987, para a execução da obra de pavimentação asfáltica da rodovia BR-377, trecho Inocência — Água Clara, sub trecho KM 82 — Água Clara, cujo contrato foi firmado em 05 de maio de 1987. As demais obras foram contratadas em governos anteriores, havendo, na atual administração, apenas reajustes de valores, conforme legislação pertinente.

As operações bancárias efetuadas pela empresa *Engecruz Ltda.* cingem-se puramente no campo comercial, e mesmo tendo como avalistas pessoas ligadas ao governo

do Estado, e até mesmo à pessoa do Governador, não se pode afirmar que haja a presença de alguma figura caracterizadora do ilícito penal, mesmo porque, pela seqüência do articulado, verifica-se a existência apenas de ilações do denunciante, montadas em um arcabouço pré-concebido e por ele direcionado.

Quanto às afirmações de que o erário público teria tido prejuízos com a não aplicação no mercado de capitais denominado *overnight*, dos depósitos feitos no Banco Bamerindus S/A, visando garantir “a reciprocidade” a empréstimos contratados pela empresa *Engecruz Ltda.*, é matéria a ser apurada pelo órgão fiscalizador competente, através de auditoria.

Toda movimentação, no sentido lato da palavra, de tudo que é arrecadado pelo Estado, vindo do contribuinte e de outras fontes geradoras, tem como órgão fiscalizador o Tribunal de Contas do Estado, competente para apurar a licitude ou ilicitude dos atos praticados dentro da esfera governamental, e cujas decisões têm força de coisa julgada, quer em relação às pessoas, quer em relação às matérias sujeitas à sua jurisdição.

DO PEDIDO:

O denunciante-signatário, de posse de fotocópias, sem a devida autenticação, deu às peças informativas o enfoque político que melhor lhe convinha, o que é per-

feitamente ajustável a fenômenos desta natureza, principalmente sendo ele pessoa de notória e radical oposição ao atual governo.

Diante de tal situação, é sempre delicada a posição da Justiça, face às divergências partidárias, quando estas traduzem paixões e inconformismos pela perda do poder, onde se usa de todos os expedientes para se alcançar o fim colimado. Manda a prudência que providências extremas somente sejam tomadas quando, inegável a infração delituosa, tenha causado dano ao erário público e lesionado a esfera normativa do Direito Penal.

No caso vertente, entendo não estar configurada qualquer espécie de delito capitulado no Código Penal, Título XI, Capítulo I —, mesmo porque a base sustentadora das acusações foi constituída de modo um tanto suspeito. Fotocópias de documentos altamente sigilosos e sem a devida autenticação, fato que em si macula a seriedade e legitimidade da proposição.

A conduta do Chefe do Executivo tem de se supor, até prova em contrário, perfeitamente adequada às suas responsabilidades, no seu trato com a coisa pública.

As inferências e ilações que se pretendeu extrair das peças formadoras deste libelo acusatório não bastam para justificar o ajuizamento de uma ação penal, motivo pelo qual requeremos o arqui-

vamento das mesmas, *ex vi*, do disposto no artigo 28 do Código de Processo Penal.”

III — O ELENCO DAS QUESTÕES

28. Argüiu o então Governador Marcelo Miranda Soares, por ocasião da resposta de que trata o art. 220 do Regimento Interno, em resumo (fls. 1.693 e ss., vol. 4), que:

a) o arquivamento, pelo Tribunal de Justiça de Mato Grosso do Sul, das peças informativas sobre prática delituosa imputada ao Governador impede a reapreciação da matéria por esta Corte;

b) as provas dos fatos foram obtidas criminosamente;

c) era indispensável a prévia autorização da Assembléia Legislativa, para a instauração do processo;

d) a denúncia é inepta, por insuficiente caracterização da prática delituosa;

e) falta justa causa para a ação penal, por não ter sido previamente reconhecido crime de responsabilidade;

f) a dispensa de licitação nos procedimentos que resultaram na contratação da *Matriz Propaganda Ltda.* era autorizada pelo Decreto-Lei 2.300, de 21.XI.86, em virtude da notória especialização, requisito cuja apreciação é, até certo ponto, discricionária;

g) o ato incriminado não era da competência do Governador.

29. O Secretário Particular do então Governador, José Rodrigues Dias, na mesma oportunidade, sustentou (fls. 1.677 e ss., vol. 4) que sua participação nos fatos objeto da denúncia não foi relevante nem eficaz, nem mesmo complementar à do outro denunciado; que a lei não impede sua participação em sociedade comercial, nem sua participação está abrangida pelo art. 8º, II do Decreto-Lei 2.300, de 1986; que não era de sua atribuição dispor de numerário de qualquer unidade orçamentária estadual, nem tinha gestão de dinheiros públicos; que não lhe cabia emitir parecer técnico, nem adjudicar contrato, nem de controle disciplinar; que a denúncia não especifica a conduta com que teria concorrido para a prática do crime nela indicado.

30. Já em alegações finais, o Ministério Público, reportando-se às provas produzidas, conclui nestes termos (fls. 3.281/3.282, vol. 8)

“Pede o Ministério Público Federal a condenação de Marcelo Miranda Soares e José Rodrigues Dias em co-autoria plena pelo delito de prevaricação — artigo 319, C.P. — Presentes os motivos — a desmesurada cobiça — e consequências do crime — insensibilidade ante o grave quadro financeiro do Estado —, a pena-base deve por-se 6 meses acima do mínimo legal (3 meses), atingindo-se, então, 9 meses e, pela incidência do disposto no § 2º, do artigo 327, ser aumentada na terça

parte, atingindo-se 1 ano de reclusão, com direito a *sursis*, por 2 anos, cujas condições serão fixadas pelo em. Relator, além da multa, obedecidos os critérios dos artigos 49 §§ e 60 § 1º, todos do Código Penal”.

Relativamente ao acusado Guilherme Rodrigues da Cunha, assim se pronunciou (fls. 3.277/8):

“Em relação a Guilherme Rodrigues da Cunha pede-se a absolvição porque, na verdade, serviu antes de juguete nas mãos dos experientes Marcelo e José, como enfatizado nos itens 11/14, destas alegações”

31. Os acusados Marcelo Miranda Soares e José Rodrigues Dias, arrazoando conjuntamente (fls. 3.290 e ss., vol. 8), pleiteiam a improcedência da acusação, alicerçando-se na falta de indicação da norma legal que teria sido contrariada, a propósito da contratação de Matriz Propaganda Ltda.; na própria inadequação da conduta imputada ao Governador, para configurar o ilícito penal, desde que se limitou a autorizar contratos e somente o fez com a expressa ressalva: “de acordo com a legislação vigente”; na autorização legal de dispensa de licitação, em face das características do serviço contratado e da empresa escolhida; na aprovação das contas do Governador pelo Tribunal de Contas do Estado; na inexistência de provas de que o Go-

vernador tenha agido no sentido de favorecer a mencionada empresa.

Parecer do eminente Ministro Rafael Mayer ilustra também este volume dos autos (fls. 3.326 e ss.), respaldando a pretensão absolutória, como bem resume a ementa, sintetizando o rumo da defesa dos acusados; **verbis**:

“Crime de prevaricação. Artigo 319 do Código Penal. Espécie commissiva. Ausência de vontade consciente de contrariar disposição expressa de lei. Não incidência de lei expressa em contraposição ao ato de ofício impugnado. Falta de verificação do ato típico descrito na norma. Constrangimento ilegal em razão da falta de justa causa”.

32. Cumpre referir, enfim, que, por seus novos defensores liderados pelo ilustre Professor René Dotti, os acusados Marcelo Miranda Soares e José Rodrigues Dias, a par de requererem ainda algumas diligências (fls. 3.363, vol. 8), *suscitaram preliminar de coisa julgada*, a ser apreciada e decidida nos termos do art. 164 do Regimento Interno (e não de forma apenas incidental, como alegada fora, por primeiro, a fls. 1.103, vol. 2). Reconhecendo que a questão não foi agitada na resposta preliminar, nem nos debates em sessão desta Corte, alude-se ao art. 95 do Código de Processo Penal, invoca-se o art. 5º, XXXVI da Constituição e solicita-se do egrégio **Frederico Marques**, escólio em prol do reconheci-

mento da função negativa da coisa julgada material, voltada a impedir a reiteração de processo e julgamento da lide penal, identificando-se a mesma com a **causa petendi**, nos termos do artigo 110, § 2º do Código de Processo Penal. Consoante esta arguição, o arquivamento das peças informativas sobre ilícitos imputados ao então Governador, quando o Tribunal local acolheu o parecer Ministerial nesse sentido, configuraria o reconhecimento da inexistência de crime. E ainda que assim não fosse, não seria possível reabrir a **persecutio criminis**, sem novas provas.

Alude-se, a propósito, à Súmula 524 do Supremo Tribunal para justificar, em decisão preliminar, nesta assentada, o encerramento do processo, sem pronunciamento de mérito.

33. O Ministério Público repudiou essa pretensão no entendimento de que o que se arquivou foi mera **dela-tio criminis**, consoante o que alegara o peticionário, em “feito não especificado”, tal como acentuado na Corte Especial, sendo certo, ademais, que a acusação vem prestigiada por novas provas, até então não apreciadas.

34. As questões de natureza preliminar, condizentes à admissibilidade da ação e à validade e eficácia do processo, versam sobre inépcia de denúncia, coisa julgada e condições de procedibilidade (estas, relacionadas à alegada necessidade de juízo prévio do poder legislativo, ao

argumento de que seria necessária a anterior apreciação da matéria, como crime de responsabilidade).

A precedência cronológica deve pertencer, consoante o regimento, à exceção de coisa julgada, porquanto é de toda evidência que seu eventual reconhecimento importaria na imediata extinção do processo, dada sua predominância sobre a resolução de outras questões.

E assim deve ser, **maxime** quando é certo que, dessas três precitadas objeções, duas (já suscitadas nas defesas preliminares e repelidas pelo acórdão que findou por admitir a acusação), foram reiteradas junto ao Supremo Tribunal, no HC 68.376-DF, impetrado pelo ex-Governador Marcelo Miranda Soares, com as mesmas alegações anteriormente aduzidas.

E, malgrado tenha o eminente Ministro Relator, no Supremo Tribunal, deferido a liminar de sustação do feito, certo é que, afinal indeferida foi a ordem, o que ensejou a continuidade do feito. E a ementa do v. acórdão é suficientemente esclarecedora, ao resumir (RTJ 135/1.054):

“Penal. Ação Penal contra Governador. Julgamento pela improcedência da acusação no momento em que o Tribunal aprecia a denúncia. Lei nº 8.038/90, art. 6º. Crime de prevaricação. Recebimento da denúncia.

I — A condenação por crime de responsabilidade não é pressuposto da ação penal contra governador de Estado por crime comum.

II — A improcedência da acusação, na oportunidade em que o Tribunal aprecia a denúncia (Lei nº 8.038/90, art. 6º), somente poderá ocorrer quando as provas existentes nos autos, a cavaleiro de qualquer dúvida, elidem a figura penal.

III — Crime de prevaricação. CP, art. 319. A denúncia descreve, em seus aspectos essenciais, fatos que configuram, **prima facie**, o delito tipificado no art. 319 do C. Penal. Impõe-se, em tal caso, o seu recebimento, certo que os aspectos, no que concerne ao mérito da causa, deverão ser esclarecidos na instrução probatória e decididos no momento adequado.

IV — **Habeas corpus** indeferido.”

IV — A ALEGAÇÃO DE COISA JULGADA

35. Ante o soberano pronunciamento do Supremo Tribunal, resta, a título de questão prévia, unicamente a alegação de coisa julgada, inspirada no arquivamento de peças informativas sobre ilícitos penais comuns atribuídos ao Governador, fato em que insiste a defesa como se impeditivo fosse da instauração desta ação penal e, portanto, determinante de sua extinção.

