



Jurisprudência da Corte Especial



## **AÇÃO PENAL N. 390 — DF (2004/0163560-9)**

Relator: Ministro Felix Fischer

Autor: J. K. B.

Advogados: Rafael Barreto Bornhausen e outros

Réu: L. F. F. de S.

Advogados: João Roberto Egydio Piza Fontes e outros

### **EMENTA**

Penal e Processual Penal. Ação penal originária. Procurador Regional da República. Calúnia. Difamação e injúria. Preliminares. Oferecimento da queixa-crime. Prazo decadencial. Extinção da punibilidade **ex vi** art. 103 c.c. o art. 107, inciso IV, ambos do Código Penal. Oferecimento dentro do prazo decadencial de seis meses. Contagem do lapso temporal nos termos do art. 10 do Código Penal. Ilegitimidade ativa **ad causam** em razão de as declarações terem sido feitas perante uma Comissão Parlamentar mista de Inquérito, que de acordo com o art. 58, § 3º, da **Lex Fundamentalis**, possui poderes próprios das autoridades judiciais. Alegação de caracterização, em tese e tão-somente, dos delitos de falso testemunho e denúncia caluniosa, que são de ação penal pública incondicionada. Limitações constitucionais aos poderes conferidos à CPMI. Inquérito parlamentar. Natureza jurídica. Procedimento jurídico-constitucional. Calúnia. Não-configuração. Imputação de ato de improbidade administrativa. Ilícito extrapenal. Injúria. Simples imputação de fato determinado ofensivo à reputação do querelante desacompanhada de qualquer consideração em relação à dignidade e o decoro deste, insuficiente para caracterizar o crime previsto no art. 140. Difamação. Atribuição de fato que, em princípio, incide na reprovação ético-social do querelante. Reconhecimento da majorante prevista no art. 141, inciso III, do Código Penal. Sobrestamento do recebimento da exordial acusatória. Infração de menor potencial ofensivo. Cabimento da transação penal.

I - *Como regra*, o prazo da decadência é de 06 (*seis*) meses e em se tratando de causa de extinção da punibilidade o prazo tem natureza penal, devendo ser contado nos termos do *art. 10 do Código Penal* e não de acordo com o *art. 798, § 1º do Código de Processo Penal*, quer dizer, inclui-se no cômputo do prazo o **dies a quo**. Assim, tendo em vista que a queixa-crime foi oferecida antes de esgotado o prazo legal não há que se falar em extinção da punibilidade em razão da decadência.

II - A **Lex Fundamentalis**, em seu art. 58, § 3º, dispõe que as Comissões Parlamentares de Inquérito terão *poderes de investigação próprios das autoridades judiciais*, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, o que todavia *não é absoluto*, devendo ser observadas as limitações constitucionais. (*Precedentes do Pretório excelso*).

III - O inquérito parlamentar, realizado por qualquer Comissão Parlamentar de Inquérito, qualifica-se como *procedimento jurídico-constitucional* revestido de autonomia e dotado de finalidade própria. (*Precedentes do STF*).

IV - O simples fato de as declarações terem sido prestadas perante uma CPI não inviabiliza a configuração dos delitos contra a honra e tão pouco dos crimes de denúncia caluniosa e falso testemunho, devendo ser analisada a tipicidade das condutas

V - A calúnia é a falsa imputação a alguém de *fato definido como crime*. Dessarte, a atribuição feita pelo querelado de que o querelante teria praticado os atos de improbidade administrativa descritos no art. 10, incisos VII e XII, na forma do art. 3º, todos da Lei n. 8.429/1992, por possuírem natureza *extrapenal*, não servem para configurar o referido delito contra a honra. (*Precedentes desta Corte*).

VI - Na injúria não se imputa *fato determinado*, mas se formula juízos de valor, exteriorizando-se qualidades negativas ou defeitos que importem menoscabo, ultraje ou vilipêndio de alguém. Ocorre que da leitura dos trechos transcritos na exordial acusatória não se vislumbra a prática de tal delito, porquanto em suas declarações prestadas à Comissão Parlamentar Mista de Inquérito o querelado *não formulou conceito ou pensamento ultrajante à pessoa do querelante*. Quer dizer, a simples imputação de fato determinado ofensivo à reputação de alguém, quando desacompanhada de qualquer consideração em relação à dignidade ou decoro desta mesma pessoa, é imprópria para configurar, concomitantemente, os delitos de difamação e injúria.

VII - O crime de difamação consiste na imputação de fato que incide na *reprovação ético-social*, ferindo, portanto, a reputação do indivíduo, pouco importando que o fato imputado seja ou não verdadeiro. Desse modo, os fatos narrados na queixa-crime, a saber, a atribuição ao querelante de que este, a fim de beneficiar interesses particulares, teria agido na concessão da autorização especial prevista na Carta Circular n. 2.677/1996 ao Banco Araucárias, em princípio se amoldam à conduta inscrita no tipo acima mencionado.

Todavia, tendo em vista a possibilidade de oferecimento de *transação penal*, posto que em razão da alteração do conceito de infração de menor potencial ofensivo, inserido pela Lei dos Juizados Especiais Federais (com o advento da Lei n. 10.259/2001, que instituiu os Juizados Especiais Criminais na Justiça Federal, devem ser considerados *delitos de menor potencial ofensivo*, para efeito do art. 61 da Lei n. 9.099/1995, aqueles a que a lei comine *pena máxima não superior a dois anos, ou multa, sem exceção*, deve ficar sobrestado o recebimento da proemial acusatória, tão-somente em relação ao crime de difamação.

VIII - Tratando-se de delito que se apura mediante *ação penal privada*, a proposta de transação penal deve ser feita pelo querelante. (*Precedentes do STJ*).

Rejeição da preliminar relativa à extinção da punibilidade em razão da decadência.

Rejeição da preliminar de ilegitimidade ativa **ad causam** do querelante.

Exordial acusatória rejeitada em relação ao crime de calúnia majorada.

Queixa-crime rejeitada quanto ao delito tipificado no art. 140 c.c. o art. 141, inciso III, do Código Penal.

Recebimento da queixa sobrestado em relação ao tipo inscrito no art. 139 c.c. o art. 141, inciso III, ambos do Código Penal, tendo em vista a possibilidade de proposta de transação penal (**ex vi** do art. 72 da Lei n. 9.099/1995).

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os ministros da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, rejeitar a preliminar quanto à extinção da punibilidade em relação à decadência, rejeitar a preliminar de ilegitimidade ativa **ad causam**, rejeitar a imputação quanto à calúnia e à injúria e declarar sobrestada a apreciação da queixa com relação ao crime de difamação para os fins do art. 72 da Lei n. 9.099/1995, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Gilson Dipp, Hamilton Carvalhido, Eliana Calmon, Paulo Gallotti, Luiz Fux, João Otávio de Noronha, Nilson Naves, Barros Monteiro, Cesar Asfor Rocha, Ari Pargendler, José Delgado, José Arnaldo da Fonseca e Carlos Alberto Menezes Direito votaram com o Sr. Minis-

tro-Relator. Não participou do julgamento o Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins. Impedido o Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Sálvio de Figueiredo Teixeira, Fernando Gonçalves e Francisco Falcão e, ocasionalmente, os Srs. Ministros Antônio de Pádua Ribeiro e Humberto Gomes de Barros. Licenciado o Sr. Ministro Franciulli Netto, sendo substituído pelo Sr. Ministro João Otávio de Noronha.

Brasília (DF), 1<sup>a</sup> de junho de 2005 (data do julgamento).

Ministro Felix Fischer, Relator

Ministro Edson Vidigal, Presidente

DJ de 08.08.2005

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Felix Fischer: Trata-se de queixa-crime oferecida por Jorge Konder Bornhausen, Senador da República, em face de Luiz Francisco Fernandes de Souza, Procurador Regional da República, em razão das declarações prestadas pelo querelado à uma Comissão Parlamentar Mista de Inquérito.

A peça acusatória traz a seguinte narrativa, **litteris**:

“*Jorge Konder Bornhausen, brasileiro, casado, Senador da República, com endereço residencial na SQS 309, Bloco “O”, Apartamento 102, Brasília, Distrito Federal, CPF 003.731.179–49, por seus advogados signatários (Doc. 1- procuração), vem, com fulcro no art. 40, I, alínea c, da Lei n. 5.250 de 1967 e no art. 41 do Código de Processo Penal, propor a presente queixa-crime contra Luiz Francisco Fernandes de Souza, Procurador da República, com endereço na SGAS 604, lote 23 — Setor de Grandes Áreas Sul (Leste) 70200-640, Brasília — DF, Fone: (61) 313–5115 pelas razões de direito e de fato a seguir expendidas:*

Do fato criminoso: As declarações de Luiz Francisco à Comissão Parlamentar Mista de Inquérito

A presente ação penal privada tem como fato criminoso a prática dos delitos de calúnia, difamação e injúria praticados por Luiz Francisco Fernandes de Souza contra Jorge Konder Bornhausen, em declarações prestadas pelo Querelado no dia 30 (trinta) de julho de 2003, junto à Comissão Parlamentar Mista de Inquérito, criada a partir do Requerimento n. 05, de 2003, “*com a finalidade de apurar as responsabilidades sobre a evasão de divisas do Brasil, especificamente para os chamados paraísos fiscais, em razão de denúncias*

veiculadas pela imprensa, reveladas pela operação macuco, realizada pela Polícia Federal, a qual apurou a evasão de US\$ 30 bilhões, efetuada entre 1996 e 2002, por meio das chamadas contas CC5”, quando atribuiu, falsamente, fatos criminosos, difamantes e injuriosos ao Senador Jorge Bornhausen.

O depoimento do Querelado, cuja cópia integral instrui a presente queixa (doc. 2), contém afirmações e acusações graves e falaciosas, o que é agravado diante da função pública por ele exercida, Procurador da República, **custus legis** da ordem jurídica.

*I - Da negativa de juramento*

Quando da instauração dos trabalhos da CPMI no dia 30 de julho, o querelado fez uso da palavra afirmando:

*“Como não sou investigado, é evidente que não vou fazer juramento (...) como não sou sequer suspeito — ao contrário sou denunciante — e como na reunião secreta vou citar nomes, oponho-me a fazê-lo, porque não preciso de juramento para falar a verdade. E, pela plausibilidade ou não do que vou falar, ficará claro se falo a verdade ou não”. (Fl. 03 do depoimento prestado em 30 de julho de 2003)*

Veja-se, de início, o intuito do querelado de distanciar-se do compromisso de dizer a verdade. A estratégia do Procurador Luiz Francisco foi de não caracterizar o seu depoimento como um testemunho, a fim de afastar de si a incidência do art. 342 do Código Penal.

As contradições emergentes de sua justificativa para não prestar o compromisso são flagrantes: “como não sou investigado, é evidente que não vou fazer juramento” — o sistema jurídico brasileiro não pune o falso testemunho de acusado, indiciado ou investigado. Ninguém tem o dever de auto-incriminar-se.

A justificativa do Procurador da República teve por objetivo iludir a CPMI, querendo afirmar que o compromisso é exigido de investigados e não de testemunhas. Além disso, arvora-se na condição de “denunciante” para corroborar a falta de necessidade da obrigação da verdade, como se isso fosse juridicamente possível, ou eticamente aceitável.

Cumpre informar que o “denunciante” também deve ter compromisso com a verdade, o que justifica a existência dos tipos penais do art. 339 e 340 do Código Penal.

*“Não preciso de juramento para falar a verdade”*. O juramento não impede que se fale a verdade, pelo contrário, obriga. Quem fala a verdade é obri-

gado a fazer o que deseja, não havendo qualquer constrangimento ou limitação da vontade. O juramento procura impedir a calúnia, a mentira, o desrespeito e a irresponsabilidade. Somente os acusados e os dementes de todo o gênero é que não prestam compromisso, os primeiros pela ausência do dever de auto-incriminação, os últimos por não terem capacidade de saber o que é mentira ou verdade.

*“E, pela plausibilidade ou não do que vou falar, ficará claro se falo a verdade ou não”*. A seguir, o Procurador Luiz Francisco vincula a realidade não ao seu intuito de defendê-la, mas à plausibilidade de sua argumentação.

Plausível é o aceitável, o possível, o provável, mas não significa ser o verdadeiro, o real, o verídico, o autêntico.

A plausibilidade não reflete, necessariamente, a verdade. Ao afirmar a veracidade do seu pleito a partir da possibilidade, destrói e desmascara o seu intuito de não percorrer de mãos dadas com a realidade o caminho de seu longo depoimento.

A negativa de juramento demonstra o intuito do procurador de fazer acusações descompromissadas com a verdade.

### *II - Das imputações caluniosas, difamantes e injuriosas.*

Desde o início de seu depoimento o querelado Luiz Francisco demonstrou ter como principal intuito ofender a honorabilidade do querelante. O que não é fato novo.

Foi a partir das acusações levianas oferecidas na CPMI é que os crimes de calúnia, difamação e injúria foram praticados contra o querelante, pelo querelado, como restará demonstrado a seguir.

Luiz Francisco, ao prestar seu depoimento na Comissão Parlamentar Mista de Inquérito, procurou, continuamente, a partir de inverdades, tentar macular a imagem do Senador Jorge Bornhausen, ofendendo-lhe a honra.

### *III - Da imputação de atos de improbidade administrativa*

O querelado imputa ao querelante o fato de, por fazer parte da base de apoio político do Governo Fernando Henrique Cardoso, ter se utilizado de sua influência para conceder ao Banco Araucária a autorização especial do Banco Central estabelecida nos termos da Circular n. 2.677/1996.

Com tal intuito, afirmou:

*“Como é que um banco que pertenceu ao Sr. Paulo Konder Bornhausen, que é irmão do Sr. Jorge Konder Bornhausen, e que hoje pertence a*

*três irmãos da cunhada, que é casada com Paulo Bornhausen, chamada Ivete, pertence hoje a três irmãos da cunhada do Senador Bornhausen. Por que, naquele governo, que tinha uma coligação Tucano/PFL, o Presidente do PFL, um banco que está ligado à família dele recebeu essa benesse? (...) Nesta CPI, eu acho que quem deveria estar aqui depois, mais tarde, sob juramento, é o Sr. Jorge Konder Bornhausen, que deveria vir aqui para dar explicação sobre a questão que foi noticiada de que ele tem conta lá fora e sobre a questão do porquê o banco que tem ligação com a família dele recebeu esse presente. Esse presente implica bilhões” (fl. 14 do depoimento).*

Das declarações do Procurador Luiz Francisco depreende-se o claro **animus** de atentar contra a honra do querelante.

Afirma que o Banco Araucária pertencia ao irmão do querelante, Paulo Konder Bornhausen. Não é verdade. O irmão do querelante foi acionista minoritário no referido Banco (13,16% das ações com direito a voto), jamais foi diretor, administrador ou, muito menos, controlador da referida instituição financeira. Além disso, Paulo Konder Bornhausen vendeu sua participação acionária em 19 de dezembro de 1995.

Tais fatos são de conhecimento do Procurador/Querelado. Em notificação referente a outras declarações ofensivas feitas pelo Procurador, assim respondeu (doc. 03):

a) Da afirmação de ser o Araucária um “banco da família do senhor Bornhausen, que é o presidente do PFL’.

Segundo Luiz Francisco:

Fl. 28 — “o termo ‘família’ foi utilizado no seu sentido comum e amplo, que inclui pessoas do círculo familiar, tais como cunhados, genros, sogros, noras, parentes próximos destes e até mesmo os padrinhos de batismo, de casamento, dos filhos etc”.

Cumpra salientar que, na referida resposta o Querelado juntou dados do Banco Central, com a composição acionária do Banco Araucária, que demonstram ter sido Paulo Konder Bornhausen acionista minoritário do Banco, com 13,16% das ações com direito a voto, as quais foram vendidas em sua integralidade em 1995.

Note-se que tais fatos eram de conhecimento do referido Procurador antes de suas declarações à CPMI, e que a mesma possui como objeto “apurar as responsabilidades sobre a evasão de divisas do Brasil, especificamente para os

chamados paraísos fiscais, efetuada entre 1996 e 2002, por meio das chamadas contas CC5”.

Apesar disso, o discurso público de Luiz Francisco não foi alterado. Sempre que tem oportunidade, a fim de satisfazer, quiçá, seus interesses político-partidários — já que foi filiado ao Partido dos Trabalhadores, como é público e notório — procura vincular o nome do Senador Jorge Bornhausen ao do Banco Araucária, mesmo sabendo que o irmão do Senador não passou de mero acionista minoritário da referida instituição financeira (13,8%), sem ter desempenhado lá qualquer função, e que tal situação ocorreu até 19 de dezembro de 1995. O querelado permanece irreduzível no seu interesse de ofender a honra do querelante e sua condição de Presidente do principal Partido Político de oposição do Governo Federal.

A finalidade política do querelado de aviltar a vida pública do Senador com tais acusações infames verifica-se no fato de que sempre, ao falar no querelante, faz menção ao partido do qual este é Presidente e Senador.

No momento das declarações caluniantes do Procurador à CPMI ele possuía conhecimento de que o Sr. Paulo Konder Bornhausen não era acionista do Banco Araucária quando aquela instituição recebeu autorização especial do Banco Central, nos termos da Circular n. 2.677/1996, ou seja, ao fazer as afirmações o querelado já sabia que o Sr. Paulo não era sequer acionista minoritário do Banco Araucária no período objeto das investigações.

Fica claro o **animus calumniandi** do Procurador da República.

Prosegue o querelado:

*“Bom, o banco era do irmão do Senador Bornhausen. Depois o banco vai não para o irmão, mas, sim, para os irmãos da esposa do irmão, ou seja, para os irmãos de Ivete, que é casada com Paulo Konder. E uma coisa estranha, poucos meses antes, como se fala, antes de sair o favor, de repente, o Paulo Konder sai e passa para os outros”* (fl. 65 da Sessão de 30 de julho de 2003).

*“... Ou seja, sai do irmão e passa para os irmãos da esposa do irmão. Quer dizer que o Paulo Konder Bornhausen é casado com a Ivete Dalcanali Bornhausen, que tem três ou quatro irmãos, inclusive o Alberto Dalcanali, que já foi denunciado. Passa, então, o banco para esses que são irmãozinhos diletos da cunhada do Senador. A questão que acho que tem que ser analisada por esta CPI é: primeiro, por que o Banco Araucária ganhou esse privilégio. Segundo, são esses os controladores”* (fl. 66).

*“Aí vem a pergunta: mas o que isso pode ter a ver? Não tem o princípio da transcendência? Ou seja, o que é feito para o meu parente que me atinge? Aí vem a questão. Um banco, por exemplo... Olha só. Se, por exemplo... Isso nunca vai acontecer, jamais, para o Senador Pedro Simon. Duvido, mas duvido mesmo, com todo o respeito — e não o estou ofendendo — que, por exemplo, S. Ex<sup>a</sup>. estando na base governamental, de repente, o irmão dele tinha um banco e ganha um presente desses”* (fls. 66 e 67).

Em seguida, indagado pelo Deputado Rodrigo Maia:

*“— Mas ele não era mais do banco quando o banco deu autorização para o procurador”.*

Responde:

*“Não era por poucos meses.”*

*“...Agora, também que ser descoberto por que critério mágico foi dado esse presente a um banco que tem, sim, uma relação familiar com um Senador que era da base política”* (fl. 67).

O querelado, portanto, no conjunto de seu depoimento, afirmou que o Senador Jorge Bornhausen teria se utilizado da condição de integrante da base política do governo Fernando Henrique Cardoso, para que se autorizasse ao Banco Araucária a realização das operações financeiras estabelecidas na Circular n. 2.677/1996, do Banco Central.

Caso tal ficção houvesse ocorrido, teria o Senador concorrido para a prática das condutas descritas no art. 10, incisos VII e XII, na forma do art. 3º, da Lei n. 8.429/1992, ou seja, concedido benefício administrativo sem a observância das formalidades legais ou regulamentares, bem como facilitado o enriquecimento ilícito de terceiro.

Luiz Francisco, portanto, dolosamente, imputa ao Senador Jorge Bornhausen a prática de fatos criminosos, descritos na Lei de Improbidade Administrativa, restando configurada a hipótese prevista no art. 138 do Código Penal.

Por ter prestado as declarações junto à Comissão Parlamentar Mista de Inquérito do Congresso Nacional, diante de vários deputados, senadores, assessores e de populares que acompanhavam os trabalhos da Comissão, aplica-se à espécie o art. 141, III, do Código Penal.

*IV - Da difamação*

A difamação praticada por Luiz Francisco reside no fato de ter imputado, como reza o art. 139 do Código Penal, na presença de várias pessoas, Deputados Federais, Senadores e platéia, “*fato ofensivo à sua reputação*”.

Ao, constantemente, procurar envolver o Senador com as acusações de ilegalidades praticadas pelo Banco Araucária, o querelado busca dilapidar a honra e reputação do querelante, construída em mais de 30 (trinta) anos de vida pública.

O Procurador atribuiu a Jorge Bornhausen a responsabilidade da concessão da autorização especial ao Banco Araucária, assim afirmando:

*“Esse banco mandou pelo menos cinco bi. E foi muito mais que cinco bi. Isso aí eu acho que também deve ser investigado. Nesta CPI, eu acho que quem deveria estar aqui depois, mais tarde, sob juramento, é o Sr. Jorge Konder Bornhausen, que deveria vir aqui dar explicação sobre a questão que foi noticiada de que ele tem conta lá fora e sobre a questão do porquê o banco que tem ligação com a família dele recebeu esse presente”.*

Afirmar que o Senador Jorge Bornhausen, a fim de beneficiar interesse particular, teria agido na concessão da autorização especial prevista na Carta Circular n. 2.677/1996 ao Banco Araucária, constitui tentativa flagrante de ofender a reputação do Senador.

Em outras palavras, o Procurador/Querelado acusa o Querelante de utilizar-se da coisa pública para a satisfação de interesses particulares próprios ou de terceiros.

Tal afirmação tem o intuito de difamar o Querelante, atribuindo fato ofensivo à sua reputação.

*“A reputação é a honra social, isto é, o grau de dignidade moral que deriva da valorização ambiental da pessoa, e a consideração de sua posição, da sua qualidade concreta. É uma condição objetiva que corresponde aos fatos sócias de estima, opinião pública etc. É um meio social de explicação da personalidade”* **Manfredini**, citado por **Darcy Arruda Miranda**, p. 349.

É inadmissível tal acusação, constituindo-se em violação flagrante do art. 139 do Código Penal.

Por ter prestado as declarações junto à Comissão Parlamentar Mista de Inquérito do Congresso Nacional, diante de vários deputados, senadores, assessores e de populares que acompanhavam os trabalhos da Comissão, aplica-se à espécie o art. 141, III, do Código Penal.

*V - Da injúria*

Flagrante, da mesma forma, que as declarações prestadas, além de ferirem a honra objetiva, atingiram a honra subjetiva do Querelante, homem honesto, um pai de família, um político da mais alta estirpe e que honra o Senado da República com sua atuação destacada na defesa dos interesses da Nação.

As ofensas articuladas pelo Procurador atingiram a honra subjetiva do Senador, incorrendo nas penas previstas no art. 140 do Código Penal. Por ter prestado as declarações junto à Comissão Parlamentar Mista de Inquérito do Congresso Nacional, diante de vários deputados, senadores, assessores e de populares que acompanhavam os trabalhos da Comissão, aplica-se à espécie o art. 141, III, do Código Penal.