A este propósito, a defesa desde logo reconhece a necessidade de se evidenciar a identidade do objeto, quer do pronunciamento anterior, quer daquele que ainda é postulado nestes autos, muito embora nem

sempre se tenha empenhado na verificação da natureza da decisão local, nem na distinção (no entanto, necessária) entre coisa julgada formal e coisa julgada material.

É o que passo a fazer, para tanto reportando-me, no estudo comparativo da denúncia e do parecer, ao capítulo II, itens 26 e 27, supra, anotando desde logo que, apresentados os autos de “feito não especificado” ao Tribunal do Estado, na assentada de julgamento, o voto do Relator, Desembargador Rui Garcia Dias, limitou-se, tão-somente, a dizer que (fls. 1.346) *verbis*:

“Em face do que dispõe o art. 28 do Código de Processo Penal, o juiz está obrigado a atender o pedido de arquivamento de quaisquer peças de informação, quando formulado pelo Procurador-Geral de Justiça. Igualmente nos casos de crime da competência originária do Tribunal de Justiça (RT 498/271 e RTJ 104/1003).

Não cabe, pois, ao Tribunal, entrar no mérito do presente pedido ou determinar outras diligências complementares, em face da vedação de ordem formal.

Pelo exposto, voto pelo arquivamento das presentes peças informativas.”

36. Mas a cuidadosa comparação do teor da denúncia com os dizeres constantes do transcrito parecer ministerial, singelamente homologado, sem qualquer acréscimo de razões,

pela Corte estadual, patenteia prontamente a disparidade, em cada uma das situações em confronto, das bases empíricas que a defesa indevidamente pretende semelhantes.

Assim é que conotações (as mais relevantes) dos fatos e circunstâncias expostos na denúncia, calcada no dossiê e nas provas do inquérito, bem como sua íntima correlação sequer constam mencionados pelo Ministério Público Estadual. Se não, vejamos.

37. Enquanto a denúncia, atenta à *notitia criminis*, se refere a reiterados avais dados pelo Sr. Marcelo Miranda, antes e depois de eleito, em títulos de obrigação de Matriz Propaganda Ltda., da qual era sócio-majoritário seu amigo íntimo e Secretário Particular (o também denunciado José Rodrigues Dias), avais estes que serviram para justificar, no âmbito do Banco Bamerindus, a concessão dos empréstimos em “operação de cunho político” ou “de responsabilidade do Governador do Estado”, o parecer, no entanto, se limita a não ver ilicitude na prestação de avais, desprezando, porém, a correlação desses avais com outros aspectos dos fatos.

Daí que o parecer nada diz sobre o Governador, antes e depois da posse, *avalizar, frequentemente, títulos de obrigação de empresa privilegiada com o monopólio da publicidade governamental; de empresa pertencente ao Secretário Particular do Governador, seu amigo de longa data;*

de empresa *contratada, sempre, sem licitação*. Menos ainda se refere ao depósito, pelo Secretário Particular, em conta bancária de empresa do Governador do produto desses empréstimos.

38. Cumpre também frisar que o citado parecer omite por completo os seguintes fatos, reiteradamente exaltados no dossiê:

a) que os contratos de publicidade foram sempre açodadamente celebrados com *Mattriz Propaganda*, os pagamentos sendo efetuados antes mesmo da formalização dos empenhos;

b) que nenhuma empresa foi jamais contratada pelo Estado, para esse fim;

c) que tais contratos, no entanto, eram proibidos pela Constituição do Estado, uma vez que a empresa contratada pertencia ao Secretário Particular do Governador.

Sobre todos estes fatos, note-se bem, o citado parecer é omissivo.

Ainda mais, *privatizou o cargo público de Secretário Particular do Governador*, qualificando as relações entre ambos como “de natureza empregatícia”, assim buscando justificar a promiscuidade das contas bancárias do Secretário com a da empresa do Governador, qualificando como normal o depósito na conta desta, do valor advindo do empréstimo bancário obtido pelo Secretário, graças aos avais do Governador, que seria o seu patrão (*sic*)...

Não custa reproduzir o trecho do parecer relativo a estes tópicos da **notitia criminis** e da denúncia, a fim de realçar o chocante contraste:

a) “O fato de constar nos contratos de empréstimos bancários efetuados pela empresa *Mattriz Propaganda Ltda.*, a pessoa do Governador do Estado como avalista, por si só não implica em afirmar a existência de conduta delitiva.”

b) “Os empréstimos bancários efetuados pela empresa *Mattriz Propaganda Ltda.*, junto à agência do Banco Bamerindus do Brasil S/A, nesta cidade, tendo como avalista a pessoa do Governador do Estado, Dr. Marcelo Miranda Soares, não tipifica qualquer espécie de ilícito penal, mesmo porque não há provas de ter sido desviado dinheiro do Tesouro Estadual para liquidação de qualquer título bancário.”

Muito principalmente, nada, no citado parecer, permite apreciar (favorável ou desfavoravelmente) a ocorrência ou não do conluio enfatizado pela denúncia.

Este relato desnatura, portanto, inteiramente os fatos denunciados no dossiê e deduzidos na acusação.

Evidencia-se, assim, a diversidade das bases empíricas que cada um desses pronunciamentos teve em consideração, porquanto a denúncia não menciona dação de avais, “por si só”, como faz o parecer: ela vincu-

la os avais a determinado propósito; o desvio do dinheiro público, por sua vez, comparece na denúncia, a título de favorecimento de empresa do amigo do Governador, com proveito para este, pela exclusividade de que gozava, com dispensa de licitação e exclusividade de contratação, a dano da administração pública estadual, assim desviada da indispensável legalidade e, ao mesmo tempo, predisposta a prejudicar o erário.

39. Convém acentuar a importância da identificação, no processo penal, daquilo que no processo civil corresponde à **causa petendi**, a qual, no processo penal, mais não significa do que a própria conduta, a se confundir com o **thema decidendum**, uma vez que o processo penal não comporta pedido, na aceitação do processo civil, assim privilegiando o processo penal o modo de ser da própria realidade social trazida para a denúncia, como um todo; da respectiva mutilação, por isso, advindo a completa desfiguração do ilícito.

Disso precisamente decorre a reconhecida dificuldade de traçar os exatos limites do mérito no processo penal, como esclareceu o eminente Ministro Xavier de Albuquerque em substancioso estudo dedicado ao assunto, nos Estudos de Direito e Processo Penal em Homenagem a Nelson Hungria, Ed. Revista Forense, 1962, pág. 312.

A correlação desses fatos (empresários bancários “de cunho político”,

de interesse do avalista, então Governador com contratos sem licitação; a contratação, exclusivamente, com a Matriz, sem licitação; o depósito de valores na conta da empresa do então Governador), esta correlação (sobre a qual insiste a **notitia criminis**), expressa na denúncia, sequer transparece do citado parecer por arquivamento.

Nesse contexto, portanto, a autorizada proposição doutrinária há pouco recordada tem por si a prestigiosa doutrina de **Frederico Marques**, ao discorrer sobre o fato principal como o fato material imputado ao réu, atento ao teor do art. 110, § 2º, do CPP (Elementos, 2ª ed., III/84), ao escrever:

“O art. 110, § 2º, do Cód. de Proc. Penal dá e determina de maneira bem clara, a limitação objetiva da **res judicata**, ao dispor o que segue:

“A exceção de coisa julgada somente poderá ser oposta em relação ao fato principal, que tiver sido objeto da sentença”.

Como a decisão, ao solucionar o que consta do pedido acusatório, pode versar sobre questões prejudiciais, apreciadas **incidenter tantum**, considera a lei, a essas questões, como acessórias, fazendo-as refugir, dessa maneira, do âmbito da **res judicata**. E o mesmo se diga dos motivos e fundamentos da sentença, os quais não têm projeção vinculativa fora do processo. Fatos e questões acessó-

rias da sentença, — tanto os motivos do julgado, como as prejudiciais nele apreciadas, não podem ser objeto da **exceptio rei judicatae**, uma vez que não integram a questão ou fato principal nela decidida.

É esse fato principal outro não é que o fato material imputado ao réu, independentemente de sua qualificação jurídico-penal, uma vez que o art. 383 do Cód. de Proc. Penal consagra o princípio do **narra mihi factum, dabo tibi jus**.

Mas o fato principal, se exclui do campo da **res judicata** as questões e segmentos acessórios da sentença, nem por isso fica impossibilitado de afastar o **bis in idem**, quando à imputação se acrescentam dados acessórios que possam tornar o delito mais grave ou menos grave.”

40. Resulta, por conseguinte, que o confronto das peças referidas (parecer e denúncia) demonstra que a Justiça Estadual mais não fez do que singelamente acatar o completo desinteresse do Ministério Público Estadual pelo indispensável esclarecimento dos fatos, seja pela falta de diligência apropriada a afastar dúvidas sobre a autenticidade das provas, seja ao desprezar o verdadeiro teor da **notitia criminis**, para dela extrair apenas um que outro breve tópico, mesmo assim somente depois de escoimado das circunstâncias que ligam os fatos e lhes conferem, a par de sua significação, seu caráter penalmente relevante.

Eis por que não pode prosperar a alegação da defesa sobre coisa julgada, como obstáculo a esta ação penal:

a) por uma parte, porque o trecho do passado (**Carnelutti**) não foi adequadamente levado ao conhecimento do Tribunal Estadual, no parecer ministerial; antes, foi dele sonogado, pois o parecer não passa de mera caricatura da notícia criminal exposta no dossiê, desde que omitiu os fatos mais relevantes ali descritos enquanto os fatos a que aludiu, primeiramente os apartou das circunstâncias em que se inserem e que lhes emprestam a própria conotação legal;

b) por outra parte, irrogou sobre a prova até então produzida as pechas de ilicitude e inautenticidade (nenhuma das quais, no entanto, se confirmou), sem, contudo, nada diligenciar para o necessário esclarecimento dos fatos.

41. Como sustentar, nesse quadro, a existência de coisa julgada?

Compreender-se-ia esse rumo excepcional da defesa, se o parecer tivesse deduzido os fatos juridicamente relevantes contidos na **notitia criminis**, em sua inteireza; ou, em outras palavras, se, ao acatar o parecer por arquivamento, o Tribunal estadual tivesse diante de si razões consistentes para se convencer da *falta de ilicitude penal dos fatos, tais quais levados ao órgão da acusação*; se, em suma, pudesse ter

consciência do verdadeiro modo de ser dos fatos. Se, noutras palavras, o parecer fosse congruente com a **notitia criminis**, como se dá com a denúncia.

Assim tivesse ocorrido, o arquivamento traduziria a convicção do judiciário sul-matogrossense, de que não se praticara o crime de prevaricação.

Melhor dizendo, o arquivamento certamente seria, então, recusado.

42. Ao contrário, assim não tendo sido (pois o Tribunal não teve diante de si exposição correta dos fatos e de suas circunstâncias), como pretender que outro tribunal (este Superior Tribunal de Justiça) esteja impedido de receber e processar denúncia, agora calcada na inteireza dos fatos advindos do inquérito, corroborada pelos aspectos penalmente relevantes, nunca antes examinados; nos fatos, enfim, sobre os quais jamais se pronunciou o Tribunal de Mato Grosso do Sul? Fatos que o parecer simplesmente ignorou ou omitiu?

Uma coisa, com efeito, é dizer (como faz o parecer), que o Governador avalizou títulos emitidos por uma empresa e que isso não é crime.

Outra, completamente diversa, é afirmar (como consta da denúncia) que o Governador avalizava habitualmente títulos emitidos pela empresa pertencente ao Secretário Particular do Governador (assim, investido de cargo público e amigo do Governador); títulos que o Bame-

rindus descontava porque a operação era “de responsabilidade do Governador” ou “de cunho político”, conveniente, ademais, para os negócios comuns do Governador e de seu Secretário, consoante “relações empregatícias” em que o parecer rebai-xou o exercício de cargo público.

Uma coisa é dizer que a empresa tradicionalmente prestava serviços ao Estado (como consta do parecer).

Outra é asseverar (como a denúncia faz) que a empresa tinha, de fato, o monopólio desses contratos, ajustados sem licitação; e que os pagamentos lhe eram feitos de forma irregular.

Uma coisa é referir (como no parecer) apenas tópicos isolados do dossiê; outra, completamente diversa, é (como faz a denúncia) reunir fatos (alguns até então omitidos), circunstâncias e suas correlações, a ponto de qualificar a conduta de todos os acusados como configuradora de conluio (palavra que o parecer nunca usou), de modo a caracterizar prevaricação.

43. Onde, portanto, terá declarado a Justiça local que o Estado pode contratar publicidade, sem licitação?

Ou, ainda, que possa fazê-lo, mesmo que a única empresa sempre eleita para o monopólio pertença ao Secretário de Estado, amigo do Governador?

Quando foi que o Tribunal assim decidiu, mesmo ciente de que o Governador era avalista habitual da

empresa? De que o Bamerindus acatava os títulos da empresa, unicamente em virtude da “responsabilidade do Governador” nos empréstimos tidos, expressamente, como “de cunho político”? Onde se demonstra o conhecimento, pelo Tribunal local, de que *depósitos feitos pelo Secretário em conta de empresa do Governador coincidem com o recebimento de valores decorrentes dos contratos contestados* e dos empréstimos bancários por ele avalizados?

É, no mínimo, injurioso atribuir ao Tribunal de Mato Grosso do Sul ter decidido nestes termos!

Se o Tribunal local acatou o parecer, fê-lo *sem adentrar o mérito*, à conta, exclusivamente, da versão dos fatos nele contida (alheia, como demonstrado, ao teor da acusação feita no dossiê).

44. De tudo se conclui que não concorre a indispensável identidade entre as situações contempladas, respectivamente, no parecer por arquivamento (chancelado pelo Tribunal local) e na posterior denúncia, calcada no dossiê e em provas, muitas das quais obtidas somente no inquérito realizado pela Polícia Federal, uma vez que:

a) nem os fatos aduzidos no parecer são os mesmos narrados, circunstanciadamente, na denúncia;

b) nem os elementos de prova coincidem por inteiro.

Em outra ordem de exposição, ao se limitar o único voto explícito do acórdão estadual à mera homologação de parecer por arquivamento, mais não se pode atribuir a essa decisão, do que o *simples acatamento do referido parecer, pelo que nele se contém*, como enfatizou o próprio Relator do feito (fls. 1.346), **verbis**:

“Não cabe, pois, ao Tribunal entrar no mérito do presente pedido ou determinar outras diligências complementares, em face da vedação de ordem formal.”

45. Resta, por conseguinte, reconhecer que outras diligências foram levadas a termo; que, como resultado delas, outros fatos e circunstâncias foram suscitados na denúncia, não constantes do parecer; que, portanto, sem prejuízo de que se possa considerar, eventualmente, inadmissível a nova investigação, contudo, de coisa julgada, obviamente não se há de cogitar.

Nem o Supremo Tribunal Federal vislumbrou, ao denegar o referido **Habeas-Corpus**, qualquer vestígio de ofensa à incolumidade da garantia constitucional da coisa julgada.

46. Esta é a doutrina mais confiável. Ferindo o tema, eis como se posiciona o consagrado **Hélio Tornaghi**:

“A solução da lei é clara e correta. Somente a **res principaliter deducta iudicata est**. E isso quer tenha havido controvérsia, quer não. O **iudicatum**, portan-

to, não corresponde ao **disputatum**: nem tudo quanto é debatido passa em julgado, e, por outro lado, podem ser objeto de decisão pontos sobre os quais não tenha havido divergência.

Por isso os fatos apreciados pelo juiz incidentalmente, as questões prejudiciais, os argumentos aduzidos na parte demonstrativa da sentença, tudo isso pode ser objeto de novo exame em outro processo sem que se possa excepcionar coisa julgada. Apenas daí não poderá o juiz inferir nenhuma decisão que lese o bem jurídico, a coisa julgada, assegurada anteriormente.” (Compêndio de Processo Penal, J. Konfino, ed. 1967, I/114)

Do mesmo sentir, bem mais recente, é **Júlio Fabrini Miratebe, verbis**:

“O arquivamento de inquérito não cria preclusão. É decisão tomada **rebus sic stantibus**. Nada impede que novas provas modifiquem a matéria de fato, dando ensejo ao procedimento penal. Por isso, o Código permite que a autoridade policial proceda a novas pesquisas, mesmo após o arquivamento do inquérito. Não se revestindo de eficácia de coisa julgada o despacho de arquivamento, interlocutório de natureza terminativa, o desarquivamento diante de novas provas é possível, possibilitando-se o oferecimento de denúncia. Essas novas

provas, capazes de autorizar início da ação penal, são somente aquelas que produzem alteração no panorama probatório dentro do qual foi concebido e acolhido o pedido de arquivamento do inquérito. A nova prova há de ser substancialmente inovadora, e não apenas formalmente nova. Há que se fazer, porém, uma exceção. Se o arquivamento do inquérito policial foi determinado em decorrência da atipicidade do fato imputado ao indiciado, fundamento essencial e permanente e não passageiro, é inadmissível a instauração da ação penal.” (Processo Penal, 2ª Ed. Atlas, 1993, p. 97)

47. Dentre os precedentes jurisprudenciais apontados no escólio por último transcrito, sobressai o v. acórdão unânime da Segunda Turma do Supremo Tribunal de que foi Relator, em 28.8.79, o eminente Ministro **Décio Miranda** (RTJ 91/831), cuja ementa resume:

“Processual Penal. Arquivamento do inquérito policial. Novas provas, capazes de autorizar início da ação penal, segundo a Súmula 524. Serão somente aquelas que produzem alteração no panorama probatório dentro do qual fora concebido e acolhido o pedido de arquivamento. A nova prova há de ser substancialmente inovadora e não apenas formalmente nova. No caso dos autos, constituída substancialmente por

um depoimento em que se reproduzem informações pela testemunha ouvidas da própria vítima, a prova aditada não podia ser considerada prova nova, para o efeito de autorizar a instauração da ação penal.”

Do d. voto condutor do r. aresto recolhe-se o alcance do conceito de prova nova, de que se utilizou a mais alta Corte judiciária. Eis o tópico:

“Prova nova, consoante a decisão recorrida, foi ‘depoimento que se acha por fotocópia a fls. 109-110 do mesmo apenso’ e a simples leitura deste revela que a depoente só tomou conhecimento dos fatos narrados na denúncia através da pretensa vítima de furto qualificado e invasão de domicílio. Mera reiteração, portanto, das declarações da ex-mulher do denunciado, já existentes no inquérito, quando determinado seu arquivamento.”

48. Pois bem, no caso ora em exame, ao contrário, tal não ocorreu: primeiramente, as provas antes trazidas pelo dossiê, repelidas pelo parecer por inautênticas, foram objeto de diligências no inquérito da Polícia Federal, disso resultando confirmada sua autenticidade, por confronto delas com elementos contábeis da escrita do Bamerindus; depois, não se pode desconsiderar o fato de que, com o acréscimo de outros documentos (autos dos procedi-

mentos administrativos demonstradores da falta de licitação e dos pagamentos feitos adiantadamente, bem como do depósito de valores em conta da empresa do Governador), produziu-se, nos autorizados dizeres da ementa do v. aresto da Suprema Corte, importante “... alteração no panorama probatório dentro do qual fora concebido e acolhido o pedido de arquivamento”.

49. Em resumo, verifica-se que o inquérito policial estadual requisitado pelo Secretário Particular do Governador por crime contra sua honra desaguou na instauração do inquérito policial federal sobre a conduta do Governador, tal como emergiu retratada pelo dossiê levado aos autos do primeiro inquérito pelo ali indiciado, a título de exceção de verdade.

Concluído o inquérito da Polícia Federal, dado o comprometimento do Governador, nada cumpria ao Juiz Federal fazer, senão enviar os autos respectivos ao Subprocurador-Geral da República.

A denúncia recebida por esta Corte Especial, como se demonstrou, cogita de realidade muito mais complexa do que aquela descrita de forma incompleta pelo parecer por arquivamento, que se baseara, apenas, no próprio dossiê, pois não se diligenciara inquérito.

V — COISA JULGADA SEM JULGAMENTO?

50. No processo penal, a coisa julgada material não se configura, se-

não apenas a propósito de sentença penal absolutória: não há **judicium, sine cognitione**.

A coisa julgada formal, por sua vez, a decorrer de sentença penal condenatória; tanto quanto a preclusão, não constitui obstáculo impeditivo à reabertura da **persecutio criminis**. O juízo penal condenatório, em apreço à liberdade; o juízo restrito a condições de admissibilidade, em consideração ao interesse social, ambos consentem a reabertura do contraditório. Por mais forte razão, a abertura do contraditório, que antes não ocorreu.

51. **Quid juris**, no caso dos autos?

Aqui se verifica a mera homologação de parecer por arquivamento, baseado apenas em versão incompleta, mutilada de determinados fatos, com desprezo de outros e suas circunstâncias, sem que sequer se tivesse realizado inquérito.

Razão alguma respalda ou justifica, por conseguinte, o pretendido cerceamento desta ação penal, a partir de denúncia que (apoiada, aliás, em mais ampla e profunda investigação posteriormente efetuada), redime, em sua complexidade, o trecho do passado que se trata de reconstruir e qualificar à luz da lei penal, no processo da ação.

De fato, não há **res judicata, sine iudicio**; nem **judicium, sine cognitione**.

Na espécie, não há falar, portanto, em coisa julgada como impedi-

mento à ação penal diversa daquela que, a seu tempo, poderia ter sido intentada, mas não foi.

Com inteira adequação à espécie são estas observações de **Frederico Marques**:

“Não se deve falar de coisa julgada a respeito de questões processuais, e, sim, de preclusão. O vazo, entre nós, de se aludir a decisões sobre preliminares, dizendo que houve coisa julgada, é absolutamente errôneo.”

E, adiante:

“A coisa julgada material tem uma função negativa, que é a de impedir a repetição de processo e julgamento para a lide penal em que incide a sentença que se tornou imutável.

Necessário é, porém, que se trate da mesma lide que foi decidida. Se a causa penal do novo processo não é idêntica àquela da sentença passada em julgado, não existe o **bis idem**, e incabível será, portanto, aduzir-se a exceção de coisa julgada.” (Elementos de Dir. Proc. Penal, 2ª ed., Forense, III, 81, nota 8 e 83).

Assim também, **Miguel Fenech**, ilustre Catedrático da Universidade de Barcelona, **verbis**:

“...no basta que exista relación entre los hechos de uno y otro

proceso, o incluso que parcialmente unos hechos hayan sido introducidos o aportados en ambos procesos, sino que se requiere la identidad entre ellos; importa, pues, a los efectos de determinar la cosa juzgada, el hecho punible que haya sido objeto de ambos procesos”... (El proceso penal, Bosch Ed., Barcelona, 1956, n. 345).

52. A não ser assim, admitir-se-ia que o Ministério Público estadual possa levar **ad absurdum** a titularidade da ação penal.

A expressão **dominus litis** não há de ser entendida, porém, em sentido privatístico: o órgão da acusação pública não é proprietário da ação; não tem direito de usar e abusar de sua legitimidade **ad causam**, como, no velho direito romano, podia fazer o titular do domínio.

O arquivamento, portanto, há de ser tido como circunscrito ao estrito âmbito dos fatos narrados no parecer; nunca, a respeito daquilo que no parecer não se contém; menos, ainda, quanto ao que no parecer deveria ter constado, mas não constou...

53. Sábia, portanto, é a Constituição de 1988, ao trazer para esta Corte a competência originária para ação penal proposta contra governadores.

Por todas estas razões e pelas demais que nem é mister deduzir, recuso a alegação de coisa julgada,

por infundada, e recomendo o destaque desta questão.

É como voto, preliminarmente.