Se para o homem comum a afronta à sua boa fama é coarctada com rigor pelo ordenamento, ainda mais justa é a punição ao ofensor que, através de seu ardil, utilizando-se da função que desempenha, coloca em risco, além do conforto moral de sua vítima, a continuidade da vida pública de um político.

Com efeito, vive o Querelante de sua boa fama. Derivam dela as condições para sua existência digna. Como Senador da República, é-lhe essencial à sua atividade. Dir-se-á inclusive pressuposto de sua atuação.

Daí a gravidade da imputação desonrosa de utilizar-se do mandato para satisfazer interesses particulares.

O prejuízo sofrido pelo Querelante que sempre atuou com correção e seriedade nos muitos anos que serviu à República é imensurável.

As declarações criminosas foram realizadas perante elevado número de senadores, deputados, assessores e populares que assistiam à sessão. Há, portanto, um dano perene, uma dúvida que surge aqui ou ali, neste momento ou no futuro, o que torna eficaz o mal perpetrado pelo Querelado, porque nunca se esvai, deixando sempre a suspeita da veracidade do alegado.

*VII - Do pedido*

Isto posto, *postula* o Querelante:

- a) O recebimento da presente queixa-crime;
- b) A condenação do Querelado como incurso nas sanções dos arts. 138, 139 e 140, combinados com o art. 141, III, todos do Código Penal.
- c) A citação do querelado para que apresente sua defesa prévia, por advogado devidamente constituído;

d) A intervenção do Ministério Público, para que no prazo de dez dias, querendo, adite a presente queixa, nos termos do art. 40, § 30, da Lei Especial e art. 45 do CPP;

e) A condenação do Querelado ao pagamento das custas processuais e honorários advocatícios;

f) Requer, ainda, a possibilidade de produção de todos os meios de prova em direito admitidos, em especial de prova documental” (fls. 02/16).

Devidamente notificado, o querelado apresentou resposta aduzindo, em apertada síntese: a) ilegitimidade ativa **ad causam** do querelante para propor a presente ação penal, porquanto, “se o querelado tivesse faltado com a verdade perante a CPMI, como o acusa o querelante, o crime seria de falso testemunho ou de denúncia caluniosa e não de calúnia e difamação. Tais crimes, no entanto, se tivessem existido, seriam de ação penal pública incondicionada, a teor do disposto nos arts. 339 e 342 do Código Penal” (fl. 135); b) quanto ao delito de calúnia afirma que a exordial acusatória “limitou-se a dizer que os fatos narrados no depoimento do querelado configurariam, se fossem verdadeiros, ato de improbidade administrativa. Ora, ato de improbidade administrativa é ilícito de natureza civil. Logo, se o querelado tivesse imputado ao querelante o cometimento de um ato de improbidade administrativa, e essa imputação fosse falsa, não teria cometido o crime de calúnia, para cuja configuração o tipo penal exige que a imputação falsa seja um fato definido como crime” (fl. 141). Ainda em relação ao delito capitulado no art. 138 do Código Penal salienta que “O que o querelado afirmou, visando colaborar com a CPMI, foi que não havia justificativas plausíveis para que um banco tão minúsculo como o Banco Araucária tivesse obtido do Banco Central do Brasil uma autorização que todo grande banco desejava mas que apenas três deles a conseguiram. E como essa autorização possibilitou a esse pequenino banco encaminhar ao exterior, de forma ilegal, mais de cinco bilhões de dólares, com efetivo prejuízo para o País, era preciso investigar se essa esdrúxula autorização tinha ou não conexão com o fato de os donos desse Banco terem relações de parentesco com o influente presidente de um dos principais partidos de sustentação do governo de então.” (Fls. 141/142); c) no que concerne ao delito de difamação sustenta que em suas declarações prestadas perante a CPMI em momento algum afirmou que o querelante tivesse agido no sentido de conseguir do Banco Central a autorização concedida ao Banco Araucária, mas sim “O que está dito, dentro do contexto de todo o depoimento, é que o Senador deveria ser convocado pela CPMI para explicar por que um banco tão pequeno, como o Araucária, que pertencia à família Dalcanali, que tinha relações de parentesco com o Senador, em razão de o seu irmão Paulo Bornhausen

ser casado com a Sr<sup>a</sup>. Ivete Dalcanali e, também, ter sido acionista desse Banco, recebeu do Banco Central uma autorização que muitos bancos grandes tentaram obter e não conseguiram.

Não houve, portanto, a imputação de qualquer fato ofensivo à pessoa do querelante. O querelado apenas sugeriu à CPMI que, na linha de investigação da atuação do Banco Araucária, na remessa ilegal de divisas para o exterior, convocasse o querelante para explicar se ele teve alguma influência na concessão da autorização especial concedida pelo Banco Central a esse Banco” (fl. 143) e d) quanto ao crime de injúria diz que a exordial acusatória é inépta poque “não descreve a ofensa à dignidade e ao decoro do querelante, que teria sido irrogada pelo querelado” (fl. 144).

Às fls. 168/176 à Procuradoria Regional da República da 1<sup>a</sup> Região se manifestou pelo não-recebimento da queixa-crime em parecer assim ementado:

“Ação penal privada. Crimes contra a honra. Queixa-crime.

1. A queixa-crime foi ajuizada após o prazo de decadência, que extingue a punibilidade.

2. Informações prestadas à Comissão Parlamentar de Inquérito não sujeita o declarante a crimes de ação penal privada por crime contra a honra, mas somente a denúncia caluniosa ou falso testemunho, como acontece nos depoimentos judiciais.

— Parecer pelo não-recebimento da queixa-crime”.

Às fls. 193/194, em razão de cópia do Diário Oficial da União juntada à fl. 184 na qual consta um ato do Exm<sup>o</sup>. Sr. Procurador-Geral da República promovendo por antiguidade o ora querelado na carreira do Ministério Público Federal ao cargo de Procurador Regional da República, o Exm<sup>o</sup>. Sr. Desembargador Federal Relator da Queixa-Crime n. 2004.01.00.002913-4/DF determinou a remessa dos autos a esta Corte vindo-me conclusos.

Nos termos do art. 4<sup>o</sup> da Lei n. 8.038/1990, foi determinada a notificação do acusado bem como de seu advogado, constituído à fl. 190, para que, querendo, oferecesse resposta no prazo de 15 (quinze) dias, observando-se o disposto no § 1<sup>o</sup> do referido dispositivo.

Devidamente intimado o querelado apresentou defesa preliminar onde reitera todos os argumentos arrolados em sua defesa oferecida perante o egrégio Tribunal Regional Federal da 1<sup>a</sup> Região, bem como analisa o parecer da douta Procuradoria-Regional da República de fls. 168/176.

A culta Subprocuradoria Geral da República se manifestou pelo arquivamento da presente queixa-crime por entender que “ninguém pode responder por crime contra a honra, que é doloso, se não praticou o fato com vontade de macular, de atingir a honra de outrem. Quando se fala em crime contra a honra, mister se faz que o sujeito tenha vontade de atribuir a terceiro a prática ou de um fato definido como crime ou de uma conduta ofensiva à sua reputação, ou que pretenda ofender a dignidade ou o decoro do sujeito passivo.

10. Dessa forma, não há delito quando se pratica o fato com ânimo diverso. No caso dos presentes autos, percebe-se, em verdade, o **animus narrandi** por parte do querelado” (fl. 274).

É o relatório.

### VOTO

O Sr. Ministro Felix Fischer: De início passo à analisar um ponto levantado pela douta Procuradoria Regional da República em seu parecer, qual seja, o de que a queixa-crime foi ajuizada após o prazo decadencial, o que, por si só, extingiria a punibilidade.

Aduz em seu parecer a combativa Procuradora Regional da República, Dr<sup>a</sup>. Raquel Elias Ferreira Dodge, que “O fato narrado pelo querelante ocorreu no dia 30 de julho de 2003 em reunião da Comissão Parlamentar de Inquérito à qual compareceram querelante e querelado, como demonstram as notas taquigráficas. Encerrou-se no domingo, dia 25 de janeiro de 2004. A queixa-crime foi ajuizada no dia 28 de janeiro de 2004, como está certificado nos autos (fl. 2), quando já operara a decadência”.

Pois bem, com efeito, o *art. 38 do Código de Processo Penal* dispõe acerca da decadência do direito de queixa ou de representação, que de acordo com o *art. 103 c.c. o art. 107, inciso IV, do Código Penal*, é causa de extinção da punibilidade.

Como regra, o prazo da decadência é de 06 (seis) meses (diferentemente do que ocorre **v.g.** no *art. 41, § 1<sup>o</sup>, da Lei n. 5.250/1967*, onde o prazo é de 03 (três) meses, e do que ocorria em relação ao delito de *adultério* revogado recentemente pela *Lei n. 11.106/2005*, onde o prazo decadencial era de 1 (um) mês) e em se tratando de causa de extinção da punibilidade o prazo tem natureza penal, devendo ser contado nos termos do *art. 10 do Código Penal* e não de acordo com o *art. 798, § 1<sup>o</sup>, do Código de Processo Penal*, quer dizer, inclui-se no cômputo do prazo o **dies a quo**. Assim, o prazo se encerra na última hora do dia correspondente ao imediatamente anterior do sexto mês (**Damásio E. de Jesus, in** “Código de Processo Penal Anotado”, Ed. Saraiva, 17<sup>a</sup> ed., 2000, p. 36; **Julio Fabbrini Mirabete, in** “Código de Processo Penal Interpretado”, Ed. Atlas, 11<sup>a</sup> ed., 2003, pp. 167/168).

Ora, como descrito na exordial acusatória as declarações prestadas pelo querelado à Comissão Parlamentar Mista de Inquérito se deram em *30 de julho de 2003*, ou seja, o prazo decadencial se encerraria no dia *29 de janeiro de 2003* e não no dia 25 do referido mês como afirma a Procuradora Regional da República. Destarte, levando-se em consideração a data em que foi protocolada a peça inaugural da ação penal privada, *28 de janeiro de 2004*, conclui-se que esta foi oferecida dentro do prazo legal, não restando, portanto, extinta a punibilidade.

Feita essa breve consideração, passo a analisar a preliminar levantada pelo querelado na defesa preliminar relativa à ilegitimidade ativa **ad causam** do querelante para propor a presente ação penal privada, porquanto, *a uma*, “se o querelado tivesse faltado com a verdade perante a CPMI, como o acusa o querelante, o crime seria de falso testemunho ou de denúncia caluniosa e não de calúnia e difamação. Tais crimes, no entanto, se tivessem existido, seriam de ação penal pública incondicionada, a teor do disposto nos arts. 339 e 342 do Código Penal” (fl. 135) e, *a duas*, porque “em razão das Comissões Parlamentares de Inquérito estarem investidas dos mesmos poderes de investigação das autoridades judiciais, os depoimentos nela prestados, caso contenham imputação falsa ou de algum crime, sujeitam o seu autor às penas dos crimes de falso testemunho ou de denúncia caluniosa. Em sendo assim, em tese, caso o Querelado houvesse faltado com a verdade perante a CPMI (o que não aconteceu), eventual crime seria o de falso testemunho ou denúncia caluniosa, que a teor dos arts. 339 e 342 do Código de Processo Penal, são de ação pública incondicionada, o que torna ilegítima a propositura desta queixa-crime” (fl. 253).

Com efeito, a **Lex Fundamentalis** em seu art. 58, § 3º, dispõe que as Comissões Parlamentares de Inquérito terão *poderes de investigação próprios das autoridades judiciais*, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, o que todavia *não é absoluto*, devendo ser observadas as limitações constitucionais (**v.g.** direitos fundamentais, ausência de poderes cautelares, impossibilidade de decretação de prisões assecuratórias, exceto a prisão em flagrante, direito ao silêncio, cláusula de reserva jurisdicional, art. 5º, incisos XI e XII, da Carta Magna etc).

No **punctum saliens**, confira-se, oportunamente, o seguinte *excerto doutrinário*, **verbis**:

“O ordenamento constitucional brasileiro consagrou novamente, dentro das funções fiscalizatórias do Poder Legislativo, as Comissões Parlamentares de Inquérito, seguindo uma tradição inglesa que remonta ao século XIV, em que, durante os reinados de Eduardo II e Eduardo III (1327 — 1377), permitiu-

se ao parlamento a possibilidade de controle da gestão da coisa pública realizada pelo soberano.

O art. 58, § 3º, da Constituição Federal, ao prever que as comissões parlamentares de inquérito terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, porém, foi extremamente lacônico e impreciso, uma vez que no ordenamento jurídico brasileiro inexistente, em regra, o juiz-investigador, tarefa essa deixada institucionalmente a cargo das Polícias Civil e Federal e do Ministério Público, em face da adoção do processo acusatório, em que a separação entre o juiz e o órgão acusador é extremamente rígida.

Assim, em face da imprecisão legislativa há a necessidade de definição de dois pontos básicos na atuação das Comissões Parlamentares de Inquérito: amplitude de seu campo de atuação e limites de seu poder investigatório.

Em relação à amplitude de seu campo de atuação, inicialmente deve ser salientado que o poder do Congresso de realizar investigações não é ilimitado, devendo concentrar-se em fatos específicos, definidos e relacionados ao Poder Público, pois, como salientado por Francisco Campos, “o poder de investigar não é genérico ou indefinido, mas eminentemente específico, ou há de ter um conteúdo concreto, suscetível de ser antecipadamente avaliado na sua extensão, compreensão e alcance pelas pessoas convocadas a colaborar com as comissões de inquérito”.

Observe-se que a necessidade de criação das comissões com objeto específico não impede a apuração de fatos conexos ao principal, ou ainda de outros fatos, inicialmente desconhecidos, que surgirem durante a investigação, bastando, para que isso ocorra, que haja um aditamento do objeto inicial da CPI.

Assim, podem ser objeto de investigação todos os assuntos que estejam na competência legislativa ou fiscalizatória do Congresso, não existindo autoridade geral das CPIs para exposição dos negócios privados dos indivíduos, quando inexistir nexo causal com a gestão da coisa pública.

Nesse sentido, importante lembrarmos a histórica decisão da Corte Suprema norte-americana, sob a presidência do *Chief Justice Warren*, onde se afirmou a impossibilidade de

“pressupor que todo inquérito parlamentar é justificado por uma necessidade pública que sobrepassa os direitos privados atingidos. Fazê-lo seria abdicar da responsabilidade imposta ao Judiciário, pela Constituição, de garantir que o Congresso não invada, injustificadamente, o direito à própria intimidade individual, nem restrinja as liberdades de

palavra, imprensa, religião ou reunião... As liberdades protegidas pela Constituição não devem ser postas em perigo na ausência de clara determinação, pela Câmara ou Senado, de que o inquérito em questão é justificado por uma necessidade pública específica”.

O mesmo ocorre na Espanha, como destaca **Rubio** ao apontar a excepcionalidade dos inquéritos parlamentares e a necessidade de “trabalho concreto, objeto determinado e interesse público”.

Igualmente, as Comissões Parlamentares de Inquérito, sejam da Câmara dos Deputados, sejam do Senado Federal ou do próprio Congresso Nacional, devem absoluto respeito ao princípio federativo e, conseqüentemente, à autonomia dos Estados-Membros, Distrito Federal e Municípios, cujas gestões da coisa pública devem ser fiscalizadas pelos respectivos legislativos.

Em havendo respeito a seu campo constitucional de atuação, as Comissões Parlamentares de Inquérito deverão observar os limites de seu poder investigatório.

Uma vez que, conforme já analisado, inexistente como regra no ordenamento jurídico brasileiro o juiz-investigador, deve ser utilizado como paradigma para os poderes das CPIs aqueles que os magistrados possuem durante a instrução processual penal, relacionados à dilação probatória, em busca da verdade material, nos mesmos termos proclamados pela Lei Fundamental alemã, que em seu art. 44, item 2, ao se referir às comissões de inquérito, estabelece que “as disposições relativas ao processo penal terão aplicação por analogia à apuração de provas”.

As Comissões Parlamentares de Inquérito, portanto e em regra, terão os mesmos poderes instrutórios que os magistrados possuem durante a instrução processual penal, inclusive com a possibilidade de invasão das liberdades públicas individuais, mas deverão exercê-los dentro dos mesmos limites constitucionais impostos ao Poder Judiciário, seja em relação ao respeito aos direitos fundamentais, seja em relação à necessária fundamentação e publicidade de seus atos, seja, ainda, na necessidade de resguardo de informações confidenciais, impedindo que as investigações sejam realizadas com a finalidade de perseguição política ou de aumentar o prestígio pessoal dos investigadores, humilhando os investigados e devassando desnecessária e arbitrariamente suas intimidades e vidas privadas. Esse foi o entendimento da Corte Suprema Americana, ao afirmar que “o *Bill of Rights* é aplicável aos inquéritos parlamentares, do mesmo modo que a todas as outras formas de ação governamental”

Como relembra **Roberto Rosas**, em alguns casos os inquéritos parlamentares são iniciados por “capricho ou perseguição política” (**Alexandre de Moraes**, in “Constituição do Brasil Interpretada e legislação constitucional”, Ed. Atlas, 2002, pp. 1.063/1.065).

Na mesma linha no plano doutrinário tem-se: **Luiz Alberto David Araujo e Vidal Serrano Nunes Júnior**, in “Curso de Direito Constitucional”, Ed. Sarai-va, 9ª ed., revista e atualizada, 2005, p. 340 e **Walder de Moura Agra**, in “Manual de Direito Constitucional”, Ed. RT, 2002, p. 380.

Cito ainda, no plano jurisprudencial, algumas decisões do *Pretório excelso* que bem refletem esse entendimento: MC no MS n. 23.491/DF, Relator Ministro Celso de Mello, Diário da Justiça, Seção I, 02.08.1999; MS n. 23.452-1/RJ — Relator Ministro Celso de Mello, DJ de 16.09.1999; MS n. 23.471/DF, Relator Ministro Octavio Galotti, 10.11.1999, Informativo do STF n. 170 e MS n. 23.466-1/DF — Medida Liminar — Relator Ministro Sepúlveda Pertence, Diário de Justiça, Seção I, 22 jun. 1999, p. 31.

Pois bem, o simples fato de a **Lex Maxima** prever que as Comissões Parlamentares de Inquérito dispõem de *poderes próprios das autoridades judiciais*, frise-se, observadas as limitações constitucionais, *não transmuda a natureza jurídica do inquérito parlamentar*, que no entendimento da augusta Corte é a de *procedimento jurídico-constitucional* revestido de autonomia e dotado de finalidade própria. Nesse sentido:

“Comissão Parlamentar de Inquérito — Quebra de sigilo adequadamente fundamentada — Validade — Existência simultânea de procedimento penal em curso perante o Poder Judiciário local — Circunstância que não impede a instauração, sobre fatos conexos ao evento delituoso, da pertinente investigação parlamentar — Mandado de segurança indeferido. A quebra fundamentada do sigilo inclui-se na esfera de competência investigatória das comissões parlamentares de inquérito. — A quebra do sigilo fiscal, bancário e telefônico de qualquer pessoa sujeita a investigação legislativa pode ser legitimamente decretada pela Comissão Parlamentar de Inquérito, desde que esse órgão estatal o faça mediante deliberação adequadamente fundamentada e na qual indique a necessidade objetiva da adoção dessa medida extraordinária. Precedente: MS n. 23.452/RJ, Relator Ministro Celso de Mello (Pleno). Princípio constitucional da reserva de jurisdição e quebra de sigilo por determinação da CPI. — O princípio constitucional da reserva de jurisdição — que incide sobre as hipóteses de busca domiciliar (CF, art. 5º, XI), de interceptação telefônica (CF, art. 5º, XII) e de decretação da prisão, ressalvada a situação de flagrância

penal (CF, art. 5<sup>a</sup>, LXI) — não se estende ao tema da quebra de sigilo, pois, em tal matéria, e por efeito de expressa autorização dada pela própria Constituição da República (CF, art. 58, § 3<sup>a</sup>), assiste competência à Comissão Parlamentar de Inquérito para decretar, sempre em ato necessariamente motivado, a excepcional ruptura dessa esfera de privacidade das pessoas. Autonomia da investigação parlamentar. — O inquérito parlamentar, realizado por qualquer CPI, qualifica-se como procedimento jurídico-constitucional revestido de autonomia e dotado de finalidade própria, circunstância esta que permite à Comissão legislativa — sempre respeitados os limites inerentes à competência material do Poder Legislativo e observados os fatos determinados que ditaram a sua constituição — promover a pertinente investigação, ainda que os atos investigatórios possam incidir, eventualmente, sobre aspectos referentes a acontecimentos sujeitos a inquéritos policiais ou a processos judiciais que guardem conexão com o evento principal objeto da apuração congressional. Doutrina”

(STF MS n. 23.639-6/DF, Tribunal Pleno, Relator Ministro Celso de Mello, DJ de 16.02.2001).

Neste ponto argumenta o querelante que “se por hipótese o querelado tivesse dito inverdades perante a CPMI, em sessão pública ou reservada, como o querelante quer nos fazer crer na queixa, caberia aos parlamentares integrantes promoverem as medidas pertinentes no sentido de oficiar o órgão competente, no caso o Ministério Público Federal, para que este tomasse as medidas penais cabíveis à espécie” (fl. 252).

E continua: “no que realmente importa à presente ação penal privada, temos que em razão das Comissões Parlamentares de Inquérito estarem investidas dos mesmos poderes de investigação das autoridades judiciais, os depoimentos nela prestados, caso contenham imputação falsa ou de algum crime, sujeitam o seu autor as penas dos crimes de falso testemunho ou de denúncia caluniosa” (fl. 253).

Ou seja, em razão de as Comissões Parlamentares de Inquérito possuírem poderes próprios das autoridades judiciais (*é o que diz a Constituição Federal no seu art. 58, § 3<sup>a</sup>*), afirma o querelado que o inquérito parlamentar se apresentaria como um inquérito policial e, em razão disso, sem apresentar qualquer fundamento jurídico, aduz que qualquer inverdade ou imputação da prática de algum crime a alguém pelo depoente apenas seria bastante para caracterizar os delitos de falso testemunho e de denúncia caluniosa.

Ocorre que o simples fato de as declarações terem sido prestadas perante uma CPI não inviabiliza a configuração dos delitos contra a honra, devendo ser analisa-

da a tipicidade das condutas. Frise-se, *não se exclui* a possibilidade de a conduta de um depoente perante uma CPI se amoldar quer a figura típica prevista no art. 342 do Código Penal (falso testemunho), quer ao tipo previsto no art. 4º, inciso II, da Lei n. 1.079/1952 ou, ainda, acaso haja algum desdobramento a partir das declarações prestadas, como por exemplo a instauração de investigação policial, de processo judicial, investigação administrativa, inquérito civil ou ação de improbidade administrativa, entre outros, no tipo legal previsto no art. 339 do Código Penal (denúnciação caluniosa), o que em verdade se busca deixar assentado é que, na presente hipótese, da forma como as circunstâncias fáticas estão postas na queixa-crime, o que se apresenta plausível de um juízo prévio de prelibação da peça inaugural da ação penal privada é a possível prática de um delito contra a honra e não como querem fazer crer o querelante o delito de falso testemunho ou denúnciação caluniosa. Não existe qualquer fundamento para que se afaste, **ab initio**, a possibilidade de a partir das declarações prestadas por alguém perante uma CPI restar caracterizado algum crime contra honra.