VOTO (PRELIMINAR)

O SR. MINISTRO JOSÉ CÂNDIDO DE CARVALHO FILHO: Sr. Presidente, nesta questão preliminar estou de inteiro acordo com o eminente Relator, Ministro Bueno de Souza. Nada tenho a acrescentar, para também concluir que a questão levada ao Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul não ficou esgotada. As circunstâncias do fato delituoso e aspectos outros que envolvem o delito escapam ao controle exclusivo do Tribunal Estadual. Há uma denúncia do Ministério Público que deve ser examinada e julgada por esta Corte Superior.

Por isso o meu voto, incorporando-me e acolhendo as razões do voto do eminente Relator, é pela improcedência da preliminar.

É como voto.

ESCLARECIMENTOS

O SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO: Senhor Ministro Relator, a respeito do arquivamento, gostaria que V. Exa. me esclarecesse melhor.

No início do relatório, V. Exa. assinalou que o Governador propôs uma ação penal por crime de imprensa contra Lagos, exatamente um candidato que disputou a elei-

ção para Deputado e é opositor político do Governador. Houve, portanto, essa representação. Esses fatos surgiram nesta ação penal ou em outra?

O SR. MINISTRO BUENO DE SOUZA (Relator): Foi por ocasião do inquérito presidido por Promotor de Justiça Estadual, da iniciativa do Governador, atingido em sua honra, que o Sr. Lagos, ali indiciado, apresentou o dossiê, com numerosos documentos, contendo relato de fatos que comprometiam o Governador. O propósito do indiciado era o de preparar a exceção de verdade.

O Promotor, ante o envolvimento do Governador nos fatos relatados no dossiê, encaminhou-o ao Procurador-Geral, que designou um Procurador de Justiça para officiar no caso, autuado como “assunto confidencial”.

Este segundo membro do Ministério Público, sem propor ou determinar qualquer diligência, mesmo de regularização formal do dossiê, encaminhou o assunto ao Procurador-Geral, com parecer por arquivamento.

O Procurador-Geral, por sua vez, encaminhou o expediente com o parecer ao Tribunal, o qual, após concluir que o Chefe do *Parquet* aprovara aquele pronunciamento, determinou o arquivamento das referidas peças informativas.

O SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO: Senhor Ministro Relator, foram peças apresentadas como defesa. Não se trata pro-

priamente de uma exceção de verdade, porque esta não cabia.

O SR. MINISTRO BUENO DE SOUZA (Relator): O próprio Procurador diz que essas peças são muito mais defesa:

“Da análise sucinta, verifica-se que o mesmo foi elaborado mais como peça de defesa, para anexá-la ao inquérito, do que como prova propriamente dita para instauração de uma ação penal contra as pessoas.”

Há uma certa semelhança, de fato; mas veja V. Exa. que a denúncia não cuida, por exemplo, dessa empresa construtora. A denúncia cuida da Empresa Mattriz Propaganda, amizade íntima que explica os avais. Mas não trata de mostrar a vinculação desses fatos, nem com outros, no seu inter-relacionamento negocial muito estreito, como alegado ingresso de recursos provenientes desses empréstimos bancários em conta de empresa do Governador. Esses fatos não constam no parecer.

PELA ORDEM

O SR. MINISTRO BUENO DE SOUZA (Relator): Senhor Presidente, peço a palavra, pela ordem, para esclarecer que não recebo como esclarecimento de fato a ponderação que vem de ser feita pelo Ilustre Advogado. Dizer que sejam os mesmos documentos, nas diferentes si-

tuações, já envolve a apreciação jurídica de fatos; e, se o julgamento prosseguir, terei ocasião de mostrar, mais minuciosamente, que os fatos não têm exatamente o mesmo teor, em ambas as situações: há documentos que ingressaram nestes autos somente depois que os autos vieram ter neste Tribunal e que nunca existiram nos autos, antes disso.

VOTO — PRELIMINAR (VENCIDO).

O SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO: Sr. Presidente, os esclarecimentos prestados pelo Eminentíssimo Ministro Relator me convenceram de que, de fato, no caso, o arquivamento do inquérito não tem o condão de obstar a propositura de nova ação penal.

Acompanho o Sr. Ministro Relator.

VOTO — VOGAL

O SR. MINISTRO FLAQUER SCARTEZZINI: Sr. Presidente, dispõe o artigo 164 do RI-STJ que as questões preliminares serão julgadas antes do mérito, deste não se conhecendo se incompatível com a decisão daquelas.

In casu, a preliminar de exceção de coisa julgada não foi objeto de decisão em momento algum da presente ação penal. Assim, considerando-se a natureza pública do processo penal, bem como o caráter absoluto da coisa julgada material, o inci-

dente ora argüido há que ser apreciado primeiramente, nos termos do art. 164 do RI-STJ.

Pelo exame dos elementos carreados para os autos, verifica-se que o suposto delito de prevaricação atribuído pelo Subprocurador-Geral da República (fls. 02/12) aos denunciados Marcelo Miranda, Guilherme Rodrigues e José Rodrigues Dias, foi declarado inexistente pelo Ministério Público que oficiou junto ao Colendo Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul, competente, à época, para conhecer e decidir sobre acusação criminal contra o Governador do Estado, sendo requerido, na oportunidade, o arquivamento da representação (fls. 1.327/1.333).

O colendo Tribunal de Justiça Estadual, às fls. 1.353, decidiu:

“Feito não especificado — Pedido, formulado pela Procuradoria Geral de Justiça, de arquivamento das peças informadoras — Acolhimento.

— Nos feitos de competência originária do Tribunal de Justiça, requerido pelo Procurador-Geral de Justiça o arquivamento das peças informativas, torna-se obrigatório o acolhimento do pedido, por força do que dispõe o artigo 28 do CPP.”

O r. acórdão transitou em julgado (fls. 1.356).

Ora, o despacho ou decisão que determina o arquivamento do inquérito faz coisa julgada, somente passível de modificação diante de novos elementos probatórios.

A propósito, nesta linha de raciocínio, a jurisprudência é reiterada, segundo parâmetro fixado pelo Supremo Tribunal Federal, nos termos da Súmula 524 que expressa:

“Arquivado o inquérito policial por despacho do juiz, a requerimento do Promotor de Justiça, não pode a ação penal ser iniciada sem novas provas.”

Subentende-se como novas provas, aquelas que produzem alteração no panorama probatório dentro do qual fora concebido e acolhido o pedido de arquivamento. A nova prova há que ser substancialmente inovadora e não apenas formalmente nova.

E não houve prova nova.

Os documentos de fls. 1.386/1.649 são exatamente os mesmos anexados no *dossiê* de acusação contra os requerentes, ou seja, os processos de contratação da empresa Matriz Propaganda Ltda. Não se trata de documento novo, mas de elemento de convicção já analisado e arquivado pelo Colegiado Estadual.

Com estas breves considerações, acolho a preliminar de exceção de coisa julgada e, em consequência, extingo o processo.

É como voto.

VOTO

O SR. MINISTRO JESUS COSTA LIMA: Sr. Presidente e Srs. Ministros. Não gosto de terminar pro-

cesso criminal sem ir ao mérito. Acho que todo réu tem o direito de comparecer perante a sociedade, dizendo: fui absolvido, bem assim a sociedade de saber que o acusado foi condenado. Mas, pelo que pude concluir do voto do eminente Relator e dos debates que se travaram, o *dossiê* e a denúncia, em substância, são a mesma coisa. Senão, vejamos:

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

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

Mas o extremo vínculo de amizade não cessa.

Aos 8 de abril de 1987, novo aval de Marcelo Miranda à Matriz, no valor de 42 milhões, com a mesma observação bancária de que, **verbis**:

“Somos favoráveis à renovação por tratar-se de operação de responsabilidade do Dr. Marcelo Miranda Soares, Governador do Estado”. (fls. 54/57)

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

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

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

Mas não é assim.

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

Como?

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

A desenvoltura de José Rodrigues Dias em dispor do numerário da Secretaria de Comunicação Social, fazendo-o **contra legem**, era tanta que apesar de só ter as importâncias relativas aos processos nºs 4.205 e 4.206, liberadas em 26 de maio de 1987 (fls. 1.425 e 1.487) — importâncias no valor de Cz\$ 2.510.000,00 e 4.303.440,30, respectivamente — e tudo se faz em 24 horas, no mesmo dia 26, todavia já aos 25 de maio, um dia antes, depositava os cheques da Secretaria Estadual de Comunicação Social, na conta da Matriz, no Bamerindus (vide: doc. a fls. 330).

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

Assim, o segundo denunciado — Guilherme Rodrigues da Cunha — singelamente, em ofício de página e meia ao 1º denunciado, dizia da característica técnico-profissional e dos conhecimentos avançados na

execução dos serviços da Matriz Propaganda, que, como vimos, era do 3º denunciado, e para quem o 1º denunciado avalizava títulos bancários, e, também singelamente, o 1º denunciado autorizava a execução dos serviços, sem o devido processo licitatório, praticando, com o concurso dos demais, portanto, “indevidamente, ato de ofício, contra disposição expressa de lei”.

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

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

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

“Quanto ao segundo item de seu ofício, podemos afirmar que as empresas citadas estão obrigadas ao processo licitatório para prestação de serviços com a Administração Pública, não se enquadrando no art. 22 do Decreto-Lei 2.300 de 21/11/86, como concessionárias de serviços públicos”. (vide: fls. 621)

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

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

Os fatos, aqui claramente expostos, comprovam:

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

b) amizade tão devotada que perpassa mais de 2 decênios; que faz do 3º denunciado desempenhar a função pública de secretário particular do 1º, e também que “cuida de seus negócios particulares” (item 18, desta); que faz do 1º denunciado, já Governador do Estado, avalista incondicional dos empréstimos bancários da firma do 3º denunciado, e ordenador de que se lhe pague, com verbas públicas, em menos de 1 mês, a cifra de Cz\$ 11.924.358,00!!!, quando a dispensa de licitação estava aquém de Cz\$ 15.000,00;

c) que todos, 1º, 2º e 3º denunciados sabiam plenamente das ilicitudes que perpetravam porque, na ocasião, também vasto o noticiário sobre os fatos (vide: fls. 77/89); e, na verdade, após a divulgação das ilicitudes, o próprio 3º denunciado, pela petição de fls. 629/630, buscou “arquivar o inquérito”, por cuja instauração pedira contra quem dera publicidade aos eventos: o 4º denunciado”. (fls. 7/11)

Aí estão os fatos ditos criminosos. E arremata a denúncia:

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

A sanção há de sofrer o acréscimo legal, presente no § 2º do artigo 327, do Código Penal”. (fl. 11)