*Vencidas as preliminares, passo a apreciar o teor da peça acusatória.*

1. Art. 138 c.c. o art. 141, inciso III, ambos do Código Penal — *calúnia majorada*.

Em relação ao delito de calúnia, argumenta o querelante que “O querelado, portanto, no conjunto de seu depoimento, afirmou que o Senador Jorge Bornhausen teria se utilizado da condição de integrante da base política do governo Fernando Henrique Cardoso para que se autorizasse ao Banco Araucária a realização das operações financeiras estabelecidas na Circular n. 2.677/1996, do Banco Central.

Caso tal ficção houvesse ocorrido, teria o Senador concorrido para a prática das condutas descritas no art. 10, incisos VII e XII, na forma do art. 3º da Lei n. 8.429/1992, ou seja, concedido benefício administrativo sem a observância das formalidades legais ou regulamentares, bem como facilitado o enriquecimento ilícito de terceiro” (fl. 11).

O querelado, por sua vez, em sua defesa preliminar, aduz *a*) que o tipo penal previsto no art. 138 do Código Penal pune aquele que imputa falsamente fato definido como crime e “o Querelado jamais teve a intenção de imputar falsamente crime à pessoa do Querelante, mas sim prestar esclarecimento àquela Comissão no intuito de colaborar com as investigações que ela estava promovendo, tendo agido no estrito cumprimento do seu dever legal, como cidadão e principalmente como membro do Ministério Público Federal” (fl. 259) e *b*) que “mesmo se o Querelado tivesse efetivamente acusado o Querelante da autoria de algum ato, este seria apenas uma improbidade administrativa, um ilícito civil, que jamais configuraria cri-

me de calúnia, pois para a ocorrência deste tipo penal necessário se faz a imputação falsa de uma conduta definida pela lei como crime” (fl. 260).

*Diz o tipo enfocado:*

“Art. 138. Caluniar alguém, imputando-lhe falsamente fato definido como crime:

Pena — detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.”

Com efeito, calúnia é a falsa imputação a alguém de *fato definido como crime*. Desta forma, de tal definição destacam-se a *falsidade (elemento normativo)* e *fato tido como crime*, quanto a este, é indispensável que o fato seja crime, é dizer, não configura tal delito o fato de se atribuir a alguém a prática, por exemplo, de uma contravenção penal ou até mesmo de um ilícito civil, não se podendo, nas palavras de **E. Magalhães Noronha**, como é óbvio, ampliar o conceito deste.

No **punctum crucis**, colho os seguintes excertos doutrinários:

“O que é indispensável é que o fato seja definido como crime, não se podendo, como é óbvio, ampliar o conceito deste, lembrando-se que, em outros lugares, o sentido é restrito, como na denúncia caluniosa (art. 339 e § 2º), quando a lei acrescentou um parágrafo ao dispositivo para incluir a contravenção.” (**E. Magalhães Noronha**, in “Direito Penal — 2º Volume — Dos crimes contra a pessoa. Dos crimes contra o patrimônio”, Editora Saraiva, 11ª ed., p. 112).

“A falsa imputação deve referir a crime. O texto do art. 138 é restritivo. Nem há dizer-se que a palavra crime é compreensiva de contravenção, pois o Código, toda vez que quer aludir também a esta, fala expressamente” (**Nelson Hungria e Heleno Cláudio Fragoso**, in “Comentários ao Código Penal” — Volume VI — arts. 137 a 154, Ed. Forense, 5ª ed., 1980, p. 66).

“Para a configuração do delito é necessário que o sujeito atribua ao ofendido, falsamente, a prática de fato definido como crime. Se há atribuição de prática de contravenção, não existe tipicidade do fato como calúnia, subsistindo o delito de difamação” (**Damásio E. de Jesus**, in “Direito Penal” — 2º Volume — Parte Especial, Ed. Saraiva, 17ª ed., 1995, p. 188).

“A conduta típica é imputar, ou seja, assacar, atribuir a alguém a prática de um ilícito penal, ou seja, é atribuir a alguém o cometimento de um delito determinado. Fato e pessoa determinados.

O tipo objetivo reclama a co-existência de três elementos:

a) imputação da prática de um fato determinado, ou seja, concreto, específico. Faz-se indispensável que o agente, de modo expreso, pre-

cise o fato e em que circunstâncias o mesmo se deu, mas não se exige que se as pormenorize, ou seja, que se faça necessária uma descrição pormenorizada; sendo suficiente “uma síntese lógica, inteligível ou compreensível por todos” (**Stoppato**). A atribuição de generalidades ou circunstâncias de fato suscetíveis de interpretações díspares não configura um delito de calúnia, pelo que sequer pode compor e justificar uma queixa-crime. Por igual, também se despreza a atribuição de fatos futuros.

b) ser esse fato tipificado como crime, excluída a contravenção, que pode vir a configurar a difamação; quando houver ofensa à dignidade ou ao decoro, posto que a lei refere-se exclusivamente a crime. Pode este estar previsto no próprio Código Penal ou em leis penais extravagantes. A exclusão atinge também os atos preparatórios não puníveis. Não constituem calúnia as referências genéricas a fatos e qualificativos, como os epítetos de ladrão, estelionatário, rufião etc.

c) falsidade da imputação, que se presume, tanto que se admite ao agente provar a veracidade de sua afirmação com a exceção da verdade (art. 138, § 3º). Haverá, portanto, o delito tanto quando o fato imputado não existiu como quando existiu, mas a vítima não foi o seu autor, ou seja, quando real o acontecimento não foi o indigitado o seu autor.” (**José Henrique Pierangeli**, in “Manual de Direito Penal Brasileiro — Parte Especial — arts. 121 a 234”, Ed. RT, 2005, p. 199).

“A conduta típica consiste em imputar (atribuir) a alguém falsamente a prática de fato definido como crime. Faz-se mister, em primeiro lugar, a falsidade da imputação. Condiciona-se a calúnia à falsidade da imputação (presumida). Admite-se, regra geral, a prova da veracidade de seu conteúdo (**exceptio veritatis**). A falsidade da imputação se verifica não apenas quando o fato imputado não é verdadeiro, mas também quando, embora verdadeiro, tenha sido praticado por outra pessoa. Em síntese: a falsidade pode recair, alternativamente, sobre o próprio fato ou sobre sua autoria.

Demais disso, exige-se que a imputação verse sobre fato definido como crime. Ou seja, a falsa imputação deve referir-se a crime (ação ou omissão típica, ilícita e culpável). De conseguinte, a falsa imputação de contravenção penal não perfaz a descrição típica da calúnia, mas pode, eventualmente, constituir difamação.

Frise-se, ainda, que o fato imputado deve ser determinado. Tal não implica a necessidade de descrição pormenorizada, isto é, não é preciso que o agente o narre em detalhes, sem omitir suas mais específicas circunstâncias.

Basta que da imputação se individualize o delito que se atribui, mesmo que o relato não seja minucioso. Os fatos genericamente enunciados, porém, não configuram calúnia, mas injúria. Assim, dizer, por exemplo, que alguém é 'ladrão' caracteriza injúria; diversamente, dizer que alguém se apoderou do veículo de um amigo constitui calúnia” (**Luiz Régis Prado**, in “Curso de Direito Penal Brasileiro” — Volume 2 — Parte Especial — arts. 121 a 183, Ed. RT, 2ª ed., revista, atualizada e ampliada, 2002, pp. 224/225).

Pois bem, sustenta o querelante que o querelado em suas declarações prestadas à Comissão Parlamentar Mista de Inquérito cometeu o delito de calúnia, porquanto ao afirmar que aquele teria se utilizado da condição de integrante da base política do governo do Ex-Presidente Fernando Henrique Cardoso para que se autorizasse ao Banco Araucária a realização das operações financeiras estabelecidas na Circular n. 2.677/1996 do Banco Central teria lhe imputado a prática das condutas descritas no art. 10, incisos VII e XII, na forma do art. 3º, todos da Lei n. 8.429/1992.

A redação dos referidos dispositivos é a seguinte:

“Art. 3º As disposições desta lei são aplicáveis, no que couber, àquele que, mesmo não sendo agente público, induza ou concorra para a prática do ato de improbidade ou dele se beneficie sob qualquer forma direta ou indireta.”

“Art. 10. Constitui ato de improbidade administrativa que causa lesão ao Erário qualquer ação ou omissão, dolosa ou culposa, que enseje perda patrimonial, desvio, apropriação, malbaratamento ou dilapidação dos bens ou haveres das entidades referidas no art. 1º desta lei, e notadamente:

(...)

VII - conceder benefício administrativo ou fiscal sem a observância das formalidades legais ou regulamentares aplicáveis à espécie.

XII - permitir, facilitar ou concorrer para que terceiro se enriqueça ilicitamente.”

A natureza jurídica das condutas descritas na Lei n. 8.429/1992 (Lei de Improbidade Administrativa) gerou grandes controvérsias, tanto doutrinárias quanto jurisprudenciais por demais interessantes. O Sr. Ministro José Augusto Delgado, em artigo intitulado “Improbidade Administrativa: Algumas Controvérsias Doutrinárias e Jurisprudências sobre a Lei de Improbidade Administrativa, extraído do livro “Improbidade Administrativa questões polêmicas e atuais”, Ed. Malheiros, 2ª ed., 2003, pp. 256/266, bem delimitou a **questio**, razão pela qual peço vênias para transcrever o seguinte excerto:

### “1. Natureza jurídica da Lei de Improbidade

A doutrina e a jurisprudência têm procurado definir, utilizando-se das vias adotadas pela interpretação sistêmica, qual a natureza jurídica assumida pela Lei n. 8.429, de 02.06.1992, nos limites estatuídos pelo nosso ordenamento jurídico.

Três correntes, ao meu pensar, estão formadas a respeito.

a) A primeira entende que seus efeitos são de natureza administrativa e patrimonial — isto é, cível no sentido lato.

b) A segunda defende que ela encerra, preponderantemente, conteúdo de direito penal, pelo que assim deve ser considerada.

c) A terceira adota posição eclética. Firma compreensão no sentido de que, dependendo da autoridade que for chamada para integrar o pólo passivo, ela terá a natureza de espelhar crimes políticos, de responsabilidade ou de responsabilidade patrimonial e administrativa.

Destaco alguns pronunciamentos dos que formam a primeira corrente, isto é, a que situa a natureza da Lei n. 8.429, de 1992 como tendo natureza administrativa ou cível em seu sentido maior.

**José Armando da Costa**, na obra de sua autoria ‘Contorno Jurídico da Improbidade Administrativa’, ressalta que a improbidade administrativa, como delito disciplinar, antes da Constituição Federal de 1988 só existia no campo do direito do trabalho, de conformidade com o preceituado no art. 482, **a**, da Consolidação das Leis do Trabalho.

Lembra, a seguir, o mesmo autor, que o art. 37, § 4º, da Carta Magna de 1988 consagrou, embora com eficácia contida, o instituto da improbidade ao determinar que “os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao Erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível”.

Identifica, ainda, que após a vigência da Constituição Federal de 1988 dois diplomas legais cuidaram da improbidade administrativa: a Lei n. 8.112, de 11.11.1990, que, no seu art. 132, IV, considerou a prática da improbidade administrativa como causa de demissão do servidor público; e a Lei n. 8.429, de 02.06.1992, que dispõe sobre as sanções aplicáveis aos agentes públicos nos casos de enriquecimento ilícito no exercício de mandato, emprego ou função na Administração Pública direta, indireta ou fundacional.

Ao analisar a natureza do último diploma legal, **José Armando da Costa** afirma:

“Agora sim a improbidade administrativa adquiriu realmente o feitiço legal de infração jurídico-disciplinar capaz de ensejar a demissão do servidor público que exterioriza desvio de conduta enquadrado no domínio de incidência dos tipos de improbidade previstos nos arts. 9º, 10 e 11 da mencionada lei”.

Segundo seu entender, a lei referenciada cuida da denominada improbidade civil.

Registre-se que o autor citado marca, no nosso ordenamento jurídico, cinco espécies de improbidade: a) a improbidade trabalhista; b) a improbidade político-administrativa; c) a improbidade disciplinar; d) a improbidade civil ou administrativa.

Na linha do entendimento acima enfocado, merece lembrar o registro feito por **Fábio Medina Osório**, Promotor de Justiça no Rio Grande do Sul, Mestre em Direito Público e Professor da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, no corpo do artigo intitulado “As sanções da Lei n. 8.429/1992 aos atos de improbidade administrativa”, no sentido de que “muito se discutiu a respeito do caráter penal das sanções previstas no art. 12, I, II e III, da Lei n. 8.429/1992, resultando consagrado o entendimento de que não se trata de normas típicas penais ou sanções rigorosamente penais, seja pela dicção inquestionável do constituinte de 1988 (art. 37, § 4º, da CF/1988), seja pela legítima opção do legislador ordinário, seja, finalmente, pela ausência de vedação constitucional a que se consagrem sanções extrapenais nos moldes previstos na Lei n. 8.429/1992”.

O autor mencionado está — em face das posições adotadas — alinhado à corrente que afirma não terem natureza penal os efeitos da Lei n. 8.429, reconhecendo que “a ação civil pública tem-se revelado, no combate à improbidade administrativa, eficaz, célere, compatível com os direitos fundamentais da pessoa humana acusada da prática de atos ímprobos e satisfatório aos anseios da comunidade”.

**Fábio Medina Osório**, mais uma vez, na obra de sua autoria “Improbidade Administrativa — Observações sobre a Lei n. 8.429/1992”, dedica o Capítulo 6 ao exame da natureza jurídica da Lei n. 8.429, concluindo pelo seu caráter cível **lato sensu**. Afirma:

“Erige-se, vale repetir, deliberação expressa do legislador na criação de figuras típicas penais. Não foi o que ocorreu com a Lei n. 8.429/1992,

tanto que suas descrições abrangem fatos tipificados como crimes comuns quanto fatos previstos como crimes de responsabilidade. De um ou outro, de qualquer modo, o legislador buscou, através da Lei n. 8.429/1992, extrair conseqüências extrapenais ou cíveis **lato sensu**, vale dizer, no âmbito do direito administrativo, dando tratamento autônomo à matéria. Pensar de modo diverso, ou estender caráter criminal às figuras da Lei de Improbidade além daquilo que foi deliberado pelo legislador, equivaleria a desprezar o princípio da legalidade penal”.

As razões que conduziram **Fábio Medina Osório**, na obra referida, a firmar as conclusões acima expostas podem ser sintetizadas do modo seguinte:

a) A Lei n. 8.429, de 1992, analisada sistematicamente, instituiu norma de direito material e processual com fim específico de punir, na esfera cível **lato sensu**, aqueles que praticam improbidade administrativa, sem afastar os aspectos penais incidentes, de acordo com o princípio da legalidade, sobre ações consideradas ilícitas cometidas pelo mesmo agente.

b) Não é possível “cogitar da idéia de que a Lei n. 8.429/1992 necessitasse de processo criminal para aplicação de suas sanções, porquanto o próprio legislador, no âmbito de sua soberana discricionariedade, previu o veículo da ação civil da improbidade para imposição das conseqüências jurídicas decorrentes dos atos da improbidade administrativa”.

c) Correta a lição de **Celso Antônio Bandeira de Melo** ao afirmar que, “em casos de atos de improbidade administrativa, sem prejuízo da ação penal cabível, o servidor público ficará sujeito à suspensão dos direitos políticos, perda de função pública, indisponibilidade dos bens e ressarcimento do Erário, na forma e gradação previstas em lei (art. 33, § 4º), sendo imprescritível a ação de ressarcimento por ilícitos praticados por qualquer agente que cause prejuízo ao Erário (art. 37, § 5º) (“Curso de Direito Administrativo”, 6ª ed., Malheiros, 1995, p. 137)”.

d) Defende essa interpretação, de igual modo, “**Maria Sylvia Di Pietro** quando afirma a incidência das sanções do art. 37, § 4º, da Constituição Federal na punição dos atos de improbidade administrativa, ‘sem prejuízo da ação penal cabível’ (“Direito Administrativo”, Atlas, 4ª ed., 1994, p. 7), não ressaltando a posição dos agentes políticos exercentes de cargos no Poder Executivo”.

e) Cabe o reconhecimento de ser difícil o eventual entendimento de que haveria natureza criminal nas condutas dos agentes políticos que

tipificassem improbidade administrativa, porque, a seguir esse raciocínio, estar-se-ia “abrindo sério precedente de ampliação das redes do direito penal ao arrepio do princípio da legalidade, o que merece pronto repúdio”.

f) “Os tipos previstos na Lei n. 8.429/1992 não se ajustam às exigências do Direito Penal, especialmente porque não possuem natureza criminal, não sendo possível alargar sua incidência para o campo em que a liberdade humana e os próprios efeitos secundários da decisão judicial possuem perversos reflexos na vida das pessoas”.

É hoje minoritária a corrente que defende ser de natureza criminal a Lei n. 8.429, de 1992. **Fábio Medina Osório**, na obra já referida, em nota de rodapé, cita o HC n. 69680355, apreciado pela 4ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, relatado pelo Desembargador Luiz Uirabaça Machado, julgado em 17.12.1996, como tendo adotado essa linha de entendimento.

O referido **habeas corpus** foi conhecido como reclamação, resultando em trancar ação civil pública movida contra prefeito municipal sob a fundamentação de que as sanções da Lei n. 8.429 teriam natureza criminal, combinado com o disposto no art. 52, XLVI, da Carta de 1988.

Anota **Fábio Medina Osório**, no mesmo lugar, que a decisão em apreço

“não resistiu por muito tempo, pois a matéria, naquele mesmo processo, já havia sido decidida por uma Câmara Cível do mesmo Tribunal, razão pela qual houve conflito de competência que se resolveu em favor do órgão jurisdicional cível, reformando-se a decisão do Juízo Criminal, que era incompetente para apreciar a questão, conforme CJ n. 00597003714, Pleno do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, Relator Desembargador João Aymoré Barros, por maioria, fixando a competência da Primeira Câmara Cível do mesmo Tribunal, julgado em 22.12.1997”.

A aceitação de não ter natureza penal a lei comentada é fortalecida com a determinação do seu art. 8º: “O sucessor daquele que causar lesão ao patrimônio público ou se enriquecer ilícitamente está sujeito às cominações desta Lei até o limite do valor da herança”.

Ora, como é sabido, “nenhuma pena passará da pessoa do condenado”. Este é um princípio presente na Carta Magna que é dirigido, diretamente, às condenações penais.

Tratando-se da aplicação da Lei de Improbidade Administrativa tem-se que uma das condenações impostas ao réu é a obrigação de reparar o dano e

a decretação de perdimento de bens. Esta condenação atingirá o sucessor quanto a esses aspectos patrimoniais, pelo que passará a responder, na falta do réu, até o limite do valor da herança.

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça tem afastado, embora por maioria, a caracterização da Lei de Improbidade Administrativa como de natureza penal.

No julgamento da Rcl n. 591/SP (Relator Ministro Nilson Naves) a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, por voto de desempate, firmou o entendimento constante na ementa que transcrevo:

“Improbidade administrativa (Constituição, art. 37, § 4º; Código Civil, arts. 159 e 1.518; Leis ns. 7.347/1985 e 8.429/1992) — Inquérito civil, ação cautelar inominada e ação civil pública — Foro por prerrogativa de função (membro de TRT) — Competência — Reclamação.

1. Segundo disposições constitucional, legal e regimental, cabe a reclamação da parte interessada para preservar a competência do STJ.

2. Competência não se presume (**Maximiliano**, “Hermenêutica”, 265), é indisponível e típica (**Canotilho**, in REsp n. 28.848, DJ de 02.08.1993).

Admite-se, porém, competência por força de compreensão, ou por interpretação lógico-extensiva.

3. Conquanto caiba ao STJ processar e julgar, nos crimes comuns e nos de responsabilidade, os membros dos Tribunais Regionais do Trabalho (Constituição, art. 105, I, **a**), não lhe compete, porém, explicitamente, processá-los e julgá-los por atos de improbidade administrativa. Implicitamente, sequer admite-se tal competência, porquanto aqui trata-se de ação civil, em virtude de investigação de natureza civil. Competência, portanto, de juiz de primeiro grau.

4. **De lege ferenda**, impõe-se a urgente revisão das competências jurisdicionais.

5. À míngua de competência explícita e expressa do STJ, a Corte Especial, por maioria de votos, julgou improcedente a reclamação”.

O resultado do referido julgamento está expresso na seguinte proclamação:

“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, julgar improceden-

te a reclamação, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Votaram vencidos os Srs. Ministros Eduardo Ribeiro, Edson Vidigal, Waldemar Zveiter, Sálvio de Figueiredo, Francisco Peçanha Martins, Humberto Gomes de Barros, Vicente Leal, Fernando Gonçalves e Bueno de Souza. Os Srs. Ministros Garcia Vieira, Fontes de Alencar, Hélio Mosimann, Demócrito Reinaldo, Milton Luiz Pereira, José Arnaldo da Fonseca, Félix Fischer, Antônio de Pádua Ribeiro (pres., voto-desempate) e Costa Leite votaram com o Sr. Ministro-Relator”.

Essa linha de entendimento jurisprudencial, embora tomada por voto de desempate, é a que tende a ser firmada no âmbito do Superior Tribunal de Justiça.

O Supremo Tribunal Federal está também adotando essa orientação. Confira-se o decidido na Rcl n. 1.110, de que foi Relator o Ministro Celso de Mello:

“Ementa: Senador da República — Inquérito civil — Ação civil pública — Medida processual a ser eventualmente adotada contra empresas que estiverem sujeitas ao poder de controle e gestão do parlamentar, até a sua investidura no mandato legislativo — Alegada usurpação da competência originária do Supremo Tribunal Federal — Ausência de plausibilidade jurídica — Medida liminar cassada.

O Supremo Tribunal Federal — mesmo tratando-se de pessoas ou autoridades que dispõem, em razão do ofício, de prerrogativa de foro, nos casos estritos de crimes comuns não tem competência originária para processar e julgar ações civis públicas que contra elas possam ser ajuizadas. Precedentes. A competência originária do Supremo Tribunal Federal, por qualificar-se como um complexo de atribuições jurisdicionais de extração essencialmente constitucional e ante o regime de direito estrito a que se acha submetida não comporta a possibilidade de ser estendida a situações que extravasem os rígidos limites fixados, em **numerus clausus**, pelo rol exaustivo inscrito no art. 102, 1, da Constituição da República. Precedentes.”

Os efeitos dessa orientação são os de que consolida a competência absoluta do primeiro grau para processar e julgar ação de improbidade administrativa quando se encontrar no pólo passivo qualquer agente político ou servidor, desde que o ato praticado atente contra o patrimônio e a moralidade administrativa. Se a ação ilícita, qualquer uma das previstas nos arts. 9º a 11 da Lei n. 8.429, de 02.06.1992, for contra a Administração direta, indireta,

fundacional, de qualquer dos Poderes da União, de empresas por ela incorporadas ao patrimônio público federal ou de entidade para cuja criação ou custeio o Erário federal haja concorrido ou concorra com mais de 50% do patrimônio ou da receita anual, a competência será da Justiça Federal. Se, do mesmo modo, for contra o Distrito Federal, a competência será da Justiça de primeiro grau do Distrito Federal. Se contra os Estados e Municípios, a competência será da Justiça Estadual de primeiro grau.

A Lei de Improbidade Administrativa cuida de reparar atos de improbidade praticados contra a Administração Pública por uma via específica que não se confunde com a ação penal comum, nem com a ação que apura os crimes de responsabilidade das autoridades mencionadas na Constituição Federal. Ela adota uma terceira espécie, a ação civil de reparação de danos ao Erário público, com conseqüências não penais propriamente ditas, apenas visando ao ressarcimento ao Erário dos danos que contra si foram praticados e aplicando aos infratores sanções civis e políticas, como multa, suspensão dos direitos políticos e perda da função pública.

A mensagem expressa pelo legislador no art. 18 da referida lei não pode ser alterada para concepção diferente da que vem sendo exposta. O mencionado dispositivo dispõe: “A sentença que julgar procedente ação civil de reparação de danos ou decretar a perda dos bens havidos ilícitamente determinará o pagamento ou a reversão dos bens, conforme o caso, em favor da pessoa jurídica prejudicada pelo ilícito”. Ora, não é possível ao intérprete, em face da clareza da lei, mesmo empregando interpretação sistêmica, modificar o querer do legislador. Este, de modo muito claro, definiu que a ação apuradora da improbidade administrativa, nos casos dos arts. 9º a 11 da Lei n. 8.429, de 02.06.1992, é uma ação civil de reparação de danos e provocadora de outras conseqüências, pelo que assim deve ser concebida pela jurisprudência.

Considere-se, outrossim, que a competência fixada pela Constituição Federal ao Superior Tribunal de Justiça não pode ser alargada.

A doutrina tem outras manifestações na linha acima demonstrada. **Ricardo Antônio Andreucci**, na obra de sua autoria “O Crime de Improbidade Administrativa na Reforma Penal”, entende que:

“A improbidade administrativa, na sistemática jurídica em vigor, instituída pela Lei n. 8.429/1992, é tratada apenas no aspecto cível, não tendo o legislador se preocupado, até o momento, com a abordagem criminal do tema, não obstante algumas tentativas mais recentes de se reconhecer caráter penal às sanções fixadas.

Tem-se resolvido a questão criminal, com essa lacuna, na análise dos dispositivos já existentes no Código Penal e na legislação complementar, buscando-se a subsunção das condutas em estudo às normas atinentes aos crimes praticados por funcionários públicos contra a Administração.

Isso faz com que nem sempre, em atenção ao princípio da reserva legal, se consiga obter a efetiva punição do funcionário ímprobo.

Na reforma penal que se avizinha, entretanto, o crime de improbidade administrativa foi incluído no rol das normas penais incriminadoras, passando essa **novatio legis** a figurar no Título X da Parte Especial do Código Penal (‘Dos Crimes Contra a Administração Pública’) – Capítulo 1 (‘Dos Crimes Cometidos Contra a Administração em Geral’), art. 318, sob a rubrica ‘improbidade administrativa’.

Assim é que o mencionado artigo dispõe: ‘Praticar o funcionário público ato de improbidade, definido em lei, lesivo ao patrimônio público: Pena — detenção, de seis meses a dois anos, e multa, se o fato não constitui crime mais grave’.

Esse novo tipo penal tem como objetividade jurídica a tutela da Administração Pública e do patrimônio público, no especial aspecto da garantia da probidade administrativa. A defesa do patrimônio público e dos princípios que regem a Administração Pública fundamenta-se na disposição constante do art. 1<sup>º</sup>, parágrafo único, da Constituição Federal.

Trata-se evidentemente de crime próprio, tendo como sujeito ativo somente o funcionário público, assim entendido aquele que se encaixe nas disposições dos arts. 365 e 366 do Projeto. Nada impede, entretanto, que haja a participação de particular, como co-autor ou partícipe, nos moldes do disposto no art. 30 do Código Penal. Sujeito passivo é o Estado e, secundariamente, o particular eventualmente lesado pelo ato de improbidade”.

**Flávio Sátiro Fernandes**, Professor da Universidade Federal da Paraíba e Conselheiro do Tribunal de Contas do Estado, em artigo sob o título “Improbidade administrativa”, analisando a natureza da lei em destaque e considerando as sanções aplicáveis ao agente da improbidade, afirma:

“A Lei n. 8.429/1992 não se preocupa em definir crimes. Os atos tipificados nos arts. 9<sup>º</sup>, 10 e 11 não constituem crimes no âmbito da referida lei. Muitas das condutas ali descritas são de natureza criminal, assim definidas, porém, em outras leis, a exemplo do Código Penal, do

Decreto-Lei n. 201, da Lei n. 8.666/1993 etc. Não sendo crimes, têm, contudo, uma sanção, de natureza política ou civil, cominada na lei sob comentário, independentemente das sanções penais, civis e administrativas previstas na legislação específica.

Assim, os atos de improbidade administrativa que importam em enriquecimento ilícito estão sujeitos às seguintes cominações:

- a) perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio;
- b) ressarcimento integral do dano, quando houver;
- c) perda da função pública;
- d) suspensão dos direitos políticos de 8 a 10 anos;
- e) pagamento de multa civil de até 3 vezes o valor do acréscimo patrimonial;
- f) proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 10 anos.

Na hipótese da prática de atos de improbidade que causem prejuízo ao Erário, as sanções aplicáveis são:

- a) ressarcimento integral do dano, se houver;
- b) perda dos bens ou valores acrescidos ilicitamente ao patrimônio, se concorrer esta circunstância;
- c) perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de 5 a 8 anos;
- d) pagamento de multa civil de até duas vezes o valor do dano;
- e) proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefícios ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 5 anos.

Finalmente, a prática de atos de improbidade, que atentam contra a moralidade e demais princípios da Administração, acarreta como sanção:

- a) ressarcimento integral do dano;

b) perda da função pública, suspensão dos direitos políticos de 3 a 5 anos;

c) pagamento de multa civil de até 100 vezes o valor da remuneração percebida pelo agente;

d) proibição de contratar com o Poder Público ou receber benefício ou incentivos fiscais ou creditícios, direta ou indiretamente, ainda que por intermédio de pessoa jurídica da qual seja sócio majoritário, pelo prazo de 3 anos”.

A fundamentação apresentada pela corrente que defende a natureza não penal da Lei de Improbidade Administrativa está sustentada, conforme visto, em argumentos sólidos e compatíveis com o nosso ordenamento jurídico. O seu caráter de punir ilícito administrativo, com reparação de danos, é evidente, constitui um novo mecanismo de Direito destinado a combater a corrupção.

**Fábio Medina Osório**, embora acolhendo a natureza não penal da lei comentada, faz judiciosas observações quando os seus efeitos são aplicados a determinadas autoridades integrantes dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário. Afirma o autor:

“A doutrina admite que os Governadores de Estado, Vice-Presidente da República, Prefeitos, membros do Ministério Público e do Poder Judiciário, ‘se autores de atos de improbidade administrativa’, se sujeitam às sanções da Lei n. 8.429/1992 em toda sua extensão, pois nenhuma norma constitucional os excepciona, ‘salvo em relação à legitimação ativa para a ação civil correspondente e ao privilégio de foro’.

Em relação ao Presidente da República, não está ele sujeito à perda da função pública e dos direitos políticos em decorrência de improbidade administrativa pela via da ação civil pública da Lei n. 8.429/1992, pois tais sanções estão diretamente conectadas a uma disciplina constitucional própria (arts. 85 e 86, ambos da Constituição Federal) diante dos crimes de responsabilidade. A improbidade administrativa, em toda sua extensão típica, é crime de responsabilidade do Chefe maior da Nação. Destaco, nesse passo, que o Presidente da República não goza de prerrogativa de foro para as ações populares que podem obrigá-lo a indenizar os cofres públicos.

Senadores, Deputados Federais e Estaduais também estão sujeitos a normas constitucionais que disciplinam expressamente a forma de perda das funções, mas, ao contrário do Presidente da República, podem, em

tese, ter cassados seus direitos políticos pela via da Lei n. 8.429/1992, em que pese a impossibilidade de cassação direta do mandato através da ação civil pública procedente.

Acrescente-se que tampouco Juízes e Promotores de Justiça estão imunes às sanções da Lei n. 8.429/1992, sequer gozando de prerrogativa de foro, pois a demanda cível poderia ser ajuizada perante o primeiro grau jurisdicional.

Penso que a Lei n. 8.429/1992 não pode ensejar prerrogativa de foro, pois não ostenta caráter criminal. A perda da função pública para Juízes e Promotores de Justiça, ademais, submete-se ao juízo cível **lato sensu**. Note-se, de fato, que idênticas assertivas se aplicam aos Prefeitos Municipais.

O importante é ressaltar que nada impede, de qualquer sorte, ajuizamento de ação civil pública até mesmo contra o Presidente da República, ou contra Governadores e Parlamentares, desde que se observem as restrições materiais relativas a determinadas sanções, podendo ser cobrados, pois, o ressarcimento do dano, perda dos valores acrescidos ilícitamente ao patrimônio, pagamento de multa civil, independentemente de autorização legislativa para o respectivo processo, eis que se trata de demanda civil.

A Lei n. 8.429/1992 não veda, pois, em caráter absoluto, a presença de alguma autoridade pública no pólo passivo de ação civil de improbidade, restringindo, apenas, em relação a algumas autoridades, determinadas sanções.”

Nesse sentido, ainda no plano doutrinário, tem-se: **Francisco Octavio de Almeida Prado**, in “Improbidade Administrativa”, Ed. Malheiros, 2001, pp. 24/29 e **Emerson Garcia**, in “A improbidade administrativa e sua sistematização” — artigo da Revista Fórum Administrativo — Direito Público, Ano 2 — n. 21 — Novembro de 2002, pp. 1.467/1.484.

Ora, em caso análogo, a Quinta Turma desta Corte, em voto da relatoria do Sr. Ministro-Presidente Edson Vidigal no HC n. 18.315/AC, entendeu que na hipótese o fato de se atribuir a alguém a prática, em tese, de ato de improbidade administrativa não é bastante para a caracterização do delito tipificado no art. 138 do Código Penal, visto não se tratar de fato tido como criminoso.

Esta a ementa do referido julgado:

“Processual Penal. Promotores. Ação civil pública por suposto cometimento de ato de improbidade. Queixa-crime por calúnia.

1. Evidente atipicidade da conduta, eis que não imputado ao querelante qualquer conduta delituosa, que sequer negou a ocorrência dos fatos.

2. Nos termos da Lei n. 8.625/1993, art. 41, V, é prerrogativa dos membros do Ministério Público, no exercício de suas funções institucionais, gozar de inviolabilidade pelas opiniões que externar ou pelo teor de suas manifestações processuais ou procedimentos.

3. Pedido de **habeas corpus** deferido para trancar a ação, por ausência de justa causa”.

(HC n. 18.315/AC, Quinta Turma, Relator Ministro Edson Vidigal, DJ de 25.02.2002).

Na mesma linha, cito ainda o seguinte precedente:

“Constitucional. Administrativo. Prefeito municipal. Ato de improbidade administrativa. Ação civil. Sanções. Natureza jurídica. Lei n. 8.429/1992. Competência. Matéria constitucional.

— Os atos de improbidade administrativa definidos nos arts. 9, 10 e 11, da Lei n. 8.429/1992, acarretam a imposição de sanções previstas no art. 12, do mesmo diploma legal, às quais são aplicadas independentemente das sanções penais, civis e administrativas.

— Tais sanções, embora não tenham natureza penal, revelam-se de suma gravidade, pois importam em perda de bens e de função pública, ou em pagamento de multa e suspensão de direitos políticos, todos aplicados no âmbito de uma ação civil.

— O debate sobre o Juízo competente para processar e julgar ações civis propostas contra prefeitos acusados da prática de atos de improbidade administrativa envolve a exegese de preceito constitucional, em face da regra inscrita no art. 29, VIII, da Carta Magna, que instituiu em favor dos mesmos prerrogativa de foro, situando-se a questão, por conseguinte, fora do campo de projeção do recurso especial.

— Recurso especial não conhecido”.

(REsp n. 150.329/RS, Sexta Turma, Relator Ministro Vicente Leal, DJ de 05.04.1999).

*Dessarte, neste ponto é de se rejeitar a queixa-crime em relação ao delito de calúnia majorada ex vi art. 43, inciso I, do Código de Processo Penal c.c. o art. 6º da Lei n. 8.038/1990.*

*2. art. 140 c.c. o art. 141, inciso III, ambos do Código Penal — injúria majorada*

Pois bem, além da honra objetiva, é dizer, a reputação, o valor social da pessoa, o apreço que esta goza no meio social (**Nelson Hungria e Heleno Cláudio Fragoso**, in “Comentários ao Código Penal — Volume VI — arts. 137 a 154”, Ed. Forense, 5ª ed., 1980, p. 84), que podem ser ofendidos tanto pela calúnia como pela difamação, tem a pessoa também o que a doutrina chama de honra subjetiva, sendo essa a *estima própria, o juízo que faz de si mesma, a sua dignidade ou decoro, que podem ser ofendidos pela injúria* (**E. Magalhães Noronha**, in “Direito Penal — 2ª Volume — Dos crimes contra a pessoa. Dos crimes contra o patrimônio”, Editora Saraiva, 11ª ed., p. 123). Ao inverso do que sucede na calúnia e na difamação, na injúria não se imputa *fato determinado*, mas se formula juízos de valor (**Francisco Muñoz Conde**, in “Derecho Penal — Parte Especial”, Ed. Tirant lo Blanch, 8ª ed., 1990, p. 124), exteriorizando-se qualidades negativas ou defeitos que importem menoscabo, ultraje ou vilipêndio de alguém.

Ocorre que, da leitura dos trechos transcritos na exordial acusatória não se vislumbra a prática de tal delito, porquanto em suas declarações prestadas à Comissão Parlamentar Mista de Inquérito o querelado não formulou conceito ou pensamento ultrajante à pessoa do querelante. O que, em verdade se percebe, é que a proemial, partindo do mesmo acontecimento, qual seja, ter imputado ao querelante o fato de que este, a fim de beneficiar interesses particulares, teria agido na concessão da autorização especial prevista na Carta Circular n. 2.677/1996 ao Banco Araucárias, busca demonstrar que esta foi bastante para configurar, além do delito de calúnia, os crime de difamação e de injúria, todavia, como bem lembrado por **Nelson Hungria**, *a injúria apenas traduz uma opinião pessoal do agente, desacompanhada da menção de fatos concretos ou precisos, bastando apenas a palavra insultuosa, o epíteto aviltante, o impropério* (“Comentários ao Código Penal — Volume VI — arts. 137 a 154”, Ed. Forense, 5ª ed., 1980, p. 91), ou seja, no exemplo de **E. Magalhães Noronha** “Se se diz que fulano não paga suas dívidas, injuria-se; mas falar que ele não pagou a quantia de tanto a beltrano, emprestada em condições angustiosas, é difamar”. (“Direito Penal — 2ª Volume — Dos crimes contra a pessoa. Dos crimes contra o patrimônio”, Editora Saraiva, 11ª ed., p. 123). Quer dizer, *a simples imputação de fato determinado ofensivo à reputação de alguém, quando desacompanhado de qualquer consideração em relação à dignidade ou decoro desta mesma pessoa é imprópria para configurar concomitantemente os delitos de difamação e injúria*.

Desta forma, as considerações feitas pelo querelante, frise-se, por demais genéricas e abstratas, de que as declarações atribuídas ao querelado, além de ferirem a honra objetiva daquele atingiram também a sua honra subjetiva, não logrou demonstrar a prática do delito de injúria.

Ante o exposto, rejeito a queixa-crime em relação ao delito de injúria majorada **ex vi** art. 43, inciso I, do Código de Processo Penal c.c. o art. 6º da Lei n. 8.038/1990.

3.) art. 139 c.c. o art. 141, inciso III, ambos do Código Penal — difamação majorada

Em seguimento, o crime de difamação consiste na imputação de fato que, ao contrário do que ocorre no delito de calúnia, onde necessariamente o fato há que consistir crime, nas palavras de **Nelson Hungria**, incide na reprovação ético-social (“Comentários ao Código Penal” — Volume VI — arts. 137 a 154, Ed. Forense, 5ª ed., 1980, p. 84) e, portanto, fere a reputação do indivíduo, isto é, o apreço, o conceito, a estima de que aquele a quem se atribui a referida conduta goza no meio social (**E. Magalhães Noronha**, in “Direito Penal — 2ª Volume — Dos crimes contra a pessoa. Dos crimes contra o patrimônio”, Editora Saraiva, 11ª ed., p. 119). Portanto, pouco importa que o fato imputado seja ou não verdadeiro, posto que, utilizando a nomenclatura de **E. Raul Zaffaroni**, o verdadeiro alcance proibitivo da norma anteposta ao tipo legal busca, em verdade, impedir que qualquer um, segundo a lição de **Nelson Hungria**, “*se arvore em censor do outro, com grave perigo para a paz social.*” (“Comentários ao Código Penal — Volume VI — arts. 137 a 154”, Ed. Forense, 5ª ed., 1980, p. 86).

Na presente hipótese afirma-se que a conduta praticada pelo querelado se subsume perfeitamente ao delito do art. 138 do Código Penal (“Difamar alguém, imputando-lhe fato ofensivo à sua reputação”), em razão de o acusado, segundo a queixa-crime, “Constantemente procurar envolver o Senador com as acusações da ilegalidade praticadas pelo Banco Araucária”, buscando, dessa forma, ainda de acordo com a peça acusatória, “dilapidar a honra e reputação do Querelante, construída em mais de 30 (trinta) anos de vida pública” (fl. 12).

Confira-se, aliás, oportunamente, o seguinte excerto da proemial acusatória:

“O Procurador atribuiu a Jorge Bornhausen a responsabilidade da concessão da autorização especial ao Banco Araucária, assim afirmando:

*“Esse banco mandou pelo menos cinco bi. E foi muito mais que cinco bi. Isso aí eu acho que também deve ser investigado. Nesta CPI, eu acho que quem deveria estar aqui depois, mais tarde, sob juramento, é o Sr. Jorge Konder Bornhausen, que deveria vir aqui dar explicação sobre a questão que foi noticiada de que ele tem conta lá fora e sobre a questão do porquê o banco que tem ligação com a família dele recebeu esse presente”.*

Afirmar que o Senador Jorge Bornhausen, a fim de beneficiar interesse particular, teria agido na concessão da autorização especial prevista na Carta

Circular n. 2.677/1996 ao Banco Araucária, constitui tentativa flagrante de ofender a reputação do Senador.

Em outras palavras, o Procurador/Querelado acusa o Querelante de utilizar-se da coisa pública para a satisfação de interesses particulares próprios ou de terceiros.” (Fls. 12/13)

Ocorre que, rejeitada a queixa-crime em relação aos delitos de calúnia e injúria majorados, *subsistindo, agora, apenas a apreciação relativa ao crime de difamação majorado (art. 139 c.c. o art. 141, inciso III, ambos do Código Penal)*, verifica-se que haveria a possibilidade de oferecimento de *transação penal* pelo querelado (o que, **ab initio**, em razão do somatória das penas máximas ultrapassar o limite legal se mostrava inviável), porquanto a *pena máxima* cominada para o delito é de *01 (um) ano e 04 (quatro) meses* de detenção.

Com efeito, com o *advento da Lei n. 10.259/2001*, que instituiu os Juizados Especiais Criminais na Justiça Federal, por meio de seu art. 2º, parágrafo único, ampliou-se o rol dos delitos de menor potencial ofensivo, por via da elevação da pena máxima abstratamente cominada ao delito, nada se falando a respeito das exceções previstas no art. 61 da Lei n. 9.099/1995. *Desse modo, devem ser considerados delitos de menor potencial ofensivo, para efeito do art. 61 da Lei n. 9.099/1995, aqueles a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, ou multa, sem exceção.*

Nesse sentido:

“Processual Penal. Recurso especial. Lesões corporais culposas. Ampliação do rol dos delitos de menor potencial ofensivo. Art. 61 da Lei n. 9.099/1995 derogado pelo parágrafo único do art. 2º da Lei n. 10.259/2001.

I - Com o advento da Lei n. 10.259/2001, que instituiu os Juizados Especiais Criminais na Justiça Federal por meio de seu art. 2º, parágrafo único, ampliou-se o rol dos delitos de menor potencial ofensivo, por via da elevação da pena máxima abstratamente cominada ao delito, nada se falando a respeito das exceções previstas no art. 61 da Lei n. 9.009/1995.

II - Desse modo, devem ser considerados delitos de menor potencial ofensivo, para efeito do art. 61 da Lei n. 9.099/1995, aqueles a que a lei comine pena máxima não superior a dois anos, ou multa, *sem exceção.*

Recurso desprovido”.

(REsp n. 620.305/RJ, Quinta Turma, de minha relatoria, DJ de 02.08.2004).

“**Habeas corpus**. Lei n. 9.099/1995. Art. 76. Transação penal. Proposta **ex officio**. Impossibilidade. Titularidade do Ministério Público. Aplicação analógica do art. 28 do Código de Processo Penal. Precedentes.

Não cabe ao Juiz, que não é titular da ação penal, substituir-se ao *Parquet* para formular proposta de transação penal.

A eventual divergência sobre o não-oferecimento da proposta resolve-se à luz do mecanismo estabelecido no art. 28, c.c. o art. 3º do CPP.

Consoante precedentes firmados por este Tribunal, o art. 2º, parágrafo único, da Lei n. 10.259/2001, ao definir as infrações de menor potencial ofensivo como sendo crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 02 (dois) anos ou multa, derogou o art. 61 da Lei n. 9.099/1995, ampliando, destarte, o conceito de tais crimes também no âmbito dos Juizados Estaduais.

Ordem concedida em parte”.

(HC n. 30.970/SP, Quinta Turma, Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca, DJ/de 29.03.2004).

“**Habeas corpus**. Penal e Processual Penal. Conflito de competência. Matéria pacificada. Decisão monocrática. Possibilidade. Porte de arma de fogo. Art. 10, **caput**, da Lei n. 9.437/1997. Infração de menor potencial ofensivo. Art. 2º, parágrafo único, da Lei n. 10.259/2001. Norma processual. Incidência imediata.

1. Em se tratando de matéria já pacificada pelo Plenário do Tribunal **a quo**, nada impede que, para o julgamento monocrático de conflito de competência em matéria criminal, se invoque o art. 3º (‘A lei processual penal admitirá interpretação extensiva e aplicação analógica, bem como o suplemento dos princípios gerais de direito’), do CPP e se aplique o art. 120 do CPC, já que as normas do CPP (arts. 113 a 117) não tratam do assunto.

2. As Turmas que compõem a Terceira Seção desta egrégia Corte firmaram o entendimento no sentido de que, preenchidos os requisitos autorizados, a Lei dos Juizados Especiais Criminais aplica-se aos crimes sujeitos a ritos especiais, inclusive àqueles apurados mediante ação penal exclusivamente privada; outrossim, que, com o advento da Lei n. 10.259/2001, em obediência ao princípio da isonomia, o rol dos crimes de menor potencial ofensivo foi ampliado, porquanto o limite da pena máxima foi alterado para 02 anos.

3. **In casu**, tendo em conta que o delito imputado ao ora Paciente é o capitulado no art. 10, **caput**, da Lei n. 9.437/1997, cuja pena é de detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, tido, pois, como de menor potencial ofensivo, o processamento e julgamento de tal delito, com o advento da Lei n. 10.259/2001 e a teor do art. 2º do Código de Processo Penal, deve ser do respectivo Juizado.