Formulada representação contra o denunciado e aludindo aos contratos de publicidade conforme o dos-

siê, o Ministério Público do Estado, segundo documento que nos foi encaminhado, com o Relatório, pelo eminente Ministro Relator, registra:

a) a empresa Matriz Propaganda Ltda. tem como um dos sócios José Rodrigues Dias, “há vários anos secretário particular do hoje Governador do Estado, prestando-lhe todos os serviços inerentes no mundo dos negócios em que atua, quer neste Estado, quer em outros da Federação; b) desde 1983 a aludida empresa vinha prestando serviços aos órgãos governamentais do Estado; c) “o fato de constar nos contratos de empréstimos bancários efetuados pela empresa Matriz Propaganda Ltda., a pessoa do Governador do Estado como avalista, por si só não implica em afirmar a existência de conduta delitiva”; d) é o Governador do Estado sócio da firma Bramazônia-Brasil Amazônia Agroindustrial Comércio Importação e Exportação Ltda., com sede em Rondônia, “e as operações bancárias efetuadas junto à agência do Banco Bamerindus do Brasil S/A desta cidade, tendo Sua Excelência como financiado e avalista ao mesmo tempo, na esfera penal não constitui ilícito”; e) “as transferências de numerários da conta particular do Governador do Estado para a conta de seu secretário particular, José Rodrigues Dias e vice-versa, são operações rotineiras, consequência da vinculação empregatícia existente entre

ambos. Pela própria natureza do cargo é este obrigado a manipular quantias em dinheiro para atender os compromissos e negócios do patrão”; f) os empréstimos bancários efetuados pela empresa Matriz Propaganda Ltda., junto à agência do Banco Bamerindus S/A, na cidade de Campo Grande, tendo como avalista a figura do Governador do Estado, “não tipifica qualquer espécie de ilícito penal, mesmo porque não há provas de ter sido desviado dinheiro do Tesouro Estadual para liquidação de qualquer título bancário”; g) os pagamentos efetuados pelo Governo do Estado à empresa Matriz Propaganda Ltda., pela prestação de serviços, “por si só não caracteriza a prática de ato delitivo, e se alguma irregularidade porventura existir, deve esta ser apurada no âmbito administrativo por órgão competente; h) a movimentação de tudo quanto o Estado arrecada tem como órgão fiscalizador o respectivo Tribunal de Contas “competente para apurar a licitude ou ilicitude dos atos praticados dentro da esfera governamental, e cujas decisões têm força de coisa julgada, quer em relação às pessoas, quer em relação às matérias sujeitas à sua jurisdição”; i) “no caso vertente, entendendo não estar configurada qualquer espécie de delito capitulado no Código Penal, Título XI, Capítulo I —, mesmo porque a base sustentadora das acusações foi cons-

tituída de modo um tanto suspeito. Fotocópias de documentos altamente sigilosos e sem a devida autenticação, fato que em si macula a seriedade e legitimidade da proposição”; j) “as inferências e ilações que se pretendeu extrair das peças formadoras deste libelo acusatório não bastam para justificar o ajuizamento de uma ação penal, motivo pelo qual requeremos o arquivamento das mesmas, ex vi do disposto no artigo 28 do Código de Processo Penal”. (fls. 3.374/3.375)

No caso vertente, entendo que não está configurada qualquer infração penal capitulada nos artigos 312 a 326, do Estatuto Punitivo, mesmo porque a base sustentadora já foi apreciada pelo Tribunal de Justiça, então competente que, por unanimidade, acolheu o pedido do Ministério Público, arquivando a representação.

Logo, se nenhum fato novo foi trazido com a denúncia, a qual se limita a narrar tudo quanto já se encontrava no dossiê e se o contexto probatório é o mesmo, acolho, também a preliminar, mandando arquivar a presente ação penal por falta de justa causa.

VOTO — PRELIMINAR

O SR. MINISTRO COSTA LEITE: Senhor Presidente, estou em que há identidade entre os fatos aludidos no pronunciamento do *parquet* local e

os constantes da denúncia que ora se examina, de maneira que, determinado o arquivamento das peças informativas pelo Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul e não alterado o panorama probatório, impen-de acolher a preliminar. Acompanho o voto do eminente Ministro Scartezini, **data venia**.

O SR. MINISTRO PEDRO ACIOLI (Aparte): V. Exa. me permite um aparte?

É bom frisar que a denúncia não só se firma na empresa que fazia a propaganda política, mas também na ilegalidade praticada com a existência da licitação que não houve, que a lei exige. Esse é que é o fundamento maior, básico, da denúncia.

O SR. MINISTRO COSTA LEITE: Considero tal fato abrangido pelo pronunciamento do Ministério Público local e, conseqüentemente, pela decisão que determinou o arquivamento das peças informativas.

VOTO (PRELIMINAR)

O SR. MINISTRO NILSON NAVES: Sr. Presidente, sobre a preliminar da coisa julgada de ordem formal, estivemos aqui conversando por bom tempo. Confesso que, inicialmente (e isto no correr das diversas sustentações orais), fiquei na dúvida se os fatos não seriam os mesmos ou se o fato, singularmente considerado, não seria o mesmo, isto é, o descrito no parecer do Procurador Ovídio, ao requerer o arqui-

vamento da representação, e o descrito na denúncia. Li neste momento o parecer do Procurador Ovídio, reli a denúncia e ouvi o Sr. Relator, mas acabei por me convencer de que não há identidade absoluta, capaz de me levar a proclamar tranquilamente a coisa julgada.

Por isso, pedindo vênias aos Srs. Ministros que deram pela existência da coisa julgada, acompanho o voto do Sr. Relator.

VOTO — PRELIMINAR

O SR. MINISTRO EDUARDO RIBEIRO: Tal salientou o Sr. Ministro Costa Leite, a mim também se me afigura que a questão está em saber se os fatos, apreciados quando do pedido de arquivamento e do seu deferimento no Tribunal de Justiça, então competente para a matéria, coincidem com os descritos na denúncia. Naquele, salientou-se, em relação ao tema, ou seja, relações do Governo do Estado com a empresa de propaganda Matriz, que os pagamentos a ela efetuados por prestação de serviços, só por si, não constituíam infração penal. O Sr. Ministro Costa Leite entendeu que se haveria de considerar decidido que todo o procedimento conducente ao dispêndio também teria sido legal, abrangido esse no arquivamento.

Vou pedir vênias para discordar dos que viram essa identidade. Não dou essa interpretação, assim compreensiva. Leio o item 19 da denúncia:

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

Nessa autorização do serviço, e não no efetuar o pagamento, é que estaria o crime de prevaricação. Não me parece que se deva ter como implícito aquilo que não constou, na realidade, do pedido, não sendo considerado quando do arquivamento.

Peço vênia para acompanhar o eminente Relator.

VOTO — PRELIMINAR

O SR. MINISTRO DIAS TRINDADE: Sr. Presidente, como o Sr. Ministro Jesus Costa Lima, gostaria de examinar o mérito desta ação penal. Até porque, se o fizesse, diria, como fez V. Exa. em seu voto inicial na Seção, preliminarmente, que não existiria o delito. Mas, no

exame da preliminar, tenho que os fatos constantes do dossiê e descritos na peça de pedido de arquivamento desse dossiê, peça informativa como o inquérito policial, são exatamente os mesmos. E partiria, então, como fez o Sr. Ministro Costa Leite, para indagar: sendo os mesmos fatos, houve prova nova que justificasse a reabertura do processo arquivado? Só uma, de toda a discussão que se fez agora...

O SR. MINISTRO BUENO DE SOUZA (Relator): Aparte: V. Exa. me permite? V. Exa. consideraria prova nova a inclusão nos autos, depois que chegaram a este Tribunal, dos originais dos contratos e das pastas que contêm os esclarecimentos relativos ao modo como foram autorizados os contratos?

O SR. MINISTRO DIAS TRINDADE (Voto): Cont.: Para abertura do processo, não, porque este já estava reaberto. Diria, então, depois de ouvir todos os debates e ouvir as informações precisas do Sr. Ministro Relator no início do seu voto, que a única prova nova, se é que isso se poderia dizer, que apareceu foi a autenticação dos documentos que antes não estavam autenticados.

Por isso, Sr. Presidente, não vejo como se possa ultrapassar a preliminar.

Acompanho o voto do Sr. Ministro Cid Flaquer Scartezzini.

VOTO — PRELIMINAR

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO: Sr. Presidente, desde

o início da votação uma dúvida me assaltava. O Eminentíssimo Ministro Relator lia o parecer, mas não noticiava o resultado do julgamento pelo Tribunal. Agora o julgamento do Tribunal veio às minhas mãos através dos Eminentíssimos Colegas à minha esquerda e observo que realmente, por injunções políticas — está bem frisado aqui — “O denunciante, ...”, diz o Procurador: ...“ferrenho adversário político do Governador, fez a denúncia.” Na defesa vieram as provas, exatamente aquelas que **data venia** se discute nesta ação penal. Tive o cuidado de examiná-lo e nele há uma curiosidade: converteram o julgamento em diligência para que o Procurador-Geral se manifestasse acerca do pedido de arquivamento. O Procurador-Geral devolveu os autos ao Tribunal sem se manifestar. Foi entendido pelos Desembargadores que esta devolução deveria ser interpretada como pedido de arquivamento e assim o fizeram.

Não tenho dúvida em reconhecer na peça produzida pelo Ministério Público, em que se analisam todas essas circunstâncias, inclusive o que serviu de base a esse procedimento criminal que ora estamos analisando, que a matéria já foi apreciada por aquele Tribunal de Justiça. O relatório do Desembargador Rui Garcia Dias repete tudo que o Procurador disse no seu parecer. Estou convencido de que — com todo respeito aos que pensam em contrário — a matéria foi devidamente apreciada.

Sem maiores considerações — apenas para justificar meu voto, pe-

dindo muitas vênias ao Eminentíssimo Relator e a todos que o acompanharam, pois são todos votos respeitáveis —, acolho a preliminar e acompanho o Sr. Ministro Cid Flaquer Scartezini.

VOTO (PRELIMINAR)

O SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO: Sr. Presidente, a denúncia, do item 1 ao item 11, retrata o panorama mencionado pelo eminentíssimo Ministro Relator, fazendo referência aos empréstimos bancários e às operações que foram feitas com o aval do Governador. E, no item 12, afirma textualmente:

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

A partir do item 13, prossegue na imputação do fato, verdadeiro núcleo da peça acusatória, que, como todos sabem, não está na capitulação, na sua parte conclusiva, mas na descrição do fato criminoso.

Ora, no coração da denúncia, isto é, na descrição do fato, afirma-se o seguinte:

“13. Mas não é assim.

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

15. Como?

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

17. A *desenvoltura* de José Rodrigues Dias em dispor do numerário da Secretaria de Comunicação Social, fazendo-o **contra legem**, era tanta que apesar de só ter as importâncias relativas aos processos nºs 4.205 e 4.206, liberadas em 26 de maio de 1987 (fls. 1.425 e 1.487) — importâncias no valor de Cz\$ 2.510.000,00 e 4.303.440,30, respectivamente — e tudo se faz em 24 horas, no mesmo dia 26, todavia já aos 25 de maio, um dia antes, depositava os cheques da Secretaria Estadual de Comunicação Social na conta da Matriz, no Bamerindus (vide: doc. a fls. 330).

18. Os três primeiros denunciados — Marcelo Miranda; seu secretário de Comunicação Social Guilherme Rodrigues da Cunha; e seu secretário particular José Rodrigues Dias —, em conclusão, dado mesmo a *intimidade* presente entre Marcelo e José Rodrigues — “que por já trabalhar há muitos anos, *mais de 20 anos*, junto ao Sr. Marcelo Miranda Soares, o declarante *também se*

encarrega de cuidar de seus negócios particulares, como sempre fez” (fls. 627, grifamos) — engendraram forma simples de coonestar, administrativamente, a liberação de dinheiros públicos para a Matriz Propaganda.

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

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

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

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

“Quanto ao segundo item de seu ofício, podemos afirmar que as empresas citadas estão obrigadas ao processo licitatório para prestação de serviços com a Administração Pública, não se enquadrando no Art. 22 do Decreto-Lei 2.300 de 21/11/86, como concessionárias de serviços públicos.” (vide: fls. 621)

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

Tudo gira, como se vê, em torno de pagamentos e recebimentos.

Será que essa denúncia, relatando todos esses pagamentos que teriam sido feitos com ausência de licitação, coincide com os fatos objeto do pedido de arquivamento do Procurador-Geral da Justiça, formulado perante Tribunal de Justiça, numa época em que o Superior Tribunal de Justiça nem existia?

Penso que sim.