4. Ordem parcialmente concedida para determinar competente para o feito o 1º Juizado Especial Criminal da Comarca de Porto Velho — RO”

(HC n. 27.003/RO, Quinta Turma, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJ de 05.04.2004).

“Recurso ordinário em **habeas corpus**. Réu denunciado como incurso no art. 10, § 1º, III, da Lei n. 9.437/1997. Alegação de ausência de justa causa. Improcedência. Pena em abstrato não excedente a dois anos. Conceito de delito de menor potencial ofensivo ampliado pela Lei n. 10.259/2001. Recurso parcialmente provido.

1. Segundo compreensão pacificada na Corte, o trancamento de ação penal por ausência de justa causa, em sede de **habeas corpus**, somente é possível quando se constatar de pronto, sem um exame detalhado da prova, por exemplo, a inexistência de indícios de autoria, a atipicidade da conduta, a extinção da punibilidade, assim como a manifesta imprestabilidade da peça acusatória.

2. Não é possível, na via estreita do *writ*, a verificação de ocorrência da alegada legítima defesa, por demandar a avaliação detalhada de material fático.

3. Esta Corte já assentou entendimento de que o conceito de crime de menor potencial ofensivo foi ampliado pela Lei n. 10.259/2001, passando a compreender os delitos cuja pena em abstrato não exceda a 2 anos, mesmo que de competência da Justiça Estadual, possibilitando a aplicação do instituto da transação penal, disciplinado no art. 76 da Lei n. 9.099/1995.

4. Recurso em **habeas corpus** parcialmente provido para, anulando a ação penal a partir da denúncia, inclusive, determinar que o representante do Ministério Público se pronuncie a respeito da possibilidade de oferecer a transação penal ao paciente”

(RHC n. 14.366/SP, Sexta Turma, Relator Ministro Paulo Gallotti, DJ de 05.04.2004).

Sendo assim, é bem de ver que, **in casu**, ocorreria cerceamento do direito de defesa do acusado caso recebida a queixa-crime imediatamente, sem que houvesse oportunidade para que o querelante, diante da capitulação admitida, manifestasse o seu posicionamento quanto à proposta de possível transação penal que na linha de precedentes desta Corte é plenamente cabível em se tratando de ação penal privada:

Nesse sentido os seguintes precedentes:

“**Habeas corpus**. Processo Penal. Falta de intimação do impetrante do número da autuação e do órgão julgador do **habeas corpus**. Nulidade não reconhecida. Crime contra a honra. Transação penal. Aplicação analógica do art. 76 da Lei n. 9.099/1995. Oferecimento. Titular da ação penal. Querelante. Precedentes.

1. Não há que se falar em cerceamento de defesa decorrente da falta de intimação do impetrante do número da autuação e do órgão julgador do **habeas corpus**, dado que não demonstrado qualquer prejuízo para a defesa.

2. O benefício previsto no art. 76 da Lei n. 9.099/1995, mediante a aplicação da analogia **in bonam partem**, prevista no art. 3º do Código de Processo Penal, é cabível também nos casos de crimes apurados através de ação penal privada.

3. Precedentes do STJ.

4. Ordem parcialmente concedida”

(HC n. 31.527/SP, Sexta Turma, Relator Ministro Paulo Gallotti, DJ de 28.03.2005).

“**Habeas corpus**. Processual Penal. Juizado especial criminal. Crime contra a honra. Injúria. Transação penal. Possibilidade.

1. A Terceira Seção desta egrégia Corte firmou o entendimento no sentido de que, preenchidos os requisitos autorizadores, a Lei dos Juizados Especiais Criminais aplica-se aos crimes sujeitos a ritos especiais, inclusive àqueles apurados mediante ação penal exclusivamente privada.

2. Em sendo assim, por se tratar de crime de injúria, há de se abrir a possibilidade de, consoante o art. 76 da Lei n. 9.099/1995, ser oferecido ao Paciente o benefício da transação penal.

3. Ordem concedida”

(HC n. 30.443/SP, Quinta Turma, Relatora Ministra Laurita Vaz, DJ de 05.04.2004)

“Processual Penal. **Habeas corpus**. Lei n. 9.099/1995. Ação penal privada.

A Lei n. 9.099/1995, desde que obedecidos os requisitos autorizadores, permite a transação e a suspensão condicional do processo, inclusive nas ações penais de iniciativa exclusivamente privada. (Precedentes).

**Habeas corpus** concedido”

(HC n. 13.337/RJ, Quinta Turma, de minha relatoria, DJ de 13.08.2001).

Ademais, confira-se os seguintes precedentes desta Corte, em que restou entendido que tratando-se de delito que se apura mediante *ação penal privada*, a proposta deve ser feita pelo querelante:

“Criminal. Embargos de declaração no HC. Omissão. Transação penal. Ação penal privada. Proposta. Legitimidade. Embargos acolhidos.

I - Tratando-se de delito que se apura mediante ação penal privada, a proposta deve ser feita pelo querelante. (Precedente do STF)

II - Embargos acolhidos”

(EDcl no HC n. 33.929/SP, Quinta Turma, Relator Ministro Gilson Dipp, DJ de 29.11.2004).

“RHC. Juizados especiais criminais. Competência. Crime de difamação.

Ação penal de iniciativa privada. Proposta de transação. Ministério Público. Possibilidade.

1. A teor do disposto nos arts. 519 **usque** 523 do Código de Processo Penal, o crime de difamação, do art. 139 do Código Penal, para o qual não está previsto procedimento especial, submete-se à competência dos Juizados Especiais Criminais.

2. Na ação penal de iniciativa privada, desde que não haja formal oposição do querelante, o Ministério Público poderá, validamente, formular proposta de transação que, uma vez aceita pelo querelado e homologada pelo Juiz, é definitiva e irretratável.

3. Recurso improvido”

(RHC n. 8.123/AP, Sexta Turma, Relator Ministro Fernando Gonçalves, DJ de 21.06.1999).

No **punctum crucis** no plano doutrinário tem-se:

“Conforme nota ao item 3.04 do art. 61, somos da opinião de que todos os procedimentos que não estejam diretamente em conflito com a Lei n. 9.099/1995 estão sujeitos aos Juizados Especiais. No caso da impossibilidade de aplicação dos Juizados, em sendo a pena mínima legal cominada não superior a um ano, as normas de cunho material, dentre as quais a transação, devem ser aplicadas. Em se tratando de ação penal privada a diferença está no fato de ser o querelante parte legítima para propor a transação ou mesmo rejeitar sua possibilidade. Não cabe aqui falar-se em direito subjetivo do querelado, diferentemente da suspensão do processo, no caso, não se trata de direito subjetivo do acusado, mas sim de opção das partes em transacionarem,

tanto que o não-cumprimento da transação, por ser ato administrativo, não tem o condão de se transformar em pena. Outro entendimento poria fim às ações penais privadas, não foi isso o que fez a lei em questão” (**Alberto Silva Franco e Rui Stoco**, in “Leis Penais Especiais e sua interpretação jurisprudencial — Vol. 1”, Ed. RT, 7ª ed., revista, atualizada e ampliada, 2001, p. 1.911).

Na mesma linha: **Ada Pellegrini Grinover, Antônio Gomes Filho, Antônio Scarance Fernandes e Luiz Flávio Gomes**, in “Juizados Especiais Criminais — Comentários à Lei n. 9.099 de 26.09.1995”, Ed. RT, 4ª ed., revista ampliada e de acordo com a Lei n. 10.259/2001, 2002, pp. 142/143; **Fernando da Costa Tourinho Filho**, in “Comentários à Lei dos Juizados Especiais Criminais”, Ed. Saraiva, 3ª ed., revista e atualizada de acordo com a Lei n. 10.259/2001, 2003, pp. 103/104; **André Luiz Nicolitt**, in “Juizados Especiais Criminais — Temas controvertidos”, Ed. Lúmen Júris, 2ª ed. revista, ampliada e atualizada, 2004, pp. 24/26.

*Em resumo, voto nos seguintes termos:*

a) *rejeito a preliminar relativa à extinção da punibilidade em razão da decadência;*

b) *rejeito a preliminar de ilegitimidade ativa **ad causam** do querelante;*

c) *rejeito a queixa-crime em relação ao delito tipificado no art. 138 c.c. o art. 141, inciso III, ambos do Código Penal, nos termos do art. 6º da Lei n. 8.038/1990;*

d) *rejeito a queixa-crime em relação ao delito inserto no art. 140 c.c. o art. 141, inciso III, ambos do Código Penal, nos termos do art. 6º da Lei n. 8.038/1990;*

e) *em razão da rejeição da exordial acusatória em relação aos crimes de calúnia e injúria, determino o sobrestamento do recebimento da queixa-crime em relação ao delito previsto no art. 139 c.c. o art. 141, inciso III, ambos do Código Penal para que o querelante manifeste o seu posicionamento quanto ao oferecimento da proposta de transação penal (**ex vi** do art. 76 da Lei n. 9.099/1995).*

### VOTO-MÉRITO

O Sr. Ministro Luiz Fux: Sr. Presidente, estou de acordo com o entendimento do Sr. Ministro-Relator, principalmente neste aspecto da difamação, porque se tra-

tou de fato público e notório e, dessas inferências, entendo que o Sr. Ministro-Relator foi cauteloso ao propor a audiência prévia antes da possibilidade de recebimento da queixa quanto à difamação.

Acompanho, portanto, o voto do Sr. Ministro-Relator.

---

**AGRAVO REGIMENTAL NA EXCEÇÃO DE  
SUSPEIÇÃO N. 22 — MG (2004/0087907-5)**

Relator: Ministro Edson Vidigal

Agravante: Bruno Diniz Antonini

Agravado: Ministro Fernando Gonçalves

**EMENTA**

Exceção de suspeição. CPP, art. 254. Membro de Turma especializada. Reajustamento da causa. Impropriedade da via eleita.

1. Diante da inexistência de qualquer alegação que pudesse demonstrar eventual comprometimento da isenção do juiz para decidir a lide, impõe-se a improcedência da arguição de suspeição.

2. Agravo a que se nega provimento.

**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 unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Humberto Gomes de Barros, Cesar Asfor Rocha, José Delgado, Fernando Gonçalves, Carlos Alberto Menezes Direito, Felix Fischer, Hamilton Carvalhido, Francisco Falcão, Franciulli Netto, Luiz Fux, Castro Meira e Hélio Quaglia Barbosa votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Antônio de Pádua Ribeiro, Nilson Naves, Sálvio de Figueiredo Teixeira, Francisco Peçanha Martins, Ari Pargendler, Gilson Dipp, Eliana Calmon e Paulo Gallotti e, ocasionalmente, o Sr. Ministro José Arnaldo da Fonseca. Os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins e Gilson Dipp foram substituídos, respectivamente, pelos Srs. Ministros Castro Meira e Hélio Quaglia Barbosa.

Brasília (DF), 25 de outubro de 2004 (data do julgamento).

Ministro Barros Monteiro, Presidente

Ministro Edson Vidigal, Relator

---

DJ de 06.12.2004

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Edson Vidigal: Formulada por Bruno Diniz Antonini a Representação Criminal n. 262 contra diversos Desembargadores do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, dois Procuradores de Justiça e uma Juíza de Direito, acusando-os de diversos delitos, no exercício de suas respectivas funções, o eminente Ministro-Relator Fernando Gonçalves, acatando o pronunciamento do Ministério Público Federal, no sentido da inexistência de qualquer indício a apontar a possibilidade do cometimento de algum ilícito, determinou o arquivamento dos autos.

Negado provimento ao agravo regimental interposto, ajuizou Bruno esta exceção de suspeição em face do Ministro-Relator Fernando Gonçalves e do membro do Ministério Público atuante, o Subprocurador-Geral da República Eduardo Dantas Nobre, reclamando o fato de ter sido mencionado um laudo de insanidade mental do reclamante realizado em outro processo. Pelo que requereu a nulidade do julgamento realizado na RP n. 262.

Indeferi liminarmente o pedido, em razão de nenhuma das causas de suspeição (CPP art. 254) ter sido indicada pelo excipiente, restando evidenciado apenas o seu inconformismo com a decisão que lhe foi desfavorável.

Em agravo regimental, de difícil intelecção, Bruno assim argumenta: “(...) desconsiderou-se a ordem cronológica do disposto no art. 112 do CPPB quanto a direitos e obrigações, antecedendo ao julgamento de apenas um dos agravos regimentais (art. 578/CPC) interpostos contra a decisão, nula e ilegal de arquivamento da RP n. 262 pelo excepto, alegado como desculpa para entender intempestiva a presente exceção, impedindo, sem discricionariedade, condição de trânsito em julgado do decisório face ao disposto nos arts. 564-I, III e, IV e 798, § 4º, do CPPB, primeiro há a já afirmada Petição n. 100.449/2003 de 23.09.2003, abusivamente desconsiderada, cujo teor prova a presença das condições dos arts. 252 e 254 do CPPB, cuja apuração, já requerida com a indicação de meios e provas, é facultado efetivar-se, pelo próprio rol, no curso destes autos, ancorado nas disposições legais aplicáveis, cumprimento formalidades legais, respeitosamente vem a V. Ex<sup>a</sup>. agravar do despacho, reiterando decretação de sua nulidade, atendendo aos pedidos de provas, anulando-se os autos da RP n. 262-STJ desde a falta de despacho na Petição

n. 10.449/2003 de 23.09.2003, declarando-se o impedimento e a suspeição do excepto” (fl. 43).

A ilustre Subprocuradora-Geral da República Maria das Mercês de C. Gordiho Aras, em parecer, manifesta-se pela manutenção da decisão agravada.

*Relatei.*

### VOTO

O Sr. Ministro Edson Vidigal (Relator): Senhores Ministros, ao dispor sobre a suspeição, o Código de Processo Penal elenca expressamente as seguintes causas:

“Art. 254. O juiz dar-se-á por suspeito, e, se não o fizer, poderá ser recusado por qualquer das partes:

I - se for amigo íntimo ou inimigo capital de qualquer deles;

II - se ele, seu cônjuge, ascendente ou descendente, estiver respondendo a processo por fato análogo, sobre cujo caráter criminoso haja controvérsia;

III - se ele, seu cônjuge, ou parente, consanguíneo, ou afim, até o terceiro grau, inclusive, sustentar demanda ou responder a processo que tenha de ser julgado por qualquer das partes;

IV - se tiver aconselhado qualquer das partes;

V - se for sócio, acionista ou administrador de sociedade interessada no processo.”

A exceção de suspeição só pode ser argüida com base em dados concretos que indiquem a existência de uma situação real de ligação do magistrado com a causa ou com parte ou com advogados atuantes, de forma a colocar em risco a necessária imparcialidade no exercício da atividade jurisdicional.

Neste caso, nenhuma das causas de suspeição previstas no Código de Processo Penal foi apontada pelo excipiente, tampouco foi alegado qualquer fato que pudessem demonstrar eventual comprometimento da isenção do juiz para decidir a lide.

Das alegações de Bruno, verifica-se tão-somente o seu inconformismo com a decisão que lhe foi desfavorável na Representação n. 262, com a clara e única intenção de rejugamento da causa, o que não é possível através da via eleita.

Pelo que nego provimento ao agravo regimental.

*É o voto.*

**AGRAVO REGIMENTAL NA NOTÍCIA-CRIME  
N. 278 — RJ (2002/0056519-3)**

Relator: Ministro Barros Monteiro

Agravante: Antônio Ivan Athié

Advogados: Tecio Lins e Silva e outros

**EMENTA**

Notícia-crime. Vazamento de informações sigilosas. Colusão. Afirmções arrimadas em conjeturas e suposições. Princípio do promotor natural. Inexistência de afronta. Arquivamento requerido pelo Ministério Público.

— A delegação do Procurador-Geral da República feita a Subprocurador-Geral da República, com base no art. 48, II, e parágrafo único, da Lei Complementar n. 75, de 20.05.1993, equivale à atuação do primeiro. Inexistência no caso da figura do acusador de exceção.

— Meras conjeturas e suposições são insuficientes a embasar a instauração de investigação criminal. Inexistência no caso de elementos de convicção sérios e graves suficientes para admitir-se o prosseguimento da notícia-crime.

— “O pedido de arquivamento do inquérito policial ou de quaisquer peças de informação formulado pelo Procurador-Geral da República em procedimento tendente a apurar eventual infração penal cometida por autoridade com privilégio de foro por prerrogativa de função, vincula o Tribunal, impondo-se o seu acatamento” (Inquérito n. 357/MA).

Agravo regimental desprovido.

**ACÓRDÃO**

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, na forma do relatório e notas taquigráficas precedentes que integram o presente julgado. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins, Humberto Gomes de Barros, Ruy Rosado de Aguiar, Vicente Leal, Ari Pargendler, José Delgado, José Arnaldo da Fonseca, Fernando Gonçalves, Felix Fischer, Hamilton Carvalhido e Fontes de Alencar. Ausentes, ocasionalmente, a Sr<sup>a</sup>. Ministra Eliana Calmon e os Srs. Ministros Antônio de Pádua Ribeiro e Sálvio de

Figueiredo Teixeira. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha, Gilson Dipp, Francisco Falcão e Edson Vidigal. Licenciado o Sr. Ministro Franciulli Netto.

Brasília (DF), 27 de março de 2003 (data do julgamento).

Ministro Nilson Naves, Presidente

Ministro Barros Monteiro, Relator

---

DJ de 02.06.2003

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Barros Monteiro: Agrava-se da seguinte decisão, por mim proferida:

“1. Antônio Ivan Athié, Juiz do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, apresenta notícia-crime sob as seguintes alegações, em suma:

A Assessoria de Comunicação Social do TRF da 2ª Região recebeu no dia 7.3.2002 *fax* de jornalistas de ‘O Globo’, datado do dia anterior e subscrito pelos jornalistas Chico Otávio e Bernardo de La Peña, informando que na edição de domingo, dia 10, seria publicada reportagem citando os nomes dos Magistrados Ricardo Regueira, Francisco Pizzolante e Ivan Athié; indagavam se os Juízes responderiam algumas perguntas. A assessoria comunicou que responderiam os Magistrados às indagações formuladas por escrito. No dia seguinte, dia 8, os jornalistas enviaram um *e-mail*, informando que estavam elaborando as perguntas.

No sábado, dia 9, chegou às mãos dos Magistrados o exemplar de domingo do jornal ‘O Globo’, estampando em primeira página fotos de residências e manchetes sensacionalistas, caluniosas, injuriosas e difamatórias. Nas internas do primeiro caderno, publicaram-se igualmente matérias ofensivas, contendo virulentos ataques à dignidade e à moral dos Magistrados. Tais matérias foram assinadas pelos jornalistas Chico Otávio, Bernardo de La Peña e Renato Garcia. Nos dias imediatos, o mesmo periódico continuou a publicar fotos dos Juízes, ilustrando matérias ofensivas.

No domingo, dia 10, os jornalistas enviaram, via *e-mail* e *fax*, as perguntas aos Magistrados, mas o diário já se encontrava em circulação desde o dia anterior. As matérias passaram depois a ser assinadas pela jornalista Carolina Brígido. A indevida divulgação ocorreu também em edições do ‘Jornal Nacional’, pelo menos nos dias 11 e 12.

Há incríveis e sintomáticas coincidências, eis que tais reportagens citam expressamente o relatório da Corregedoria Geral da Justiça Federal da 2ª Região, enviado ao TRF e ao Superior Tribunal de Justiça, e, ainda, expedientes da Procuradoria Regional da República no Rio de Janeiro, enviados à Procuradoria Geral da República, todos no mesmo dia 7.3.2002. Mencionam por igual o esdrúxulo ‘inquérito civil público’ instaurado coincidentemente no dia 06.03.2002.

Assim, com certeza, os jornalistas desde o dia 07.03.2002 tinham em mãos o relatório e os expedientes referidos e, também com certeza, já estavam prontas as reportagens naquela data. Nos aludidos relatórios e expedientes não constam nomes e os jornalistas não têm formação técnica que lhes permitisse a publicação dos textos publicados. Além disso, as fotos das casas dos Magistrados foram tiradas em 27.02.2002, enquanto que a foto do Dr. Pizzolante foi tirada em 06.03.2002.

Tudo indica que houve uma verdadeira armação, uma operação denominada ‘CCR’ no *fax* e no *e-mail* enviados pela empresa jornalística. Ocorreu o conluio para que somente após ficarem prontas as matérias jornalísticas se trouxessem a lume o relatório e os expedientes acima referidos. Essa armação destinava-se apenas a ofender os Juízes, expô-los indevidamente.

Os ofícios encaminhados ao TRF-2, ao STJ e à Procuradoria Geral da República, com incrível coincidência de datas (07.03.2002) foram firmados, respectivamente, pela Desembargadora Federal Maria Helena Cisne Cid e pelos Procuradores Regionais Roberto dos Santos Ferreira e André Terrigno Barbeitas. A Drª. Cláudia Sampaio Marques encaminhou o ofício subscrito pela Procuradora Regional da República, Drª. Lindora Maria Araújo.

Entendem os Juízes que foi praticado o crime de violação de sigilo profissional previsto no art. 325 do Código Penal.

Demais, a Desembargadora Federal Maria Helena Cisne Cid, em seu ofício encaminhado ao Presidente do STJ, dá conta de que em 31.07.2001 já havia o Ministro-Presidente recebido expediente seu, narrando os mesmos fatos, que teriam sido apurados durante a correição realizada entre 14.05.2001 e 25.05.2001. Por que somente dez meses depois, em data próxima às eleições e final de mandato do então Presidente do Regional, envia a Corregedoria de novo o mesmo expediente e só agora os mesmos fatos são tidos como de extrema gravidade? Tudo está a indicar que houve a espera de contato certo com a imprensa e época favorável às intenções dos detratores.

É intrigante, outrossim, o fato de logo no dia seguinte à primeira publicação (no dia 11.03.2002) ser divulgado artigo assinado pelo advogado Sérgio Bermudes, aplaudindo as reportagens.

Assim, a seqüência dos fatos e maneira como ocorreram, a incrível coincidência de datas, induzem claramente que a Dr<sup>a</sup>. Maria Helena Cisne Cid, e os Procuradores da República Drs. Roberto dos Santos Ferreira, André Terrigno Barbeitas e Lindora Maria de Araújo, se não forneceram diretamente seus ofícios, relatórios e cópias de documentos à imprensa e aguardaram o 'sinal verde' para entregá-los aos Tribunais e à Procuradoria Geral da República, sem dúvida descuraram do dever funcional de acautelá-los devidamente, com isso permitindo a violação de sigilo profissional. Houve, no mínimo, omissão por parte dos mesmos e ação de pessoas a eles ligadas, fornecendo e realizando a entrega do material aos jornalistas.

A omissão da Dr<sup>a</sup>. Corregedora é patente, revelada pela circunstância de que não conterem os ofícios por ela dirigidos aos Presidentes dos Tribunais mencionados a necessária tarja 'confidencial', 'reservado' ou 'sigiloso'. A Dr<sup>a</sup>. Corregedora ainda entregou os ofícios, embora datados de 04.03.2002, no dia 07.03.2002, exatamente o dia em que os jornalistas remeteram o fax à Assessoria de Comunicação Social do TRF. Também são datados do dia 07.03.2002 os ofícios subscritos pelos Drs. Roberto dos Santos Ferreira, André Terrigno Barbeitas e Lindora Maria Araújo. Há a anotar ainda a Portaria Conjunta n. 01/2002-PR/RJ, instaurando o esdrúxulo inquérito civil público, datado de 06.03.2002.

Faz-se necessária a instauração de procedimento, visando estabelecer as autorias dos ilícitos e as ligações dos funcionários com os jornalistas, bem como para a aplicação das penalidades cominadas em lei.

Ouvida a douta Subprocuradoria Geral da República, disse ela aguardar o cumprimento das diligências requeridas na inicial (fl. 52).

Por despacho de fls. 54/55, determinei a inquirição das pessoas indicadas na peça exordial.

Posteriormente, o representante do Ministério Público Federal, por delegação recebida do Procurador-Geral da República, oficiou nestes autos, argüindo preliminarmente a incompetência deste Relator diante da conexão instrumental com o Inquérito n. 333/ES, de que é Relator o Sr. Ministro Felix Fischer.

Tocante ao mérito, asseriu que o Juiz requerente não instruiu o seu pedido com documentos aptos a demonstrarem a existência de indícios acerca da

participação da Corregedora e dos Procuradores da República na divulgação das notícias sobre os delitos em apuração no citado Inquérito n. 333/ES. Acrescentou que os expedientes dizem respeito a atos e peças processuais públicos. Pleiteou que se sustentem as diligências ordenadas até que o noticiante apresente aos autos os elementos que possam atestar a possibilidade do envolvimento das autoridades referidas naquelas divulgações, acentuando, porém, que a providência mais adequada é a do imediato arquivamento da notícia-crime por ausência de tipicidade na conduta dos requeridos, ainda que o requerente venha a demonstrar terem eles concorrido dolosamente para a revelação dos fatos em apuração no Inquérito n. 333/ES.

Manifestou-se em seguida o Juiz requerente, insurgindo-se contra a delegação efetuada pelo Procurador-Geral da República a um novo Subprocurador-Geral da República para officiar nestes autos.

O Sr. Ministro Felix Fischer entendeu não haver a alegada conexão instrumental ou probatória (fls. 198/199).

2. Não ocorre a pretendida prevenção do eminente Ministro Felix Fischer, conforme pronunciamento de fls. 198/199.

De outro lado, consoante já teve ocasião de decidir a egrégia Corte Especial (AgRg na Notícia-Crime n. 86/SP), o Subprocurador-Geral da República atua neste Tribunal em nome do Procurador-Geral da República. Se assim é, pode este último, por meio de Portaria, designar um novo Subprocurador-Geral da República para officiar no feito.

3. No tocante ao mérito, assiste razão ao Ministério Público Federal em sua promoção de fls. 65/78.

A peça inaugural não carrega um elemento concreto de prova sequer a propósito do alegado envolvimento da Dr<sup>a</sup>. Corregedora-Geral da Justiça Federal da 2<sup>a</sup> Região e dos Drs. Procuradores da República na divulgação intencional dos fatos objetos de apuração no Inquérito n. 333/ES. O noticiante, baseia-se, como ele próprio afirma, em 'incríveis e sintomáticas' coincidências de datas entre a publicação da matéria jornalística e da expedição de ofícios por aquelas autoridades aos Presidentes do Tribunal Regional Federal da 2<sup>a</sup> Região e do Superior Tribunal de Justiça, assim como ao Exm<sup>o</sup>. Sr. Procurador-Geral da República. Há, no ponto, nada mais do que meras conjeturas e, como tal, admissível não é que se instaure um procedimento investigatório contra autoridades que se encontravam no estrito cumprimento de seu dever legal.

Consoante assinalou o Dr. Subprocurador-Geral da República agora oficiante, ‘as matérias, insertas em páginas dos órgãos noticiosos, cujas cópias repousam às fls. 39/40, indicam os nomes responsáveis pelas publicações, os quais podem, em tese, ser processados pelo noticiante, nos termos da Lei de Imprensa, se não forem verdadeiras suas informações (ver disposições da Lei n. 5.250/1967 — arts. 12, 27, IV, parágrafo único, e 38, I)’ (fl. 75).

Não se deve olvidar, ainda, que os fatos difundidos pela imprensa não se achavam acobertados pelo segredo de justiça; antes, tratava-se de atos e peças processuais públicos, contidos em ações ordinárias.

É preciso, com efeito, que haja um mínimo de elementos indiciários que justifiquem a assertiva de ‘conluio’, ‘armação’ ou ‘operação’ entre os jornalistas e as autoridades apontadas pelo requerente. Sem que se satisfaça tal pressuposto, não há justa causa na instauração de procedimento investigatório. **Julio Fabbrini Mirabete**, embora tratando de denúncia ou queixa, mostra, em escólio doutrinário, que constitui falta de condição exigida pela lei (falta de interesse de agir) a ‘inexistência de elementos indiciários que amparem a acusação’. ‘É realmente necessário — diz — que a inicial venha acompanhada de um mínimo de prova que demonstre ser ela viável; é preciso que haja **fumus boni iuris** para que a ação penal tenha condições de viabilidade pois, do contrário, não há justa causa’ (“Processo Penal”, pp. 138/239, 12ª ed.).

O mesmo é de ser acentuado neste caso, desde que, com arrimo em simples menção à coincidência de datas, não é possível imputar-se a alguém a prática de um ilícito, mormente como na espécie em que se cuida de um crime que, para a sua tipificação, exige o elemento subjetivo, o dolo.

4. Do quanto foi exposto e nos termos do parecer ministerial quanto à matéria de mérito, determino o arquivamento da notícia-crime.

Cientifique-se o Ministério Público Federal.

Publique-se. Intime-se.

Brasília, 07 de outubro de 2002.” (Fls. 642/645)

Segundo o agravante, houve ofensa ao princípio do promotor natural. Entende que, estando a oficiar no feito um membro do Ministério Público Federal, só se admitiria o seu afastamento, se taxativa a hipótese legal, o que não ocorre no caso. Assevera que a designação pelo Procurador-Geral da República de novo Subprocurador-Geral da República caracteriza burla aos princípios da inamovibilidade, da independência funcional e do devido processo legal. No mérito, afirma que os fatos trazidos à apreciação da Corte, ou seja, a divulgação de informações protegidas

pelo sigilo, restaram cabalmente demonstrados na notícia-crime: o fato existe; a coincidência de datas, a antecipação das matérias pela imprensa, que de tudo sabia, constituem evidências de que o relatório da Sr<sup>a</sup>. Desembargadora Corregedora e os expedientes da Procuradoria Regional da República foram, de alguma forma, franqueados aos jornalistas. Aduz não haver dúvida quanto ao envolvimento das pessoas mencionadas na notícia-crime. Sustenta, ainda, a natureza sigilosa dos informes revelados à imprensa, na forma do que dispõe o art. 54 da Lei Complementar n. 35, de 14.03.1979. Pleiteia, por fim, a nulidade do parecer que requereu o arquivamento dos autos e, **de meritis**, o prosseguimento da notícia-crime, tal como proposto pela Dr<sup>a</sup>. Subprocuradora-Geral da República natural, que nesse sentido primeiramente se manifestara.

É o relatório.

### VOTO

O Sr. Ministro Barros Monteiro (Relator): 1. Não colhe a preliminar de nulidade do parecer ministerial de fls. 65/78.

Após a manifestação inicial oferecida pela Subprocuradora-Geral da República (fl. 52), adveio petição subscrita pelo Procurador-Geral da República, Dr. Geraldo Brindeiro, que solicitou vista dos autos. Em seguida, com base na Portaria n. 501/2002, o Subprocurador-Geral da República, Dr. Eitel Santiago de Brito Pereira, apresentou petição em que, ao fim, requereu o arquivamento da notícia-crime.

A designação de novo Subprocurador-Geral da República para officiar no feito, a par de não transgredir o princípio do promotor natural, encontra explícito apoio na lei. Primeiro, conforme assinalado, o Sr. Procurador-Geral da República compareceu pessoalmente aos autos e, em seguida, nos termos do que enuncia o art. 48, inciso II, e parágrafo único, da Lei Complementar n. 75, de 20.05.1993, designou o já referido Subprocurador-Geral da República, que, por delegação, apresentou o segundo pronunciamento, conclusivo ao arquivamento. Esta Casa, quando do julgamento do AgRg na Notícia-Crime n. 86/SP, Relator Ministro Cesar Asfor Rocha, já teve ocasião de assentar que “a delegação do Procurador-Geral a Subprocurador-Geral, juridicamente, equivale à atuação do primeiro”. Daí a inteira pertinência, na espécie, da invocação do citado precedente jurisprudencial.

Depois, não há falar aqui em ofensa ao princípio do promotor natural. Além da participação pessoal no caso do Sr. Procurador-Geral da República, acima registrada, não se pode afirmar que tenha havido no caso uma manipulação casuística da designação, a ponto de deixar à calva a figura do “acusador de exceção”. Ocorreu **in casu** exatamente o oposto, ou seja, o pedido de arquivamento da notícia-crime em face da inexistência de elementos concretos de convicção.

2. Na notícia-crime, o ora agravante reporta-se ao vazamento de informações sigilosas a ele respeitantes, envolvendo primordialmente os nomes da Desembargadora Federal Maria Helena Cisne Cid, Corregedora-Geral da Justiça Federal da 2ª Região, dos Procuradores Regionais da República, Drs. Roberto Santos Ferreira e André Terrigno Barbeitas, e da Subprocuradora-Geral da República, Drª. Cláudia Sampaio Marques. Alude também o noticiante à colusão entre os agentes públicos e os jornalistas, desde que “se aguardavam apenas a ordem do jornal, o aviso de estarem prontas as matérias e o dia do início da publicação, para serem feitos e entregues os ofícios acima referidos. Nada justifica as incríveis sintomáticas ‘coincidências’, muito menos as virulentas publicações, se não espúrias e ilegais intenções” (fl. 12).

As razões expendidas neste agravo regimental não logram derruir os fundamentos expostos na decisão agravada.

Para sustentar a caracterização, em tese, do delito de violação do sigilo funcional (art. 325 do Código Penal), apega-se o noticiante à coincidência de datas quanto às comunicações havidas entre os jornalistas de “O Globo” e a Assessoria de Imprensa do TRF da 2ª Região, à publicação da primeira reportagem e aos ofícios expedidos pelas autoridades acima indicadas, o que — enfatize-se — constitui um dado de nenhuma significação para evidenciar a existência do crime. A “armação”, o conluio, a combinação, afirmadas na peça exordial, não passam, por igual, de meras conjecturas, suposições, por parte do ora agravante. Basta a leitura do petítório inaugural para certificar-se acerca da fragilidade dos elementos invocados para provocar a instauração da investigação criminal. Principia-se por invocar as “*incríveis e sintomáticas coincidências*” (fl. 8); fala-se, a seguir, em “armação”, ou seja, a operação denominada “CCR” nos *fax* e *e-mail* enviados por “O Globo” ao TRF-2 (fl. 10); alude-se a “outros fatos sintomáticos e intrigantes”, entre eles a espera da Desembargadora Corregedora para remeter o mesmo expediente à Presidência do STJ, só agora considerando graves os fatos descritos (fls. 13/14).

Ora, a mera “*seqüência de fatos e a maneira como ocorreram, a incrível coincidência de datas*” (fl. 15) não podem servir como elementos de convicção sérios a embasar a instauração de uma investigação penal. Não se pode imputar a prática de um fato delituoso a alguém sem nenhuma base concreta. A inicial refere-se expressamente à Desembargadora Corregedora-Geral da Justiça Federal da 2ª Região e a três Procuradores Regionais da República, dizendo que, se eles “não forneceram diretamente seus ofícios, relatórios e cópias de documentos à imprensa e aguardaram o ‘sinal verde’ para entregá-los aos Tribunais e à Procuradoria Geral, sem qualquer dúvida descuraram do dever funcional e fundamental de acautelá-los devidamente, com isso permitindo, facilitando a violação do sigilo profissional.”

(Fl. 16). Inadmissível a conclusão a que o noticiante ainda chegou a respeito: “Houve, no mínimo, senão ação, omissão por parte desses senhores, e possivelmente ação de pessoa ou pessoas a eles ligadas, fornecendo informações, e realizando a entrega do material aos ‘jornalistas’ ou ‘repórteres’...” (fl. 16).

Trata-se, como se pode ver, de meras conjecturas formuladas pelo noticiante. Coincidências de datas e seqüências de fatos, em verdade, não constituem indícios a justificarem a abertura do procedimento por ele alvitrado.

É hesitante a peça vestibular tocante à indicação da autoria da alegada infração penal, embora haja referência ali, a algumas autoridades que estariam submetidas à jurisdição desta Corte Superior. Era de rigor, para fins de aferição da competência originária deste Tribunal superior, que a notícia-crime fosse incisiva, precisa, quanto à autoria do delito apontado. Não o foi e, agora, mais ainda se mostra perplexo e indeciso o noticiante em suas razões de agravo regimental, ao afirmar que quer saber “como, quando e por quem” os fatos, ditos delituosos, foram praticados (fl. 667). Vale dizer, não há descrição certa, definida, na espécie, a propósito de conduta típica imputada a uma pessoa.

Não fossem suficientes tais considerações, há a aduzir-se que os fatos divulgados pela imprensa não se encontravam e não se encontram acobertados pelo segredo de justiça; antes, trata-se de atos públicos (ações ordinárias), acessíveis a qualquer pessoa interessada. Não socorre o agravante, nesse particular, a evocação do art. 54 da Loman, norma esta, por sinal, revogada pela Carta Política de 1988, até mesmo porque deixou de existir, em razão da própria Lei Fundamental, o “Conselho Nacional da Magistratura”.

Trata-se aí, de todo modo, de apenas um reforço de argumentação. Releva no caso que não se pode instaurar um procedimento investigatório com arrimo em meras conjecturas, sem que haja elementos mínimos de prova hábeis a embasá-lo.

Além disso, deve-se considerar que o Ministério Público pleiteou, ao fim e ao cabo, o arquivamento imediato da notícia-crime por ausência de tipicidade da conduta dos noticiados. Consoante orientação traçada pelo STJ, “o pedido de arquivamento do inquérito policial ou de peças de informação formulados pelo Procurador-Geral da República em procedimento tendente a apurar eventual infração penal cometida por autoridade com privilégio de foro por prerrogativa de função, vincula o Tribunal, impondo-se o seu acatamento” (Inquérito n. 357/MA, Relator Ministro Fernando Gonçalves).

3. Do quanto foi exposto, nego provimento ao agravo.

É como voto.

**AGRAVO REGIMENTAL NA SUSPENSÃO DE SEGURANÇA  
N. 1.154 — PE (2002/0165287-6)**

Relator: Ministro Edson Vidigal

Agravante: ABA Serviços e Comércio Ltda

Advogados: Bruno Romero Pedrosa Monteiro e outro

Agravado: Estado de Pernambuco

Procuradores: Roberto Pimentel Teixeira e outros

Requerido: Desembargador-Relator do Mandado de Segurança n. 884.133 do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco

**EMENTA**

Suspensão de liminar. Agravo regimental. Ocorrência de pressuposto autorizativo. Lei n. 4.348/1964, art. 4º. Lesão à economia pública.

1. O risco de lesão à economia pública, em matéria fiscal, há de ser verificado, não só quanto ao débito controverso, mas, também, no que diz com as conseqüências imediatas de proliferação de demandas em igual sentido.

2. Agravo regimental desprovido.

**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 unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Humberto Gomes de Barros, Cesar Asfor Rocha, José Delgado, José Arnaldo da Fonseca, Fernando Gonçalves, Carlos Alberto Menezes Direito, Felix Fischer, Hamilton Carvalhido, Francisco Falcão, Franciulli Netto, Luiz Fux, Castro Meira e Hélio Quaglia Barbosa votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Antônio de Pádua Ribeiro, Nilson Naves, Sálvio de Figueiredo Teixeira, Francisco Peçanha Martins, Ari Pargendler, Gilson Dipp, Eliana Calmon e Paulo Gallotti. Os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins e Gilson Dipp foram substituídos, respectivamente, pelos Srs. Ministros Castro Meira e Hélio Quaglia Barbosa.

Brasília (DF), 25 de outubro de 2004 (data do julgamento).

Ministro Barros Monteiro, Presidente

Ministro Edson Vidigal, Presidente e Relator

---

DJ de 06.12.2004

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Edson Vidigal: O Estado de Pernambuco requereu, com base na Lei n. 4.348/1964, art. 4º, suspensão da liminar concedida pelo Tribunal de Justiça do Estado em mandado de segurança impetrado por ABA Serviços e Comércio Ltda, concessionária de veículos automotores, liminar essa que autorizou a compensação de crédito de ICMS nas operações sujeitas à exigência antecipada do imposto, pelo regime de substituição tributária.

O pedido foi aqui deferido pelo então Presidente, Ministro Nilson Naves, ao entendimento de que:

“... os argumentos expendidos pelo requerente demonstram, claramente, que pretensões idênticas tendem a ser impetradas, podendo causar grave lesão à economia pública do Estado-Membro requerente.

Apesar de o pressuposto autorizativo já ter sido demonstrado, cumpre ressaltar, ainda, não ter a decisão hostilizada prestigiado, devidamente, o que preconiza o Enunciado n. 212 da Súmula desta Corte, **verbis**: “A compensação créditos tributários não pode ser deferida por medida liminar”.

Posto isso, presentes os pressupostos permissivos da drástica medida, defiro o pedido em ordem a suspender a eficácia da decisão liminar proferida no Mandado de Segurança n. 88.413-3, em curso perante o egrégio Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, com efeito retroativo à data de sua concessão, até o efetivo julgamento daquele *writ*” (fls. 64/65).

Daí este agravo que a ABA Serviços e Comércio Ltda apresenta com vistas à reconsideração dessa decisão, aos argumentos, em síntese, de que o Estado, ao invés de lastrear seu pedido na Lei n. 4.348/1964, art. 4º, eis que não demonstrando ter havido lesão a qualquer dos valores por ela tutelados, “enveredou por argumentar razões exclusivamente de mérito, inclusive, levantando questões de ordem processual que em nada tem ligação com a natureza do instrumento de que se cuida” (fl. 75).

Aduz que o exame de tal matéria não é possível na via da suspensão de segurança, sendo “vedado ao Presidente do Tribunal, ou quem lhe faça às vezes, conhecer de tais questões quando da apreciação do pedido” (fl. 76).

Contrário ao entendimento do STF que cita, acrescenta, a decisão agravada, imiscuindo-se no mérito, considerou que a liminar feria o Enunciado n. 212 da Súmula-STJ, distanciando-se, assim, do estreito campo de apreciação do pedido de suspensão de liminar, limitado “à análise da presença ou não, das lesões enumeradas” (fl. 79).

Nega o considerado efeito multiplicador argumentando que “se apenas um contribuinte se insurge contra os desmandos do Estado, como no presente caso, não se pode denegar-lhe a proteção judicial sob o argumento de que o amparo corretivo do Poder Judiciário implicaria um denominado ‘efeito multiplicador’ de ações” (fl. 80).

Arremata dizendo que o “fato de ser de um provimento contra o Estado, por si só, não caracteriza lesão à economia pública, muito pelo contrário, a pronta intervenção do Judiciário reafirma o interesse da coletividade, ao colocá-la à salvo das não poucas ilegais ações perpetradas pelos detentores do poder público” (fl. 81). E, finalmente, resta descaracterizada a alegada lesão à ordem econômica, quando se sabe que os valores a serem restituídos, não o serão de uma só vez.

*Relatei.*

## VOTO

O Sr. Ministro Edson Vidigal (Relator): Senhores Ministros, ao deferir o pedido de suspensão de liminar, o então Presidente desta Corte, Ministro Nilson Naves, considerou demonstrado risco de lesão grave a pelo menos um dos valores albergados na Lei n. 4.348/1964, art. 4º: à economia do Estado de Pernambuco; bem como justificado o temor do chamado efeito multiplicador.

É certo que na excepcional medida de suspensão de liminar, onde se faz necessário sopesar os efetivos danos aos valores escudados na Lei n. 4.348/1964, art. 4º, não se admite o exame das questões de fundo envolvidas na lide. Permite-se, todavia, um exercício mínimo de deliberação do mérito, por ser medida de contracautela, vinculada aos pressupostos da plausibilidade jurídica e do perigo da demora, que devem estar presentes para a concessão das liminares.

“A aferição da tese conducente à suspensão quer de liminar, de tutela antecipada ou de segurança não prescinde do exame do fundamento jurídico do pedido ...” (STF — SS n. 2.172, DJ de 1º.06.2003).

E, em razão da sua natureza jurídica de contracautela, já se decidiu no STF pela necessidade de demonstração do **fumus boni juris**. A propósito, AgRg na SS n. 846/DE, Relator Ministro Sepúlveda Pertence:

“A suspensão de segurança, concedida liminar ou definitivamente, é contracautela que visa à salvaguarda da eficácia plena do recurso que contra ela

se possa manifestar, quando a execução imediata da decisão, posto que provisória, sujeita a riscos graves de lesão a interesses públicos privilegiados — a ordem, a saúde, a segurança e a economia pública; sendo medida cautelar, não há regra nem princípio segundo os quais a suspensão da segurança devesse dispensar o pressuposto do **fumus boni juris** que, no particular se substantiva na probabilidade de que, mediante o futuro provimento do recurso, venha a prevalecer a resistência oposta pela entidade estatal à pretensão do impetrante” (DJ de 08.11.1996).

Dentro desse exame do aspecto do bom direito, releva que este Superior Tribunal de Justiça já se pronunciou de forma contrária à tese sustentada pela agravante, editando o Enunciado n. 212 de sua jurisprudência sumulada, considerada na decisão agravada: “A compensação de créditos tributários não pode ser deferida por medida liminar”.

Ademais, o risco de lesão à economia pública, em matéria fiscal, há de ser verificada, não só quanto ao débito controverso, mas, também, no que diz com as conseqüências imediatas de proliferação de demandas em igual sentido.

Quanto aos demais argumentos, são temas que devem ser amplamente debatidos nas instâncias ordinárias, sob pena de o Judiciário antecipar e julgar ponto da causa principal.

Assim, nego provimento ao agravo.

*É o voto.*

---

**AGRAVO REGIMENTAL NA SUSPENSÃO DE TUTELA  
ANTECIPADA N. 103 — RS (2004/0107610-3)**

Relator: Ministro Edson Vidigal

Agravante: União

Agravado: Departamento Nacional de Infra-estrutura e Transportes — DNIT

Procuradores: Alcemar Cardoso da Rosa e outros

Requerida: Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região

Interessado: Ministério Público Federal

**EMENTA**

Agravo regimental em suspensão de tutela antecipada. Ação civil pública. Restauração e conservação de estradas federais. União. DNIT. Ausência de pressupostos. Sucedâneo recursal. Impossibilidade.

1. Para o deferimento da suspensão de tutela antecipada não basta a demonstração da plausibilidade do direito, sendo imprescindível a comprovação de efetivo risco de grave lesão a pelo menos um dos bens tutelados pela norma de regência: ordem, segurança, saúde e economia públicas.
2. A medida extrema não pode ser utilizada como simples via processual de atalho para a modificação de decisão desfavorável ao ente público.
3. Agravo regimental a que se nega provimento.