Leio, no 1º volume dos autos, págs. 223/229, o pedido de arquivamento, **in verbis**:

“Francisco de Lagos Viana Chagas, denunciado perante o Juí-

zo da 6ª Vara Criminal da Capital, por infringência ao artigo 22 (injúria), da Lei nº 5.250, de 09 de fevereiro de 1967 (Lei de Imprensa), figurando como vítima Sua Excelência, o Governador do Estado de Mato Grosso do Sul, Dr. Marcelo Miranda Soares, encaminhou ao Promotor de Justiça, Dr. Anízio Bispo dos Santos, designado pelo Dr. Procurador-Geral de Justiça para officiar no Inquérito Policial que deu origem ao processo acima referido, os documentos que compõem os presentes autos, para serem anexados ao Inquérito Policial. Porém, o Representante do *Parquet*, entendendo que havia envolvimento da pessoa do Governador do Estado, remeteu tais documentos ao Digníssimo Procurador-Geral de Justiça, a quem cabia tomar as providências, e Sua Excelência, por ato, designou-me para emitir parecer, e o faço como segue:

Da análise sucinta do pedido verifica-se que o mesmo foi elaborado mais como peça de defesa para ser anexado aos autos de Inquérito Policial a que nos referimos acima, do que como prova propriamente dita para a instauração de uma ação penal contra as pessoas e empresas ali mencionadas.

E tal peça é constituída de fotocópias de documentos vários, sem a devida autenticação, fato que, por si só, tira-lhe o valor probante, **ex vi** do disposto no

parágrafo único do artigo 232 do Código de Processo Penal, somados a recortes de publicações feitas na imprensa local e de outros Estados da Federação, gratuitamente ou mediante paga.

Centrou o denunciante suas acusações contra a pessoa do Governador do Estado, Dr. Marcelo Miranda Soares, seu Secretário particular, José Rodrigues Dias, o Secretário de Estado de Comunicação Social, Guilherme Cunha, e as Empresas Engecruz Ltda. e Bramazônia Ltda.

DA ANÁLISE DOS FATOS SOB A ÓTICA PENAL:

A empresa Matriz Propaganda Ltda. tem como um dos sócios José Rodrigues Dias, há vários anos secretário particular do hoje Governador do Estado, prestando-lhe todos serviços inerentes ao mundo dos negócios em que atua, quer neste Estado, quer em outros da Federação.

Desde 1983 vem a empresa Matriz Propaganda Ltda. prestando serviços aos órgãos governamentais do Estado e, como não poderia deixar de ser, continua a fazê-lo. Foi a coordenadora no campo da propaganda escrita, falada e televisionada, de todos movimentos políticos encampados pelo PMDB, visando as eleições diretas-já, de Prefeitos para as antigas áreas de Segurança Nacional e para a Capital do Estado, culminando com a eleição de Governador em 1986.

O fato de constar nos contratos de empréstimos bancários efetuados pela empresa Matriz Propaganda Ltda., a pessoa do Governador do Estado como avalista, por si só não implica em afirmar a existência de conduta delitativa.

É o Governador do Estado sócio da firma Bramazônia-Brasil Amazônia Agroindustrial Comércio Importação e Exportação Ltda., com sede na cidade de Ariquemis, Rondônia, e as operações bancárias efetuadas junto à agência do Banco Bamerindus do Brasil S/A desta cidade, tendo Sua Excelência como financiado e avalista ao mesmo tempo, na esfera penal não constitui ilícito.

As transferências de numerário da conta particular do Governador do Estado para a conta de seu secretário particular, José Rodrigues Dias, e vice-versa, são operações rotineiras, consequência da vinculação empregatícia existente entre ambos.

Pela própria natureza do cargo é este obrigado a manipular quantias em dinheiro para atender os compromissos e negócios do patrão.

Os empréstimos bancários efetuados pela empresa Matriz Propaganda Ltda., junto à agência do Banco Bamerindus do Brasil S/A, nesta cidade, tendo como avalista a pessoa do Governador do Estado, Dr. Marcelo Miranda Soares, não tipifica qualquer espécie de ilícito penal, mesmo por-

que não há provas de ter sido desviado dinheiro do Tesouro Estadual para liquidação de qualquer título bancário.

Os pagamentos efetuados pelo Governo do Estado à empresa *Matriz Propaganda Ltda.*, pela prestação de serviços, por si só não caracteriza a prática de ato delitivo, e se alguma irregularidade porventura existir, deve esta ser apurada no âmbito administrativo, por órgão competente.

Não é o montante do pagamento que caracterizaria o ato lesivo, mas sim as circunstâncias em que o fato se deu.

A participação da empresa *Engacruz Ltda.* na execução de obras no Estado, vem desde os idos de 1983, conforme documento em anexo, juntamente com outras vinte e cinco empreiteiras e, segundo a documentação acostada, foi ela vencedora da concorrência de nº C/12/87, de 21 de abril de 1987, para a execução da obra de pavimentação asfáltica da rodovia BR/377, trecho Inocência — Água Clara, subtrecho KM 82 — Água Clara, cujo contrato foi firmado em 05 de maio de 1987. As demais obras foram contratadas em governos anteriores, havendo, na atual administração, apenas reajustes de valores, conforme legislação pertinente.

As operações bancárias efetuadas pela empresa *Engacruz Ltda.* cingem-se puramente no campo

comercial, e mesmo tendo como avalistas pessoas ligadas ao governo do Estado, e até mesmo à pessoa do Governador, não se pode afirmar que haja a presença de alguma figura caracterizadora do ilícito penal, mesmo porque, pela seqüência do articulado, verificasse a existência apenas de ilações do denunciante, montadas em um arcabouço pré-concebido e por ele direcionado.

Quanto às afirmações de que o erário público teria tido prejuízos com a não aplicação no mercado de capitais denominado *overnight*, dos depósitos feitos no Banco Bamerindus S/A, visando garantir “a reciprocidade” a empréstimos contratados pela empresa *Engacruz Ltda.*, é matéria a ser apurada pelo órgão fiscalizador competente, através de auditoria.

Toda movimentação, no sentido lato da palavra, de tudo que é arrecadado pelo Estado, vindo do contribuinte e de outras fontes geradoras, tem como órgão fiscalizador o Tribunal de Contas do Estado, competente para apurar a licitude ou ilicitude dos atos praticados dentro da esfera governamental, e cujas decisões têm força de coisa julgada, quer em relação às pessoas, quer em relação às matérias sujeitas à sua jurisdição.

DO PEDIDO:

O denunciante-signatário, de posse de fotocópias, sem a devida autenticação, deu às peças infor-

mativas o enfoque político que melhor lhe convinha, o que é perfeitamente ajustável a fenômenos desta natureza, principalmente sendo ele pessoa de notória e radical oposição ao atual governo.

Diante de tal situação, é sempre delicada a posição da Justiça, face às divergências partidárias, quando estas traduzem paixões e inconformismos pela perda do poder, onde se usam de todos os expedientes para se alcançar o fim colimado. Manda a prudência que providências extremas somente sejam tomadas quando, inegável a infração delituosa, tenha causado dano ao erário público e lesionado a esfera normativa do Direito Penal.

No caso vertente, entendo não estar configurada qualquer espécie de delito capitulado no Código Penal, Título XI, Capítulo I —, mesmo porque a base sustentadora das acusações foi constituída de modo um tanto suspeito. Fotocópias de documentos altamente sigilosos e sem a devida autenticação, fato que em si macula a seriedade e legitimidade da proposição.

A conduta do Chefe do Executivo tem de se supor, até prova em contrário, perfeitamente adequada às suas responsabilidades, no seu trato com a coisa pública.

As inferências e ilações que se pretendeu extrair das peças formadoras deste libelo acusatório não bastam para justificar o ajuizamento de uma ação penal, motivo pelo qual requeremos o arquivamento das mesmas, *ex vi* do disposto no artigo 28 do Código de Processo Penal.

zamento de uma ação penal, motivo pelo qual requeremos o arquivamento das mesmas, *ex vi* do disposto no artigo 28 do Código de Processo Penal.

Campo Grande, 27 de outubro de 1987.

(assinatura)

Ovidio Pereira

Procurador de Justiça”

Do confronto que faço entre esse pedido de arquivamento, acolhido pelo Tribunal, e a descrição feita na denúncia do Ministério Público Federal, ambos com base no mesmo dossiê, não vejo diferença essencial. Há referências à posterior juntada de documentos e até à elaboração de um laudo que teria atestado a autenticidade de documentos. Isso, porém, não constitui fato novo, porque o dado probatório continua o mesmo e o Ministério Público do Estado não se limitou a pedir o arquivamento única e exclusivamente pela razão da falta de autenticação das peças exibidas: adentrou o mérito e considerou que aqueles pagamentos acusados naquelas peças, examinados por ele, não constituíam ilícito penal; não só o ilícito penal de que se trata, como também nenhum outro ilícito penal contra a Administração Pública. Portanto, não há fato novo nem provas novas, hipótese em que, nos termos do art. 18 do CPP e da Súmula 524 do STF, o arquivamento, acolhido pela Justiça, faz, sim, coisa julgada formal.

Por essas razões, concordo em toda plenitude com o voto do eminente Ministro Cid Flaquer Scartezzini. Acolho a exceção de coisa julgada formal, argüida perante esta Corte, e extingo o processo por entender demonstrada a falta de justa causa para esta segunda ação penal pelos mesmos fatos. E mais ainda: não havendo notícia — e parece-me que isto foi confirmado pelo eminente Ministro Relator — de que estes autos foram retirados do Juízo de Primeira Instância e trazidos para esta Corte sem manifestação ou despacho daquele Juízo, dando pela sua incompetência ou resolvendo a matéria **sub judice**, determino que se devolvam estes autos para o Juízo de origem, para os devidos fins, inclusive apuração das circunstâncias em que se deu essa irregularidade.

É o meu voto.

VOTO — PRELIMINAR

O SR. MINISTRO EDSON VIDIGAL: Senhor Presidente, acompanho o Eminentíssimo Ministro Cid Flaquer Scartezzini e todos os demais que lhe sucederam no mesmo sentido, acolhendo no meu voto os acréscimos trazidos pelo Sr. Ministro Assis Toledo, dando pela extinção do processo, requerendo providências que não de ser tomadas em razão de eventual delito de subtração de documentos no Juízo originário.

É o voto.

VOTO — PRELIMINAR

O SR. MINISTRO HÉLIO MOSIMANN: Sr. Presidente, não pretendo ser repetitivo. Por isso e pelas mesmas razões que o inspiraram e que me convenceram, acompanho o voto do eminente Ministro Cid Flaquer Scartezzini, acolhendo a preliminar.

APARTE

O SR. MINISTRO JOSÉ CÂNDIDO DE CARVALHO FILHO (Revisor): Sr. Presidente, V. Exa. me permite um aparte? Estou examinando o processo, e tenho a impressão de que o Tribunal está incidindo em um erro.

Não há nos autos prova de trânsito em julgado dessa decisão no Tribunal de Justiça. Dos autos consta que se juntou uma cópia, que diz:

“Certidão de Decisão. Certifico que, em sessão ordinária do eg. Tribunal Pleno, realizada hoje, sob a Presidência do Excelentíssimo Desembargador Geval Bernardino de Souza, no julgamento do presente recurso, foi proferida a decisão”.

VOTO — PRELIMINAR

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO: Senhor Presidente, nada tenho a acrescentar aos votos divergentes. Estou convencido de que as peças de informação foram arqui-

vadas a requerimento do Procurador-Geral da Justiça do Estado, cujo arquivamento foi determinado pelo Tribunal de Justiça do Estado do Mato Grosso. O Ministério Público, sem o surgimento de novos elementos de convicção, de outros indícios de prova, que justificassem, por si, o oferecimento da denúncia, não poderia instaurar, perante esta Corte, ação penal. Há uma impossibilidade jurídica absoluta, segundo preceitos do Código de Processo Penal Brasileiro (art. 18 do Código de Processo Penal).

Com essas ligeiras considerações, peço vênua ao eminente Relator, para acompanhar o voto do Senhor Ministro Cid Flaquer Scartezzini, com os subsídios trazidos pelos demais ministros que o acompanharam.

É como voto.

VOTO-PRELIMINAR

O SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS: Sr. Presidente, acompanho o Eminente Relator, com o adendo, ao seu voto, colocado pelo Sr. Ministro Cid Flaquer Scartezzini.