### 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 unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Humberto Gomes de Barros, Cesar Asfor Rocha, José Delgado, José Arnaldo da Fonseca, Fernando Gonçalves, Carlos Alberto Menezes Direito, Felix Fischer, Hamilton Carvalhido, Francisco Falcão, Franciulli Netto, Luiz Fux, Castro Meira e Hélio Quaglia Barbosa votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Antônio de Pádua Ribeiro, Nilson Naves, Sálvio de Figueiredo Teixeira, Francisco Peçanha Martins, Ari Pargendler, Gilson Dipp, Eliana Calmon e Paulo Gallotti. Os Srs. Ministros Francisco Peçanha Martins e Gilson Dipp foram substituídos, respectivamente, pelos Srs. Ministros Castro Meira e Hélio Quaglia Barbosa.

Brasília (DF), 25 de outubro de 2004 (data do julgamento).

Ministro Barros Monteiro, Presidente

Ministro Edson Vidigal, Relator

---

DJ de 06.12.2004

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Edson Vidigal: Ajuizou, o Ministério Público Federal, Ação Civil Pública com pedido de tutela antecipada contra a União e o Departamento Nacional de Infra-estrutura e Transporte — DNIT, postulando a conservação e/ou restauração e sinalização das BR's 158, trecho entre as cidades de Palmeira das Missões e Cruz Alta, e 377, trecho entre as cidades de Cruz Alta e Ibirubá, localizadas no Estado do Rio Grande do Sul.

Apreciando o pedido liminar, o MM. Juiz Federal da 1ª Vara de Santo Ângelo deferiu parcialmente a tutela requerida, para determinar a continuidade das obras de restauração das referidas rodovias, a conclusão das mesmas no prazo de 90 (noventa) dias e multa diária de R\$ 10.000,00 (dez mil reais), em caso de mora na finalização das obras no prazo estipulado.

Interpuseram então, a União e o DNIT, agravo de instrumento apreciado pela Quarta Turma do Tribunal Regional Federal da 4ª Região que negou-lhe provimento.

Em seguida, foi requerida a suspensão dos efeitos da antecipação da tutela a esta Presidência, sob o fundamento de grave lesão à ordem pública (jurídica e administrativa), à economia e à segurança públicas, a qual o eminente Ministro Sálvio de Figueiredo, então no exercício da Presidência, indeferiu, assim fundamentando sua decisão:

“Não restou demonstrada, na espécie, a possibilidade de grave lesão a qualquer dos bens tutelados pela norma de regência. Os argumentos expedidos pelo requerente dizem respeito à violação de normas constitucionais e ingerência do Poder Judiciário no regular desempenho de ações do Poder Executivo, não estando, entretanto, evidenciada a grave lesão decorrente da execução da liminar cuja suspensão busca.” (Fl. 50)

Vem agora a União com este agravo regimental, no qual alega que a determinação para que a Administração promova de imediato a restauração e a conservação das vias públicas fere a Lei Orçamentária e a Lei das Licitações, além da CF, arts. 37, XXI, e 48, II; que há inequívoca lesão à ordem econômica, pois a obra a ser realizada será paliativa, o que exigirá “novos gastos com os reparos ou até mesmo com o total refazimento da obra” (fl. 57); que a segurança pública poderá “ser posta em risco com a execução de obras destituídas do necessário e adequado planejamento, bem como da sua execução descuidada, às pressas” (fl. 57); e que a Administração tem outras obrigações contratuais, que não serão adimplidas em face da decisão impugnada.

*Relatei.*

### VOTO

O Sr. Ministro Edson Vidigal (Relator): Senhores Ministros, o pedido de suspensão é medida excepcional, drástica, devendo ser deferida somente em situações em que fique suficientemente evidenciado que o provimento liminar ameaça causar grave lesão a pelo menos um dos bens públicos tutelados pela norma de regência.

Na situação ora em análise, o requerente não demonstrou os danos à ordem, à segurança e à economia públicas que atribui à decisão que lhe determinou, sob

pena de multa diária, a restauração das BRs 158 e 377 num prazo de 90 (noventa), percorrendo tão-somente sobre questões de fundo, insusceptíveis de análise na presente via.

O pedido de suspensão, ademais, esclareça-se, não é sucedâneo recursal, logo não visa à modificação da decisão impugnada, mas apenas resguardar certos bens e interesses públicos relevantes. Neste sentido:

“Processual Civil. Suspensão de segurança. Mandado de segurança. Promoção de militares. Lei n. 4.348/1964, art. 4º. Ausência de pressupostos. Sucadâneo recursal. Impossibilidade.

1. Para a concessão de suspensão de segurança não basta a demonstração da plausibilidade do direito, sendo imprescindível a comprovação de efetivo risco de grave lesão a pelo menos um dos bens tutelados pela norma de regência: ordem, segurança, saúde e economia públicas.

2. A medida extrema não pode ser utilizada como simples via processual de atalho para a modificação de decisão desfavorável ao ente público.

3. Agravo a que se nega provimento.” (AgRg na SS n. 1.223/PE, por mim relatado, Corte Especial, DJ de 07.06.2004)

Assim, nego provimento ao agravo.

*É o voto.*

---

### **AGRAVO REGIMENTAL NO MANDADO DE SEGURANÇA N. 8.949 — DF (2003/0028186-0)**

Relator: Ministro Carlos Alberto Menezes Direito

Agravante: Bel Recanto S/A Construções — Massa falida

Advogado: Osvaldo de Jesus Pacheco

Agravados: Ney Linhares Vasconcelos e outro

Advogados: Antônio Carlos de Paula Campos e outros

Impetrado: Ministro-Relator do Recurso Especial n. 199700311880 do Superior Tribunal de Justiça

### **EMENTA**

Agravo regimental. Mandado de segurança. Indeferimento de plano. Recurso especial. Falência. Autos no Ministério Público. Demora na apresentação de parecer. Busca e apreensão requerida.

1. Em processo de falência, descabe ao Relator determinar a busca e apreensão dos autos do recurso especial, que se encontram no Ministério Público Federal para parecer, sendo certo que, nos termos do art. 210 da Lei de Falências, descabe processar a demanda sem a participação e manifestação do *Parquet*.

2. Agravo regimental desprovido.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Felix Fischer, Gilson Dipp, Jorge Scartezzini, Eliana Calmon, Paulo Gallotti, Francisco Falcão, Franciulli Netto, Luiz Fux, Antônio de Pádua Ribeiro, Barros Monteiro, Francisco Peçanha Martins, Humberto Gomes de Barros, Ari Pargendler, José Delgado, José Arnaldo da Fonseca e Fernando Gonçalves votaram com o Sr. Ministro-Relator. Ausentes, justificadamente, o Sr. Ministro Nilson Naves, substituído pelo Sr. Ministro Paulo Gallotti, e os Srs. Ministros Sálvio de Figueiredo Teixeira e Hamilton Carvalhido. Impedido o Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha.

Brasília (DF), 19 de maio de 2004 (data do julgamento).

Ministro Edson Vidigal, Presidente

Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Relator

---

DJ de 14.06.2004

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito: A massa falida de Bel Recanto S/A Construções — massa falida impetrou o presente mandado de segurança “contra ato omissivo do Excelentíssimo Senhor Ministro — Cesar Asfor Rocha — DD. Relator do Recurso Especial n. 130.588”, alegando e requerendo que:

“Os autos acima gizados, segundo o incluso ‘acompanhamento processual’, estão na posse Ministério Público desde 12.06.1997.

A ora Impetrante já requereu, por diversas vezes ao Senhor Relator — Ministro Cesar Asfor Rocha — providências para a devolução dos autos. Todavia, até a presente data, os autos não retornaram do Ministério Público.

Ora, não é possível mais tolerar tal morosidade por parte do Ministério Público Federal.

Saliente-se, por oportuno, que ainda que vencedor nas instâncias ordinárias, a ora Impetrante está impedida de executar provisoriamente a sentença, tendo em vista o efeito suspensivo concedido, por esse colendo Tribunal, ao presente recurso especial, o qual não tem, segundo a lei (CPC art. 542, § 2º), força para impedir a execução do julgado” (fls. 04/05).

“Portanto, urge que seja concedida a presente segurança, para que liminar e finalmente se ordene a expedição de mandado de busca e apreensão dos aludidos autos, bem como acrescente ao Regimento Interno desse egrégio Tribunal, norma que impeça que o Ministério Público detenha autos por anos e anos, restabelecendo, assim, para todos, o império da *lei!!!*” (fl. 06).

Distribuído, em 06.03.2003, ao Senhor Ministro Vicente Leal, foi o mandado de segurança indeferido monocraticamente, assim:

“*Vistos etc.*

Trata-se de mandado de segurança impetrado por Bel Recanto S/A Construções — massa falida, com pedido de liminar, contra ato omissivo atribuído ao Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha, com o objetivo de que este determine o retorno ao Superior Tribunal de Justiça dos autos referentes ao Recurso Especial n. 130.588/SP de que é Relator, os quais se encontram em posse do Ministério Público Federal, para fins de oferecimento de parecer, desde junho de 1997.

Assevera o impetrante que já requereu à autoridade tida como coatora providências para a devolução dos autos, encontrado-se estes atualmente ainda conclusos ao Ministério Público Federal.

Tenho que o presente **mandamus** não merece seguimento.

Ora, conforme se depreende dos argumentos insertos na inicial deste mandado de segurança, o ato omissivo não emana, em verdade, da autoridade impetrada, mas sim, do Ministério Público Federal que, na posse dos autos do Recurso Especial n. 130.588/SP, não se manifestou nos mesmos até a presente data.

Assim, a ausência de prática de ato de competência exclusiva do Ministério Público Federal, qual seja, a emissão de parecer nos autos de recurso especial, não pode ser atribuída ao Exm<sup>o</sup>. Sr. Ministro desta Corte Superior, caracterizando-se, na hipótese, a ilegitimidade passiva **ad causam**.

Com efeito, tenho afirmado, com apoio na melhor doutrina e na pacífica jurisprudência desta Casa que, em sede de mandado de segurança, é competente para figurar no pólo passivo da relação processual a autoridade que, por

ação ou omissão, deu causa à lesão jurídica denunciada e possui efetivos poderes para adotar as providências necessárias para fazer cessar a ilegalidade. Além do mais, é sabido que a errônea indicação da autoridade coatora importa na extinção do processo, sem julgamento de mérito.

Destaque-se, por oportuno, os seguintes precedentes deste Tribunal, afirmativos desse entendimento, **litteris**:

‘Processo Civil — Administrativo — Mandado de segurança — Servidor militar — Remuneração de transferência — Inocorrência de fixação de residência no local indicado — Restituição dos valores — Competência delegada — Súmula n. 510 do STF — Ilegitimidade passiva **ad causam** do Sr. Comandante do Exército — Extinção, sem apreciação do mérito.

1. O Comandante da 12ª Região Militar, em decorrência de função delegada e por ter praticado o ato acoimado de coator, é a autoridade responsável diretamente pela reposição das indenizações, determinando os descontos na folha de pagamento do impetrante. Aplicação da Súmula n. 510 do colendo Supremo Tribunal Federal. Ilegitimidade passiva **ad causam** do Sr. Comandante do Exército reconhecida, sendo incompetente esta Corte para o processamento do presente **mandamus** (art. 105, I, **b**, da Constituição Federal, com a redação dada pela EC n. 23/1999).

2. Precedentes (MS n. 6.991/DF).

3. Preliminar de ilegitimidade passiva acolhida, para julgar extinto o *writ*, sem apreciação do mérito, nos termos do art. 267, VI, do Código de Processo Civil. Custas **ex lege**. Honorários advocatícios incabíveis, nos termos das Súmulas ns. 512-STF e 105-STJ.’ (MS n. 7.340/DF, Relator Ministro Jorge Scartezzini, **in** DJ de 13.08.2001)

‘Administrativo. Processual Civil. Mandado de segurança. Autoridade coatora. Ilegitimidade. Extinção da ação.

A errônea indicação da autoridade coatora no mandado de segurança é causa para a extinção da ação, sem julgamento do mérito.

Mandado de segurança extinto.’ (MS n. 4.647/DF, Relator Ministro Gilson Dipp, **in** DJ de 22.03.1999)

Isto posto, indefiro o presente **mandamus**, extinguindo o processo sem julgamento de mérito, nos termos do art. 212 do RISTJ.

Publique-se. Intimem-se” (fls. 17/18).

Publicada a decisão acima em 18.03.2003 (fl. 19), a impetrante ingressou com agravo regimental, em 20.03.2003, alegando que:

“O r. despacho, agora vergastado, está equivocado, **data venia**.

É que o sujeito passivo do presente **mandamus** é, sem dúvida alguma, o Sr. Ministro-Relator do REsp n. 130.588/SP

Com efeito, como sabido, cabe ao juiz dirigir o processo, conforme as disposições do Código de Processo Civil, **ex vi**, do disposto no art. 125 do CPC.

Ora, é consabido, que é dever do juiz, determinar a busca e apreensão dos autos retidos, fora do prazo de manifestação, pelos advogados, promotores de justiça e representantes da Fazenda Pública, nos precisos termos dos arts. 195, 196 e 197 do CPC.

Assim, o r. despacho ora guerreado é ilógico e contraproducente, ao admitir que a tutela dos poderes oficiais do juiz está condicionada à disponibilidade do Ministério Público.

A prevalecer o entendimento do respeitável despacho agravado, estaremos a admitir que a garantia do próprio processo em andamento e do interesse estatal na efetiva aplicação da lei, as medidas cautelares inominadas, compreendidas dentro dos limites dos poderes processuais do juiz, não podem ser tomadas contra o órgão do Ministério Público.

Vale dizer, os poderes jurisdicionais e de polícia do juiz não têm eficácia contra o órgão do Ministério Público.

De outro lado, o **mandamus** não pede que o Exm<sup>o</sup>. Sr. Relator elabore o parecer. O **mandamus** pede a busca e apreensão dos autos, a qual deveria, já há tempo, ter sido ordenada, de ofício, para que o recurso especial tenha prosseguimento, obviamente sem o parecer do Ministério Público Federal.

A omissão do Sr. Relator não está na elaboração do parecer e sim, não cumprindo o disposto no art. 34 do RISTJ, permitindo que os autos permaneçam em poder do Ministério Público, fora do prazo previsto em lei” (fls. 24/25).

A impetrante protocolou, em 28.10.2003, petição requerendo a redistribuição do feito (fls. 27/28), o que foi indeferido pelo Senhor Ministro Nilson Naves, Presidente desta Corte, em 28.11.2003, diante da não-comprovação da necessária urgência (fl. 32).

Interposto agravo regimental (fls. 35 a 37 — *fax* e 39 a 41 — original), o Senhor Ministro Nilson Naves, em 20.01.2004, reconsiderou a decisão agravada, determinando a redistribuição do feito (fl. 44).

O *writ* foi redistribuído à minha relatoria em 25.02.2004 (fl. 50), juntando a impetrante certidão comprobatória de que o advogado subscritor da inicial foi constituído advogado pelo respectivo comissário, antes da decretação da falência da concordatária (fls. 57/58).

Vieram os autos conclusos em 17.03.2004 (fl. 59).

Trago os autos a esta sessão para o julgamento do agravo regimental de fls. 21 a 25, interposto contra a decisão que indeferiu o mandado de segurança, às fls. 17/18.

É o relatório.

### VOTO

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito: A ora agravante, massa falida, impetrou o presente mandado de segurança requerendo a expedição de mandado de busca e apreensão em relação aos autos do REsp n. 130.588/SP que se encontram no Ministério Público Federal desde 13.06.1997. Pediu, ainda, que fosse acrescentado no Regimento Interno deste Tribunal dispositivo que impeça que o Ministério Público detenha os processos “por anos e anos”. Apontou como autoridade coatora o Relator do mencionado recurso especial.

O Senhor Ministro Vicente Leal indeferiu a ordem, monocraticamente, por entender que o ato omissivo não emana do Relator do processo, mas do Ministério Público Federal, que não deu, ainda, o seu parecer.

No presente regimental, argumenta a impetrante que cabe ao Juiz dirigir o processo, a teor do art. 125 do Código de Processo Civil, devendo o mesmo determinar a busca e apreensão dos autos retidos fora do prazo para manifestação, na posse de advogados, promotores de justiça e representantes da Fazenda Pública, nos termos dos arts. 195, 196 e 197 do Código de Processo Civil. Invoca, ainda, o art. 34 do Regimento Interno desta Corte, relativo às atribuições do Relator.

Sem razão o impetrante.

Primeiramente, as informações processuais juntadas pela impetrante às fls. 42/43 demonstram que, por ordem do Senhor Ministro-Relator, várias solicitações foram encaminhadas ao Procurador-Geral da República, requisitando os respectivos autos. Assim, não há falar em omissão ou a prática de qualquer ato ilegal por parte da autoridade judiciária.

Por outro lado, nos termos do art. 210 do Decreto-Lei n. 7.661/1945, “o representante do Ministério Público, além das atribuições expressas na presente lei, será ouvido em toda ação proposta pela massa ou contra esta. Caber-lhe-á o dever, em

qualquer fase do processo, de requerer o que for necessário aos interesses da justiça, tendo o direito, em qualquer tempo, de examinar todos os livros, papéis e atos relativos à falência ou à concordata”. A intervenção do Ministério Público, portanto, é obrigatória, devendo-se anotar que no andamento processual juntado à fl. 42 consta, como assunto do REsp n. 130.588/SP, “Comercial — Falência”.

A busca e apreensão dos autos, nesse caso, é absolutamente descabida, não havendo como o Relator processar a demanda sem a participação e manifestação do Ministério Público nos autos do mencionado especial.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

---

### **EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL N. 509.394 — RS (2003/0176232-0)**

Relatora: Ministra Eliana Calmon

Embargante: Instituto Nacional do Seguro Social — INSS

Procuradores: Milene Goulart Valadares e outros

Embargada: Asilda Maria Peiter

Advogados: Gilberto Fernando Scapini e outro

### **EMENTA**

Embargos de divergência — Processual Civil — Agravo de instrumento — Peças obrigatórias e necessárias para a formação do instrumento — Art. 525 do CPC.

1. O Código de Processo Civil indica, no inciso I do art. 525, os documentos indispensáveis à formação do agravo de instrumento, sendo coercitiva sua juntada, sob pena de não-conhecimento do recurso. São as *peças obrigatórias*.

2. Relativamente às *peças necessárias*, mencionadas no inciso II do mesmo artigo, a Corte Especial, no REsp n. 449.486/PR, firmou entendimento de que não é possível que o Relator converta o julgamento em diligência para facultar à parte a complementação do instrumento, pois cabe a ela o dever de fazê-lo no momento a interposição do recurso.

3. Embargos de divergência conhecido, mas desprovido.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, vencidos os Srs. Ministros Nilson Naves, Humberto Gomes de Barros e Cesar Asfor Rocha, conhecer dos embargos de divergência e os rejeitar, nos termos do voto da Sr<sup>a</sup>. Ministra-Relatora. Os Srs. Ministros Paulo Gallotti, Franciulli Netto, Luiz Fux, Barros Monteiro, Francisco Peçanha Martins, Ari Pargendler, José Delgado, Fernando Gonçalves, Carlos Alberto Menezes Direito, Felix Fischer, Gilson Dipp e Hamilton Carvalhido votaram com a Sr<sup>a</sup>. Ministra-Relatora. Ausentes, justificadamente, o Sr. Ministro Sálvio de Figueiredo Teixeira e, ocasionalmente, os Srs. Ministros Edson Vidigal, José Arnaldo da Fonseca e Francisco Falcão.

Brasília (DF), 18 de agosto de 2004 (data do julgamento).

Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, Presidente

Ministra Eliana Calmon, Relatora

---

DJ de 04.04.2005

## RELATÓRIO

A Sr<sup>a</sup>. Ministra Eliana Calmon: Trata-se de embargos de divergência interpostos de acórdão da Quinta Turma, relatado pelo Ministro Felix Fischer, assim ementado:

Agravo regimental. Processual Civil. Agravo de instrumento. Ausência de peça indispensável à correta apreciação da controvérsia. Lei n. 9.139/1995.

I - O agravo de instrumento deve ser instruído com as peças obrigatórias e também com as necessárias à correta apreciação da controvérsia, nos termos do art. 525, II, do CPC. A ausência de qualquer delas obsta o conhecimento do agravo.

II - De acordo com o sistema recursal introduzido pela Lei n. 9.139/1995, é dever do agravante zelar pela correta formação do agravo de instrumento, não sendo possível a conversão do julgamento em diligência para complementação do traslado, nem a possibilidade de posterior juntada da peça faltante, em virtude da ocorrência de preclusão consumativa.

Agravo regimental desprovido.

(fl. 91)

Como paradigma, o *INSS* traz à colação julgado da Segunda Turma, no REsp n. 476.446/RJ, de minha relatoria, cuja ementa é a seguinte:

Processual Civil — Agravo de instrumento — Peças obrigatórias, facultativas e necessárias ou úteis para a formação do instrumento — Art. 525 do CPC — Retorno dos autos ao Tribunal de origem.

1. O Código de Processo Civil indica, no inciso I do art. 525, os documentos indispensáveis à formação do agravo de instrumento, sendo coercitiva sua juntada, sob pena de não-conhecimento do recurso. São as *peças obrigatórias*.

2. Já o inciso II do mesmo artigo trata das *peças facultativas*, aquelas juntadas voluntariamente pela parte a fim de facilitar a exata compreensão da controvérsia.

3. Contudo, podem existir as *peças necessárias ou úteis*, que são aqueles documentos que o Tribunal entende imprescindíveis ao deslinde da querela. Neste caso, deve o Relator providenciar as peças, de ofício, ou intimar o agravante para que o faça, em nome dos princípios da economia processual e do contraditório.

4. Recurso especial provido, para determinar a remessa do processo ao Tribunal de origem, a fim de que sejam instruídos os autos com as peças necessárias ou úteis, na forma que entender aquela Corte seja a mais adequada, oportunizando-se, assim, o julgamento do agravo de instrumento.

5. Recurso especial provido.

Transcorrido **in albis** o prazo para contra-razões, opinou o Ministério Público Federal pelo conhecimento e improvemento dos embargos de divergência.

Relatei.

## VOTO

A Sr<sup>a</sup>. Ministra Eliana Calmon (Relatora): Configurada a divergência, passo ao exame do recurso.

Preliminarmente, antes de abordar o tema discutido nos autos, faço a seguinte observação: temos dois tipos de agravo: o agravo disciplinado nos arts. 522 e seguintes do CPC, recurso que se dirige contra decisão interlocutória, e o agravo disciplinado nos arts. 544 e seguintes do diploma processual, o qual tem por escopo fazer subir o recurso especial ou extraordinário inadmitido na origem.

Deve-se a observação ao diferente tratamento dispensado pela lei aos recursos.

Em ambos os agravos, há controvérsia quanto às peças que, não sendo exigidas expressamente pela lei, fazem-se necessárias para a exata compreensão do incidente. Daí a advertência que há divergência em ambas as hipóteses, com idên-

tico tratamento no que se refere à exigência de peças, sendo que, nos autos, trata-se de agravo contra decisão interlocutória e que deixou de ser examinado no Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por ausência de peças obrigatórias ou úteis à compreensão da querela.

Assim delineada a matéria de fundo, temos que a Primeira Turma, a Terceira Turma, a Quinta Turma e a Sexta Turma têm posição no sentido de que não é possível a conversão do julgamento em diligência para o suprimento da deficiência na formação do instrumento, visto que, no sistema recursal instituído pela Lei n. 9.139/1995, incumbe ao agravante o dever de instruir o agravo com as peças obrigatórias compreendidas no art. 525, I, do CPC, bem como com as necessárias à correta apreciação da controvérsia. A ausência de algumas dessas peças afeta a regularidade formal do recurso, impondo o seu não-conhecimento. A título de amostragem, enumeram-se os precedente seguintes:

Primeira Turma — REsp n. 447.631/RS. Decisão: 26.08.2003, DJ de 15.09.2003 (unânime).

Primeira Turma — REsp n. 402.866/SP. Decisão: 26.03.2002, RSTJ: Vol: 157, p. 138, DJ de 22.04.2002 (unânime).

Terceira Turma — REsp n. 471.101/RS. Decisão: 17.06.2003, DJ de 25.08.2003 (unânime).

Terceira Turma — REsp n. 439.394/PA. Decisão: 25.05.2003, DJ de 23.06.2003 (unânime).

Terceira Turma — REsp n. 301.491/RN. Decisão: 15.10.2001, DJ de 04.02.2002 (unânime).

Terceira Turma — REsp n. 309.763/RJ. Decisão: 06.12.2001, RSTJ: Vol 163, p. 297, DJ de 04.11.2002 (unânime).

Terceira Turma — REsp n. 221.565/MG. Decisão: 19.02.2001, DJ de 16.04.2001 (unânime).

Quinta Turma — EDcl no REsp n. 485.755/SP. Decisão: 23.09.2003, DJ de 28.10.2003 (unânime).

Quinta Turma — AgRg no REsp n. 509.394/RS. Decisão: 24.06.2003, DJ de 18.08.2003 (unânime).

Quinta Turma — REsp n. 502.287/SC. Decisão: 17.06.2003, DJ de 04.08.2003 (unânime).

Sexta Turma — REsp n. 499.029/PR. Decisão: 09.09.2003, DJ de 20.10.2003 (unânime).

Sexta Turma — AgRg no REsp n. 501.875/RS. Decisão: 17.06.2003, DJ de 04.08.2003 (unânime).

Sexta Turma — REsp n. 444.050/PR. Decisão: 04.02.2003, DJ de 24.02.2003 (unânime).

Sexta Turma — REsp n. 444.076/SC. Decisão: 08.10.2002, DJ de 28.10.2002 (unânime).

A posição, quase uniforme, tem levado os julgadores a proferirem decisões monocráticas, com base no art. 557 do CPC, como, por exemplo, os seguintes precedentes:

Terceira Turma — Ag n. 466.942/RS. Decisão: 13.11.2002, DJ de 22.11.2002.

Quinta Turma — REsp n. 587.532/RN. Decisão: 27.12.2003, DJ de 17.12.2003.

Quinta Turma — Ag n. 523.420/RS. Decisão: 15.09.2003, DJ de 1<sup>a</sup>.10.2003.

No sistema anterior à Lei n. 9.139/1995, era possível, nas instâncias ordinárias, o suprimento de eventual falha na formação do instrumento com a conversão do julgamento em diligência

Primeira Turma — REsp n. 219.591/PA. Decisão: 09.11.1999, DJ de 17.12.1999 (unânime).

Segunda Turma — REsp n. 116.026/BA. Decisão: 06.06.2000, DJ de 1<sup>a</sup>.08.2000 (unânime).

Segunda Turma — REsp n. 130.317/BA. Decisão: 23.11.1999, DJ de 07.02.2000 (unânime).

Terceira Turma — REsp n. 137.159/SP. Decisão: 25.09.2000, DJ de 30.09.2000, RSTJ: 30.10.2000 (unânime).

Terceira Turma — REsp n. 121.069/PR. Decisão: 06.08.1998, DJ de 15.09.2003 (unânime).

Quarta Turma — REsp n. 101.090/MG. Decisão: 20.02.1997, DJ de 24.03.1997 (unânime).

Quinta Turma — REsp n. 230.102/PR. Decisão: 16.05.2000, DJ de 19.06.2000 (unânime).

Quinta Turma — REsp n. 160.921/SP. Decisão: 19.10.1999, DJ de 27.03.2000 (unânime).

A Segunda e a Quarta Turmas, diferentemente, entendem que é possível a conversão do julgamento em diligência para que sejam juntadas de ofício ou pelo agravante as peças necessárias à instrução, quando não forem peças obrigatórias, mas aceitando que deixe o recurso de ser conhecido por ausência de peça necessária, mas não obrigatória.

Nesse sentido, dentre outros, são os arestos relacionados em jurisprudência comparada pela Comissão de Jurisprudência.

A pertinência do entendimento dessa Corte Especial a respeito é de absoluta conveniência, porquanto, como as demais Turmas, e em sentido contrário, há decisões monocráticas, que têm como respaldo jurisprudência consolidada:

Quarta Turma — AgRg n. 486.320/RS. Decisão: 30.06.2003, DJ de 1º.08.2003.

Quarta Turma — REsp n. 515.697/MG. Decisão: 05.06.2003, DJ de 24.06.2003.

Quarta Turma — AgRg n. 476.653/RS. Decisão: 20.05.2003, DJ de 09.06.2003.

Demonstrada a divergência, voto com o Relator, pelo conhecimento do recurso.

No mérito, tinha entendimento que destoava da posição majoritária. Em relação ao agravo para fazer subir o recurso especial, minha posição pautava-se no seguinte argumento:

A admissibilidade do recurso especial deixa muito a desejar quanto à qualidade, feita de forma apressada ou mesmo de forma atécnica, muitas vezes açambarcando o juízo de conhecimento inserido na competência desta Corte. Dentro desse contexto, com uma visão política do recurso especial, abstraindo-se a questão quantitativa, que invade o Tribunal e massacra os seus julgadores, o agravo de instrumento é uma espécie de resgate de uma jurisdição prestada defeituosamente por ocasião da admissibilidade de um recurso de importância nacional.

Diante da importância do agravo para fazer subir o recurso especial, inclinei-me pela posição de maior tolerância, a fim de não prejudicar o reexame da admissibilidade.

De referência ao agravo de instrumento disciplinado no art. 522, CPC, que ataca a decisão interlocutória, fazia eu leitura literal do disposto no inciso I do art. 525 do CPC, argumentando:

O art. 525 do CPC indica no inciso I quais os documentos indispensáveis, em qualquer circunstância, à formação do agravo de instrumento, cuja junta-

da é coercitiva, sob pena de não-conhecimento. São as chamadas *peças obrigatórias*.

O inciso II do mesmo artigo trata das *peças facultativas*, entendendo-se como tais aquelas juntadas voluntariamente pela parte, a fim de facilitar a perfeita compreensão da controvérsia.

É natural que na exata compreensão da lide e do seu contexto fático-probatório, indispensável à abstração da tese a ser trabalhada, há peças que são importantes para essa compreensão, que muda de pessoa para pessoa. Daí entendimento de que tais peças, chamadas de *necessárias*, por não estarem balizadas em critério objetivo, devem ser contempladas com menos rigor formal. Em se tratando de documentos que podem ser exigidos pelo julgador como necessários, sem que o advogado tenha tido a percepção, melhor será, em nome da mera instrumentalidade do processo, que sejam os documentos providenciados de ofício ou intimado o agravante para que o faça.

A visão última é, sem dúvida, mais liberal e orienta-se pela utilidade, evitando inclusive a usual prática de serem trasladados para o agravo todas as peças em volumoso processo.

Voltei atrás no meu posicionamento, em voto-vista proferido no julgamento do EREsp n. 449.486, diante de duas constatações inequívocas: 1. os tribunais intermediários estão hoje abarrotados de agravos, pela excessiva benevolência do legislador em admitir a recorribilidade de todas as interlocutórias; 2. a revisão do juízo de admissibilidade feita pelo Relator nos tribunais superiores não tem rigidez, de forma a possibilitar a subida dos autos para melhor exame.

Se assim é, entendo que por uma questão de política de administração da justiça, procrastinar o processamento do agravo, sendo o julgador obrigado a converter o julgamento em diligência é mais um ônus ao juiz, que enfrenta uma pesadíssima carga de trabalho por conta, principalmente, dos agravos.

De referência ao agravo do art. 544 do CPC, a facilidade de que goza o Relator para mandar subir o especial desfaz a necessidade de converter em diligência o julgamento para a juntada de peças.

Essa nova visão está em harmonia com a jurisprudência majoritária desta Corte e em sintonia com a posição do STF, que se mantém em posição ortodoxa, como estabelecido na Súmula n. 288.

Registro que a posição do STF, mercê da súmula, não é unânime, visto que, quando da recusa do verbete restaram vencidos os Ministros Sepúlveda Pertence, Carlos Veloso, Ilmar Galvão e Marco Aurélio (Ag n. 137.645-7) (anotações do “Direito Sumular” do Professor **Roberto Rosas**, 11ª ed.).

Neste STJ, o Ministro Rui Rosado de Aguiar tinha interessante argumentação, expressa no voto que proferiu no Recurso Especial n. 327.459/MG, quanto às peças tidas como necessárias. Vejamos trechos do seu voto:

Esse juízo será sempre subjetivo, podendo variar de um para outro julgador, na medida em que um entenda indispensável ter diante de si o contrato celebrado entre as partes, enquanto outro pode se satisfazer com a assertiva do juiz ou da parte, a respeito do seu conteúdo. Na espécie, por exemplo, trata-se de deferir ou não antecipação de tutela na ação em que se pede a revisão da cláusula de contrato de compra e venda com reserva de domínio, em que se estipulou a variação cambial para prestações mensais de US\$ 11.666,99, requerendo o autor que o débito a vencer a partir de fevereiro de 1999 seja calculado pelo dólar da data da contratação (11.05.1998), conforme está na inicial. Alguém poderia pensar que essa questão está suficientemente esclarecida, pois se trata de estabelecer se era ou não o caso de atender ao pedido da adquirente. Outro poderia exigir a cópia do contrato; um terceiro talvez julgasse indispensável apresentar-se também o termo aditivo mencionado na inicial, ou o cálculo da variação cambial e sua diferença com a correção pelo IPC etc. Nesses casos, parece conveniente permitir à parte agravante a juntada do documento que, não sendo obrigatório nos termos da lei, foi considerado indispensável “

“CPC, como essencial, porém se revela indispensável ao exame da controvérsia segundo entendimento do órgão julgador, deve ele ou diligenciar para que ela seja juntada, ou determinar que o agravante complemente a instrução.

Com essas considerações, seguindo a linha de entendimento que preveleceu nesta Corte Especial, no julgamento do EREsp n. 449.486, conheço do recurso, mas nego-lhe provimento.

É o voto.

### VOTO

O Sr. Ministro Nilson Neves: Sr. Presidente, sei que a última orientação da Corte Especial é no sentido proclamado pela Relatora. Há outros precedentes, no entanto, certamente que mais antigos, no sentido do acórdão paradigma. Num dos últimos julgamentos, votei de acordo com a orientação do acórdão paradigma, da Segunda Turma. Insistirei no meu ponto de vista talvez pela última vez. Peço vênia para receber os embargos de divergência.

**VOTO**

O Sr. Ministro Barros Monteiro: Sr. Presidente, embora tenha posição similar à do Sr. Ministro Nilson Naves, entendo que esta Corte já se pronunciou a respeito do tema nos Embargos de Divergência no Recurso Especial n. 449.486/PR. Prefiro perfilhar a diretriz traçada neste precedente.

Rejeito os embargos de divergência.

**VOTO**

O Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins: Sr. Presidente, acompanho o voto da Sr<sup>a</sup>. Ministra Eliana Calmon, conhecendo dos embargos, mas os rejeitando, porque entendo que o agravo deve contrariar a decisão. Por isso mesmo, se a peça for necessária à compreensão, porque há afirmação, se a ela se referir, não será possível deixar de vir.

**VOTO VENCIDO**

O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros: Sr. Presidente, tenho medo de deixar ao nuto do juiz a proclamação de uma necessidade que a lei não estabelece. Parece-me que não custa muito se abrir oportunidade à parte para que traga aquelas peças; afinal de contas são direitos que estão em jogo, confiados ao Poder Judiciário.

Acompanho, **data venia**, o voto do eminente Ministro Nilson Naves, recebendo os embargos de divergência.

Vencido neste voto, adianto-me em aconselhar aos advogados, que transcrevam por inteiro os autos, o que nos trará mais dificuldades de manuseio, de transporte e despesas para a acumulação desses autos.

**VOTO VENCIDO**

O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha: Sr. Presidente, peço licença à eminente Ministra-Relatora para acompanhar o voto do Sr. Ministro Nilson Naves, recebendo os embargos de divergência pelas razões postas por S. Ex<sup>a</sup>., pelo Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros e também por voto proferido por mim na Quarta Turma.

**VOTO**

O Sr. Ministro José Delgado: Sr. Presidente, voto a com a eminente Ministra-Relatora, no sentido de conhecer dos embargos, mas os rejeitar.

Se não fosse assim, não haveria a necessidade de ter sido feita a reforma no sentido de provar que o advogado também possa ser um órgão atuante na formação do agravo, que fica sob sua inteira responsabilidade.

### **VOTO**

O Sr. Ministro Fernando Gonçalves: Sr. Presidente, nos Embargos de Divergência no Recurso Especial n. 449.486/PR, de que foi Relator o Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, votei vencido, no sentido do proclamado pela eminente Relatora.

Submeto-me e acompanho o voto da Sr<sup>a</sup>. Ministra-Relatora. Conheço, mas rejeito.

### **VOTO-VOGAL**

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido: Sr. Presidente, tenho firme entendimento no sentido de que a falta de peça essencial, como tal entendida a indispensável ao julgamento do agravo de instrumento, ainda que estranha ao elenco legal das denominadas peças obrigatórias, impede o julgamento do recurso.

Não há incerteza qualquer, à moda de fato submetido à variabilidade da subjetividade, porque a peça é ou não é indispensável ao julgamento do recurso. Em sendo indispensável, é ônus indeclinável do recorrente trazê-la ao instrumento do agravo, ainda quando não figure como peça obrigatória.

Pelo exposto, acompanho o voto da Sr<sup>a</sup>. Ministra-Relatora, no sentido de conhecer dos embargos e os rejeitar.

---

### **MANDADO DE SEGURANÇA N. 9.852 — DF (2004/0106524-6)**

Relatora: Ministra Eliana Calmon

Impetrante: Patrícia Madeira Mauriz de Almeida

Advogados: Hugo Damasceno Teles e outros

Impetrado: Ministro-Presidente do Conselho de Administração do Superior Tribunal de Justiça

### **EMENTA**

Administrativo — Servidor público — Licença para acompanhar o marido (arts. 81 e 84 da Lei n. 8.112/1990)

1. O dispositivo da lei de regência está em sintonia com o princípio de proteção à família (art. 226 da CF), permitindo que não sejam os cônjuges separados pela necessidade de permanecer no serviço.

2. Os aspectos fáticos dos autos não merecem a proteção legal invocada porque já afastado o cônjuge da servidora, antes do matrimônio, realizado somente depois de ter ela assumido o cargo de técnico judiciário no STJ.

3. Interesses pessoais que não podem prevalecer sobre o interesse público.

4. Segurança denegada.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, por maioria, vencido o Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins, denegar a ordem, nos termos do voto da Sr<sup>a</sup>. Ministra-Relatora. Os Srs. Ministros Paulo Gallotti, Franciulli Netto, Luiz Fux, Nilson Naves, Barros Monteiro, Ari Pargendler, José Delgado, José Arnaldo da Fonseca, Fernando Gonçalves, Carlos Alberto Menezes Direito, Felix Fischer e Hamilton Carvalhido votaram com a Sr<sup>a</sup>. Ministra-Relatora. Impedido o Sr. Ministro Edson Vidigal. Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Sálvio de Figueiredo Teixeira e Humberto Gomes de Barros e, ocasionalmente, os Srs. Ministros Edson Vidigal, Cesar Asfor Rocha, Gilson Dipp e Francisco Falcão.

Brasília (DF), 1<sup>a</sup> de setembro de 2004 (data do julgamento).

Ministro Antônio de Pádua Ribeiro, Presidente

Ministra Eliana Calmon, Relatora

---

DJ de 13.12.2004

### RELATÓRIO

A Sr<sup>a</sup>. Ministra Eliana Calmon: Patrícia Madeira Mauriz de Almeida impetra o presente mandado de segurança contra ato do Conselho de Administração do Superior Tribunal de Justiça, consubstanciado no indeferimento do pedido de licença sem vencimentos formulado pela ora impetrante, a fim de acompanhar cônjuge.

Segundo relatado na inicial, o marido da autora, como servidor do Banco Central do Brasil, foi para o exterior a fim de cumprir programa de pós-graduação

do interesse da instituição, o que motivou a impetrante a requerer, na esfera administrativa, a outorga de licença sem vencimentos, com base nos arts. 81 e 84 da Lei n. 8.112/1990 e no art. 226 da Constituição Federal.

Não obstante o enquadramento legal, foi o pleito indeferido, por maioria, o que ensejou o ajuizamento da presente ação de segurança, com base nos mesmos dispositivos legais. Pediu a concessão de liminar.

Neguei o pleito liminar e ordenei o processamento do **mandamus**, solicitando as informações de estilo, as quais foram prestadas pelo Presidente da Corte, o qual assim resumiu os fatos:

a) o cônjuge da servidora, Leonardo Martins Nogueira, como funcionário do Banco Central do Brasil, afastou-se do seu serviço no período de 29.09.2002 a 02.10.2003, para participar de curso de mestrado no exterior, sendo posteriormente prorrogado o seu afastamento até 02.10.2006, para realizar o curso de doutorado;

b) a impetrante ingressou nos quadros deste Tribunal em 05 de janeiro deste ano de 2004, quando já estava o seu hoje marido no exterior, aspectos que mereceram o parecer da Secretaria de Recursos Humanos no sentido de indeferir o pleito;

c) o Conselho de Administração indeferiu o pedido no dia 17 de junho, por maioria, pelos votos dos Ministros Pádua Ribeiro, Ari Pargendler, José Delgado, Felix Fischer, Hamilton Carvalhido, Eliana Calmon e Francisco Falcão, ficando vencidos os Ministros Nilson Naves, Barros Monteiro, Humberto Gomes de Barros e José Arnaldo.

d) ressaltou a autoridade reputada coatora passagem do voto do Ministro Peçanha Martins que transcrevo:

“(…), dentro do espírito que o legislador pretendeu imprimir ao art. 226 da CF — A família, base da sociedade, tem especial proteção do Estado — entendo que deva prevalecer a unidade familiar a qualquer outro interesse não justificado, desde que preenchidos os requisitos legais, razão por que concedo o afastamento requerido”.

O Ministério Público Federal, em longo parecer, opina pela denegação da segurança, em parecer assim resumido:

Mandado de segurança. Licença sem remuneração para acompanhar cônjuge no exterior. Servidora pública civil. Proteção da família. Interesse público. Princípio da proporcionalidade. CF, art. 226. Lei n. 8.112/1990, arts. 81 e 84.

1. Em circunstâncias excepcionais concretamente avaliadas, a proteção da família prepondera em confronto com o interesse da Administração.

2. Servidora pública que ingressa no quadro de pessoal do STJ e seis meses depois se casa e, na mesma data, requer licença sem remuneração para juntar-se ao marido, servidor do Banco Central, que se encontra no exterior há dois anos cumprindo programa de pós-graduação.

3. A proteção da família se efetiva em face de um interesse familiar objetivamente evidenciado, capaz de justificar o afastamento do interesse geral e específico da Administração. Ausência de direito líquido e certo.

4. Parecer pela denegação da ordem.

(fl. 152)

A seguir, vieram-me os autos conclusos para julgamento

Relatei.

### VOTO

A Sr<sup>a</sup>. Ministra Eliana Calmon (Relatora): Entendo que não merece acolhida o pleito mandamental, diante da correção da decisão administrativa, como bem apreendido pelo Ministério Público Federal.

Toda a situação de fato trazida aos autos pela impetrante já existia antes de ter assumido ela o cargo que hoje ocupa neste Tribunal, visto que ao se casar com um noivo que já estava no exterior, atendendo a interesses pessoais, tinha ciência e consciência de que, para exercer o seu ofício, deveria permanecer no Brasil.

Sem que tenha surgido matéria fática nova ou excepcional, a servidora assume o cargo para depois colocar para a Administração um fato consumado e invocar a proteção à família, quando deveria partir dela própria o cuidado em não separá-la. Mesmo assim, assumiu a responsabilidade e as obrigações inerentes ao exercício de um cargo público.

Além do aspecto técnico invocado com pertinência pelo *Parquet*, destaco dois pontos:

1<sup>o</sup>) a servidora, sem ter ao menos cumprido estágio probatório, sem ter estabilidade e sem ter provado se está ou não apta para o exercício do cargo, pretende afastar-se para atender aos interesses dela e do marido, com os quais não há nenhum compromisso do Estado, diante da antecedência de situação; e

2<sup>o</sup>) caso seja deferido o pleito, o cargo da servidora ficará vago, por mais de dois anos, esperando a sua volta, sem que seja possível à Administração suprir a lacuna, quando se sabe que o Tribunal tem absoluta carência de mão-de-obra.

Com essas considerações, entendo inexistir na espécie direito líquido e certo, razão pela qual denego a segurança.

### **VOTO**

O Sr. Ministro Paulo Gallotti (Relator): Senhor Presidente, acompanho inteiramente o voto da Ministra Eliana Calmon, enfatizando também as circunstâncias fundamentais para o deslinde da questão, a meu ver, vale dizer, o fato de a impetrante ter casado depois de o noivo já estar no exterior e ter ingressado no Tribunal há menos de dois anos.

Denego a segurança.

### **VOTO VENCIDO**

O Sr. Ministro Francisco Peçanha Martins: Sr. Presidente, peço vênia, mas mantenho a decisão que proferi no Conselho de Administração. Essa jovem casouse, constituiu família e prestou concurso público para ingressar neste Tribunal. Essa jovem está se aprimorando a serviço da Nação. A Constituição assegura a proteção à família. A Nação quer a família fortalecida. No caso foi constituída com o casamento de jovens que se aprimoram para prestar melhores serviços ao povo, e a pretensão manifestada de permanecerem juntos, tem, a meu ver, o amparo do direito.

Concedo a segurança.

### **VOTO**

O Sr. Ministro Ari Pargendler: Sr. Presidente, a meu ver, o direito que a impetrante tinha era o de se situar no último lugar da lista. O que ela fez foi uma reserva de vaga, prejudicando o serviço público e o candidato que lhe seguia na ordem de classificação no concurso.

Denego a segurança, acompanhando o voto da Sr<sup>a</sup>. Ministra-Relatora.

### **VOTO**

O Sr. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito: Senhor Presidente, uma funcionária tem o direito de se ausentar sem vencimentos para acompanhar o marido. A tese central deve ser essa, porque o objetivo é exatamente o de preservar a família. O fato de não se encontrar ainda estável, porque no período de estágio probatório, a meu sentir, não impressiona, porque não pode ser uma restrição ao direito maior.

A questão particular do caso concreto é que o fato já havia ocorrido antes do ingresso da funcionária no Tribunal, ou seja, o marido já se encontrava no exterior,

e, mesmo assim, ela o deixou para fazer o concurso. Como salientou o Senhor Ministro Ari Pargendler, neste caso, evidentemente, a funcionária já sabia da circunstância que iria motivar o seu futuro pedido de afastamento, o que configura, no meu entender, uma possível reserva de vaga.

Essa peculiaridade, e só essa peculiaridade, leva-me a acompanhar o voto da eminente Ministra-Relatora pela denegação da ordem.

---