VOTO — PRELIMINAR VENCIDO

O SR. MINISTRO MILTON LUIZ PEREIRA: Sr. Presidente, Srs. Ministros, desde o primeiro momento, como um atento aprendiz — quanto mais ouço e participo, mais aprendo — vi-me, em determinados momen-

tos, diante de uma encruzilhada, construída por excelentes subsídios lançados pelos que acolhem a exceção de coisa julgada e por outros que a desacolhem.

Entretanto, cumpre-me escolher o caminho, porque não há como abster-me de pronunciar-me segundo o tribunal da minha consciência de juiz. Com esse fito, no final de tudo que se expôs e do aprendizado que recolhi, parece-me, na inteireza do meu convencimento, que a questão primordial, na luminosidade das razões debatidas, tem significativa projeção processual, na via da defesa.

Outrossim, sem falsear a realidade, a memória frutifica e consubstancia, como apurado nas disposições feitas, conceitos primorosos sobre a coisa julgada material e a coisa julgada formal. Ao final, se equivocado não estiver, assentando-se que se cuida da coisa julgada formal, colocando-se em relevo que, se naquela outra há um impedimento de discutir-se o mérito, nesta surge o impedimento de discutir-se sobre o processo, no caso, quanto ao arquivamento do inquérito. Finca-se, pois, a discussão, para firmar-se se deve ou não prosseguir-se com a ação em julgamento, frente ao estorvo da coisa julgada. Para mim, com estridência, a resposta é negativa, abrindo-se clareira enorme para que se caminhe para o exame do mérito. Com efeito, a denúncia é ato rigorosamente processual e deve estar afinada, necessariamente, com os fatos trazidos como notícia **criminis**, mas ainda não necessariamente e, desde

logo, como o crime praticado, porque a classificação pode variar no final da instrução probatória. Se assim penso, não posso deixar de referir-me ao art. 18, do Código de Processo Penal, espalhando a compreensão de que as suas disposições são reveladoras do exercício de direito pleno, reservado ao Ministério Público para pedir o arquivamento. É muito significativa essa reserva legal, sem subterfúgios, demonstrando que o Ministério Público tem a disponibilidade de apreciar subjetiva e objetivamente os fatos noticiados para compreendê-los, ou não, como feição delituosa. Ora, se deles pode dispor, deve-se-lhe reconhecer que pode reapreciá-los, na largueza da ordem subjetiva ou, ainda, vinculado ao requisito da objetividade. Das leituras feitas durante o julgamento em curso não consegui dissociar-me da impressão de que o Ministério Público, na sua liberdade de reapreciação, apreendeu nova circunstância, bastante suficiente para que ficasse convencido da prática de um delito, desanuviado diante de reexame, analisando novas circunstâncias. Mesmo porque, tudo, na verdade, embora os fatos, essencialmente, tenham a mesma origem, houve uma bifurcação no encaminhamento processual, a partir de uma queixa, para a apreciação de crime contra a honra, onde se vinculou o tal dossiê, com fatos de maior ou menor envergadura, rejeitados de início, porque não atenderiam ao aspecto formal da autenticação dos documentos acostados, portanto, sem a

fé pública necessária para aceitação valedia na formulação de acusação eficiente.

Com essas premissas, para mim, há uma natureza continuativa da relação jurídico-originária: Ministério Público e os fatos. Tanto assim, que é o **dominus litis**, exatamente porque, nessa relação processual continuativa, num fluxo e refluxo, tanto pode pedir o arquivamento, como pedir a reabertura do inquérito, salvo a hipótese do vencimento do prazo prescricional.

Demais, na senda das lições magníficas, sintetizadas pelo eminente Relator, da lavra do Ministro Xavier de Albuquerque, seguidas de esplendorosas considerações feitas pelo saudoso **Frederico Marques**, considerações voltadas à coisa julgada sob exame, referenciando o Ministério Público, constitucionalmente, erigido como essencial à função jurisdicional do Estado — art. 127, Constituição Federal.

Atenho-me, ainda, que o Ministério Público é de criação de um Estado moderno, porque, entre os povos antigos, na verdade, havia apenas a intervenção para reparação de interesse particular que sofresse um dano. Posteriormente, participou para sancionar o particular que causasse dano à administração pública, até que o Estado organizado resolveu institucionalizá-lo.

Pelo exposto, deixei fincado que não me animo a fazer a aplicação literal da Súmula nº 524, outrossim, impressionado pelo fato de que, no julgamento do **habeas corpus** im-

petrado pelo acusado ex-Governador, a Excelsa Corte, no voto-condutor, com todas as letras, examinando a denúncia, pelo menos em tese, afirmou a tipicidade de crime; aliás, no **habeas corpus**, foi muito além, classificando o crime descrito no art. 319 do Código Penal. Por essas vertentes, liberado de fazer a aplicação literal da Súmula nº 524 e, no confronto dos fatos narrados e, com significação decisiva, diante da natureza continuativa da relação jurídica do Ministério Público com os fatos, como **dominus litis**, podendo deles dispor e, também, reanimá-los para definir um novo caminho, no caso, não vejo óbice para que formalizasse a denúncia.

Concluo, Sr. Ministro Presidente, em que pese a pouca significação da minha participação, mas, de qualquer modo, emergente da minha convicção, acompanhando o voto proferido pelo eminente Ministro Relator, portanto, rejeitando a exceção da coisa julgada.

VOTO — PRELIMINAR

O SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA: Sr. Presidente, Srs. Ministros, de tudo quanto restou manifestado pelo eminente Subprocurador, pelos eminentes Advogados e pelos doutos votos proferidos, não tenho nenhuma dúvida que se tornou absolutamente intransponível o óbice da coisa julgada, uma vez que os fatos circunscritos na denún-

cia estão subsumidos naquilo que foi julgado pelo egrégio Tribunal do Mato Grosso do Sul a pedido do douto Ministério Público local.

De sorte que, por amor à brevidade e por falta de brilho e talento equivalentes, acosto-me ao voto do eminente Ministro Flaquer Scartezini, fazendo minhas todas as palavras que foram proferidas pelo eminente Ministro Assis Toledo.

VOTO — PRELIMINAR

O SR. MINISTRO ADHEMAR MACIEL: Sr. Presidente, ouvi, com muito proveito e deleite, as lições do Sr. Ministro Milton Luiz Pereira, que é, inclusive, Professor de Processo Penal. Preocupa-me o problema da segurança jurídica. Depois que o Sr. Ministro Francisco de Assis Toledo abordou com calma e ponderação o cotejo entre a primeira denúncia — do Ministério Público Estadual — e a segunda — do Ministério Público Federal —, penso ser impossível passar por cima do art. 18 do Código de Processo Penal e da Súmula nº 524.

O Sr. Ministro Assis Toledo mostrou que o núcleo fático é exatamente o mesmo. Então não vejo como, em holocausto da segurança jurídica, ultrapassar isso. Acompanho o voto do ilustre Sr. Ministro Cid Flaquer Scartezini.

É como voto.

VOTO — PRELIMINAR VENCIDO

O SR. MINISTRO JOSÉ DANTAS: Senhor Presidente, o Sr. Lagos, defendendo-se pelo processo de acusar, levou aos autos de uma ação a que respondia por delito contra a honra do Governador do Estado-MS um dossiê de acusações contra o mesmo Governador.

Das diversas acusações feitas desse modo, disse da estranheza de o Estado contratar o serviço de uma empresa, com relação à qual havia interesse econômico tanto da parte do Governador como de seu Secretário particular, empresa da qual o Governador era avalista, em determinado empréstimo bancário. Tal “dossiê Lagos” não serviu, ao que tudo indica, como via da exceção da verdade, a fim de que se dissesse desde logo, naquela ação penal, se mentirosas ou não as acusações contra o Governador. Mas, ao contrário, tão estranho expediente acusatório escapou daqueles autos devido o entendimento do Promotor de que acusação contra o Governador devia ir ao Tribunal de Justiça.

Já ali, a Procuradoria Geral em sucintas considerações, apreciou acusação por acusação, concluindo que tais pagamentos àquela empresa de publicidade não constituíam crime, e, se irregularidade houvesse, devia-se apurar administrativamente. Entretanto, o “dossiê Lagos” não foi para o curso normal dessa apuração administrativa; escapuliu dali para a própria apuração poli-

cial, onde se verificou, com todas as letras, que aqueles pagamentos não constituíam mera irregularidade, mas efetivamente um crime, em face de um fato até ali silenciado: a falta de cumprimento formal das exigências do contrato, mormente a licitação pública.

Parece-me que, ao chegarem aos autos esse fato novo e a sua conotação delituosa, inclusive pela confissão dos defendidos de que realmente não houve licitação, aqui e agora é que é hora de saber-se até onde isso constitui crime.

Por isso é que rejeito a suscitação de coisa julgada.

VOTO (VENCIDO)

O SR. MINISTRO ANTÔNIO TORREÃO BRAZ: Sr. Presidente, meu voto é até desnecessário porque, ao que parece, a maioria já fixou a sua posição no sentido do acolhimento da coisa julgada.

Mas sou obrigado a votar e é o que passo a fazer.

O que caracteriza a coisa julgada, em matéria penal, é a imputação. Qualquer alteração na imputação, ainda que se trate do mesmo fato, impede a ocorrência da coisa julgada. É a opinião da doutrina e da jurisprudência.

No HC nº 64.158-MG, submeteu-se ao STF a questão de saber se a absolvição, pelo júri, da imputação de autoria material do crime de ho-

micídio faz coisa julgada impeditiva de o agente responder, em nova ação penal, como participante, por autoria intelectual, do mesmo crime cuja autoria material é imputada a outrem.

E o STF respondeu que não, porque, na segunda hipótese, o réu estava sendo denunciado a outro título.

No voto condutor do acórdão, o Ministro Rafael Mayer disse o seguinte (RTJ vol. 120, págs. 122/123):

“Questiona-se se tem aplicação à hipótese o art. 110, § 2º, do Código de Processo Penal, no dizer de que a exceção de coisa julgada somente poderá ser oposta em relação ao fato principal, que tiver sido objeto da sentença.

Obviamente, a coisa julgada material que se formou relativamente ao fato delituoso que foi objeto de decisão do júri, não contém eficácia negativa a impedir que se instaure a ação penal contra o terceiro que não foi sujeito passivo na lide anterior, inócurre, portanto, a identidade de parte, ainda que o fato que se lhe imputa tenha sido exatamente o mesmo, ou seja, a mesma causa de pedir, sendo irrelevante à configuração da coisa julgada criminal o pedido, expresso igualmente, em todo caso, como uma demanda de aplicação da pena.

Resta saber se a mesma decisão transita em julgado, absolutória do paciente, é impeditiva de que

este responda criminalmente, não mais como autor material do crime de homicídio, como fora objeto do veredicto, mas como autor intelectual e, portanto, participe nele.

Importa verificar, para os efeitos do dispositivo processual, se com relação ao paciente, há identidade entre o fato principal que foi objeto da sentença absolutória e o que ora se lhe imputa, de modo a opor-se à persecução penal o dogma do **nebis in idem sit actio**:

Diz-nos **Frederico Marques** que surge o **bis in idem** “quando se instaura nova persecução penal a respeito do fato delituoso que foi objeto de ação penal anteriormente decidida em sentença tornada imutável pela coisa julgada”, e que, “sob o ângulo objetivo, é a imputação, ou **causa petendi**, o que individualiza a ação penal e a acusação, o litígio penal e a **res in iudicium deducta**” (in **Elementos de Direito Processual Penal**, III/95-96).

Ora, essa identidade de causa, que supõe o mesmo fato, inexistente, se se tem em conta o estrito limite de ação delitiva que o julgamento absolutório teve em mira, na posição de autor material do crime e realizador do próprio tipo criminal em causa, em face da nova imputação de participação no mesmo crime, mas que foi executado por outrem, o que significa uma outra conduta que não aquela anteriormente apreciada.

O insigne **Giovanni Leone**, ao propósito do conceito do direito italiano, inspirador do nosso, e a respeito da identidade de fato, no juízo de relação entre o primeiro processo decidido e o segundo, repudiando a concepção naturalística, assegura, em definitivo que “a **eadem res** no penal está constituída somente pela conduta (ação ou omissão) imputada, e acerca da qual se julgou”, e traz à colação julgado da Corte de cassação, de que vale transcrever, por sua pertinência, esse tópico (traduzido):

“Há identidade dos fatos quando haja completa identidade cronológica e material entre os elementos que constituem a ação que se imputa aos agentes no procedimento a respeito do qual intervém a coisa julgada, e os elementos que constituem o fato imputado à mesma pessoa no procedimento que se quer iniciar depois. Basta que um só elemento seja diferente para que não se possa falar de um mesmo fato, mas de fatos diferentes”. (in *Tratado de Derecho Proc. Penal*, trad. esp. III/342).

Ora, do ponto de vista da ação delitativa, como “comportamento humano voluntário que produz uma modificação no mundo exterior” e que tende a um resultado, e em que pese a concepção unitária do crime, impossível é desconhecer

a distinção, vigente na melhor doutrina entre autoria, co-autoria e participação em sentido estrito, referindo-se às duas primeiras classes aos que realizam ou participam da ação típica, enquanto o partícipe é o “agente que acede sua conduta à realização do crime praticando atos diversos do do autor” (**Damásio de Jesus**, “Da Co-delinquência em face do novo Código Penal” 7; **Aníbal Bruno**, “Direito Penal”, 1º e 2º, **passim**).

Ora, bem diversa, portanto, é a imputação anterior, de autoria, e a que ora se faz, nem sequer de co-autoria, mas de participação por instigação, ou seja autoria intelectual ou psíquica, para se ver que incorre, no caso, o mesmo fato que foi objeto da sentença anterior.

Nem haveria contradição com o julgamento anterior, que absolveu o paciente da imputação de autoria do crime, de um novo e eventual julgamento que o condenasse como instigador da sua autoria por terceiro, pois a soberania do caso julgado não estaria afetada, dada a diversidade do objeto.”

O voto foi proferido em consonância com o parecer da Procuradoria Geral da República, da lavra do ilustre Subprocurador-Geral Assis Toledo, que hoje integra este Tribunal como um dos seus membros mais conspícuos.

O SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO (aparte):

O SR. MINISTRO ANTÔNIO TORREÃO BRAZ: A situação aqui é pior porque, na acusação anterior, cogitava-se vagamente de pagamentos indevidos efetuados pelo Governador. No caso **sub judice**, imputa-se-lhe o fato de ter autorizado o contrato de serviços sem licitação em hipótese que a lei não admite. A denúncia refere-se a outro tipo de crime.

O SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO (aparte):

O SR. MINISTRO ANTÔNIO TORREÃO BRAZ: Digo que não basta alegar que o fato é o mesmo. Ainda que se trate do mesmo fato, ele pode ser denunciado a outro título, sem ofensa à coisa julgada.

O SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO (aparte):

O SR. MINISTRO ANTÔNIO TORREÃO BRAZ: Mas, insisto, aqui o fato não é o mesmo. No precedente do STF, o fato era o mesmo.

O SR. MINISTRO ASSIS TOLEDO (aparte):

O SR. MINISTRO ANTÔNIO TORREÃO BRAZ: No dossiê, nas investigações anteriores, o ora denunciado era acusado de efetuar pagamentos indevidos, não se indicava um fato concreto. Aqui não existe apenas um fato concreto, existe a

imputação de outro fato, qual a de ter autorizado a contratação de serviços sem licitação fora dos casos legalmente permitidos.

Por isso, Sr. Presidente, **data venia** dos eminentes colegas que entendem o contrário, acompanho o Ministro Relator.

QUESTÃO DE ORDEM

O SR. MINISTRO JOSÉ CÂNDIDO DE CARVALHO FILHO (Revisor): Sr. Presidente, a Corte precisa se pronunciar a respeito da extensão da preliminar, por uma razão muito simples: o que se avocou, em razão dessa decisão, foi que o Tribunal de Justiça do Mato Grosso do Sul havia julgado o Sr. José Rodrigues, mas não julgou o Governador. E aqueles fatos que se apresentaram perante o Tribunal, que podem ser os mesmos ou não, não foram considerados pela Justiça em relação ao ex-Governador. E nos crimes de concurso, as pessoas podem se apresentar, em relação aos fatos, em situações diversas. Se o Tribunal acolher a preliminar, e não a estendeu ao Governador, estaremos nos eximindo do compromisso de julgá-lo, porque há uma denúncia contra ele. Agora se apura que, em decorrência de uma decisão do Tribunal de Justiça, não se pode julgar o Sr. José Rodrigues, porque ele foi parte lá. Daí meu ponto de vista de que resta julgar o co-autor.

Quero que V. Exa. consulte o Tribunal, se essa extinção da punibilidade se estende também à pessoa do ex-governador.

O SR. MINISTRO WILLIAM PATTERSON (Presidente): Sr. Ministro José Cândido, parece-me que o processo lá era um só.

O SR. MINISTRO JOSÉ CÂNDIDO DE CARVALHO FILHO (Revisor): Sim, Sr. Presidente, mas há uma co-autoria. Um dos autores foi julgado pelo Tribunal. A Corte acaba de entender que houve julgamento em relação a um, mas não em relação ao outro.

O SR. MINISTRO WILLIAM PATTERSON (Presidente): Então, V. Exa. quer que se submeta à discussão essa questão? V. Exa. acha que a coisa julgada é somente em relação a um co-autor?

O SR. MINISTRO JOSÉ CÂNDIDO DE CARVALHO FILHO (Revisor): Sim. Se a coisa julgada se estende em relação ao co-réu. Se o Tribunal disser isto, tudo bem. A sociedade brasileira fará o julgamento.

O SR. MINISTRO WILLIAM PATTERSON (Presidente): Retorno a palavra ao eminente Ministro Relator para que se defina a respeito desse assunto.

QUESTÃO DE ORDEM VOTO

MINISTRO BUENO DE SOUZA (Relator): Senhor Presidente, não me demorei nessa particularidade, tão certo sempre estive quanto à inexistência, no caso, de coisa julgada (digo-o, com todas as vênias).

Como quer que seja, porém, os fatos de que trata a denúncia são

imputados, em co-autoria (na verdade, em conluio); tanto que, na defesa do Secretário, muito se disse (a meu ver, **data venia**, sem razão) sobre não poder ser co-autor, por não ter poder de decisão. Não percebo, contudo, como podia alguém prevaricar, se o benefício resultante transcende seu interesse pessoal.

Ademais, o trecho do passado (**Carnelutti**) é um só, e foi imputado, em bloco, a estas duas pessoas.

Do ponto de vista da política criminal (que, nesta altura, também tem seu lugar), também penso que não se aconselharia à administração da justiça penal manter na relação processual o auxiliar do Governador, quando este é inocentado.

Creio que este julgamento deve ser abrangente da conduta de ambos, pedindo, entretanto, todas as vênias para, enquanto homenagem às excelentes razões que aqui foram expandidas, insistir em que permaneço em minha convicção de que a coisa julgada não se configurou. Simplesmente, acato a douta maioria.

QUESTÃO DE ORDEM — VOTO

O SR. MINISTRO PEDRO ACIOLI: Sr. Presidente, compreendo a preocupação do Eminente Ministro José Cândido dada a impunidade que reina no País.

Mas, na verdade, a denúncia é uma só, e imputa aos acusados o crime previsto no art. 319 do Cód-

go Penal. Não se tem por onde separar a implicação de um em relação ao outro acusado. O entendimento, então, do Eminentíssimo Ministro Relator, está coerente com os autos.

Com estas ligeiras considerações, acompanho o Ministro Relator para que se estenda aos demais acusados, com o meu protesto íntimo.

É como voto.

QUESTÃO DE ORDEM VOTO

O SR. MINISTRO AMÉRICO LUZ: Sr. Presidente, graças às considerações feitas pelo Eminentíssimo Ministro Relator e pelo Ministro Pedro Acioli, não vejo como desmembrar-se o processo para cogitar do seu prosseguimento em relação ao Governador.

Creio que a decisão foi tomada abrangendo a todos os implicados unitariamente.

QUESTÃO DE ORDEM — VOTO

O SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO: Sr. Presidente, fiquei vencido quanto à preliminar da coisa julgada, mas é verdade que o Tribunal decidiu que os fatos não constituem crime para o Governador. Assim sendo, não podem também ser considerados crimes com relação ao Secretário. É o que, em última análise, corresponde à decisão antes tomada, pela via oblíqua — é bem verdade —, ao acolher a exceção de coisa julgada.

Acompanho o Sr. Ministro Relator.

QUESTÃO DE ORDEM — VOTO

O SR. MINISTRO ADHEMAR MACIEL: Sr. Presidente, acompanho o Sr. Ministro Relator, mesmo porque o Superior Tribunal de Justiça seria incompetente para julgar o remanescente.

EXTRATO DA MINUTA

APn nº 15-0 — MS — (89.0007068-1) — Relator: O Sr. Ministro Bueno de Souza. Relator p/a-córdão: O Sr. Ministro Cid Flaquer Scartezzini. Revisor: O Sr. Ministro José Cândido de Carvalho Filho. Autor: Ministério Público Federal. Réus: Marcelo Miranda Soares e José Rodrigues Dias. Advogados: Carlos Eduardo Caputo Bastos e outros. Réu: Guilherme Rodrigues da Cunha. Advogados: José Eduardo Rangel de Alckmin e outros. Usaram da palavra os Drs. Cláudio Lemos Fontelles, Subprocurador-Geral da República, pelo Autor, Ministério Público Federal; Drs. Renato Andrade e Carlos Eduardo Caputo Bastos, pelo 3º Réu, após acolhimento da questão de ordem pelo Sr. Ministro Relator quanto à precedência de sustentações orais; Dr. José Eduardo Rangel de Alckmin, pelo 2º Réu e Rene Ariel Dotti, pelo 1º Réu.

Decisão: A Corte Especial, por maioria, acolheu a preliminar de exceção da coisa julgada, e, em consequência, extinguiu o processo. La-

vrrará o acórdão o Sr. Ministro Cid Flaquer Scartezini (em 03.12.93 — Corte Especial).

Votaram vencidos os Srs. Ministros Relator, José Cândido de Carvalho Filho, Revisor, Pedro Acioli, Américo Luz, Antônio de Pádua Ribeiro, Nilson Naves, Eduardo Ribeiro, Milton Luiz Pereira, José Dantas e Antônio Torreão Braz.

Os Srs. Ministros Jesus Costa Lima, Costa Leite, Dias Trindade, José de Jesus, Assis Toledo, Edson Vidigal, Hélio Mosimann, Demócrito Reinaldo, Humberto Gomes de Barros, Cesar Asfor Rocha, Adhemar Maciel e Anselmo Santiago votaram com o Sr. Ministro Cid Flaquer Scartezini.

No tocante à questão de ordem suscitada pelo Sr. Ministro José Cândido de Carvalho Filho, a Cor-

te Especial, por maioria, decidiu que a extinção do processo alcança todos os acusados. Vencido, nesta parte, o autor da questão.

Os Srs. Ministros Pedro Acioli, Américo Luz, Antônio de Pádua Ribeiro, Cid Flaquer Scartezini, Jesus Costa Lima, Costa Leite, Nilson Naves, Eduardo Ribeiro, Dias Trindade, José de Jesus, Assis Toledo, Edson Vidigal, Hélio Mosimann, Demócrito Reinaldo, Humberto Gomes de Barros, Milton Luiz Pereira, Cesar Asfor Rocha, Adhemar Maciel, Anselmo Santiago, José Dantas e Antônio Torreão Braz votaram com o Sr. Ministro Relator.

O Sr. Ministro Peçanha Martins não compareceu à sessão por motivo justificado.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro WILLIAM PATTERSON.