

MEDIDA CAUTELAR EM MANDADO DE SEGURANÇA 34.371 DISTRITO FEDERAL

RELATOR : MIN. TEORI ZAVASCKI
IMPTE.(S) : DILMA VANA ROUSSEFF
ADV.(A/S) : JOSÉ EDUARDO MARTINS CARDOZO E OUTRO(A/S)
IMPDO.(A/S) : PRESIDENTE DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NA QUALIDADE DE PRESIDENTE DO SENADO
PROC.(A/S)(ES) : ADVOGADO-GERAL DA UNIÃO

DECISÃO: 1. Trata-se de mandado de segurança, com pedido de liminar, impetrado por Dilma Vana Rousseff com o propósito original de impugnar ato atribuído ao Presidente deste Supremo Tribunal Federal, Ministro Ricardo Lewandowski, atuando na qualidade de Presidente do Senado em processo de *impeachment*, particularizado na decisão de pronúncia formalizada contra a impetrante no âmbito da Denúncia nº 1/16, tal como discutida e aprovada pelo Senado Federal no dia 10/8/16, em Sessão Deliberativa Extraordinária daquela Casa.

Antes, porém, de formalizada a distribuição da causa, a impetrante apresentou outra petição (pet./STF 48.636/16), para informar sobre equívoco de protocolo e, ato contínuo, demandar a substituição da inicial por outra peça, apresentada logo na sequência (pet./STF 48.678/16), esta direcionada contra ato praticado pelo Presidente do Senado Federal, na forma da Resolução 35, de 31/8/16, que, ao cabo de processo de *impeachment* desenvolvido nos autos da Denúncia nº 1/16, lhe aplicou a sanção de perda do cargo de Presidente da República, condenando-a “*como incursa, pela abertura de créditos suplementares sem a autorização do Congresso Nacional, no art. 85, inciso VI da Constituição Federal, e no art. 10, item 4 e art. 11, item 2, da Lei 1.079, de 1950, e pela realização de operações de crédito com instituição financeira controlada pela União, no art. 85, incisos VI e VII da Constituição Federal, no art. 10, itens 6 e 7 e no art. 11, item 3 da Lei 1.079, de 1950*”.

Segundo pondera esta segunda peça, o ajuizamento da ação mandamental busca fazer valer o direito da impetrante de “*ser processada dentro dos limites impostos pela Constituição e pela legislação pertinente, direito*

MS 34371 MC / DF

esse violado pelo ato coator que condenou a impetrante com base em dispositivos legais não recepcionados pela CF/88 e com base em fatos estranhos aos autorizados pela Câmara dos Deputados” (fls. 2/3). Não estaria em causa qualquer questão política ou “*interna corporis*”, a implicar rejuízo do mérito da condenação fixada pelo Senado Federal, mas apenas a apreciação da compatibilidade de normas da Lei 1.079/50, que definem os crimes de responsabilidade, com a Constituição Federal de 1988, além de ilegalidades de caráter processual, relativas à ampliação, por ato da Comissão Especial do *impeachment* formada no Senado Federal, do objeto de apuração autorizado pela Câmara dos Deputados.

Sublinha que o fato de o Senado Federal possuir competência para o julgamento do Presidente da República pela prática de crimes de responsabilidade não impede que o Supremo Tribunal Federal possa examinar a constitucionalidade das normas que descrevem os crimes de responsabilidade, pois esse aspecto constitui parte da moldura constitucional dentro da qual deve se situar a decisão política. Discorre, nesse sentido, a respeito da natureza híbrida – política e jurídica – do processo de *impeachment* na realidade jurídica brasileira, do que decorreria a necessidade de que as infrações puníveis por meio desse processo estivessem tipificadas em lei.

Acentua que, diferentemente do que sucede em outros países de cultura presidencialista, como os Estados Unidos da América, no Brasil os parâmetros jurídicos funcionam como balizas indispensáveis para evitar que o *impeachment* seja deflagrado por razões meramente políticas, como “*instrumento de barganha apto a degenerar ainda mais o já disfuncional presidencialismo de coalizão em vigor no Brasil*” (fl. 14). A decretação deste tipo de processo fora dos limites jurídicos é descrita como séria ameaça à consolidação da democracia no país, o que seria comprovado tanto pelo histórico de Presidentes da República que vieram a responder como réus após a Constituição de 1988, como pela possibilidade de proliferação de uso desse instrumento nos Estados-membros, tida como risco real em momento de queda de arrecadação e crise econômica e fiscal. Acrescenta que, diferentemente do que ocorre nos sistemas parlamentaristas, o

MS 34371 MC / DF

presidencialismo não contempla mecanismos de substituição da liderança exercida pelo Presidente da República por mera “moção de desconfiança”, sendo indispensável, para a destituição dessa autoridade, que lhe seja atribuída conduta grave e atentatória à Constituição, classificável como “crime de responsabilidade”. Tudo isso justificaria a promoção de diálogo institucional entre Legislativo e Judiciário na busca pela melhor interpretação das cláusulas constitucionais aplicáveis ao *impeachment*.

Feito este prólogo, a impetrante passou a impugnar basicamente dois aspectos do processo de *impeachment* concluído em seu detrimento, a saber, a tipificação, em abstrato, das condutas pelas quais respondeu e a capitulação adotada no relatório do Senado que embasou o ato de pronúncia. Quanto à tipificação, as críticas endossadas na inicial são as seguintes: (a) os crimes de responsabilidade “*contra a guarda e legal emprego dos dinheiros públicos*”, previstos no art. 11 da Lei 1.079/50, não teriam sido recepcionados pela Constituição Federal, pois, ao capitular crimes de responsabilidade, os incisos do seu art. 85 não teriam contemplado essa espécie de conduta, tal como o fazia a Constituição de 1946, no seu art. 89, VII, ausência esta que configuraria autêntica hipótese de *abolitio criminis*, tendo em vista o regime de reserva constitucional estrita para a definição de infrações desta natureza; e (b) o crime intitulado no item 4 do art. 10 da Lei 1.079/50, que preconiza ser crime de responsabilidade “*infringir, patentemente, e de qualquer modo, dispositivo da lei orçamentária*”, também não teria sido recepcionado pela ordem constitucional vigente, dada a excessiva abrangência do seu conteúdo, que seria atentatória ao princípio da legalidade e ao art. 85 da CF, permitindo o apenamento do Presidente da República por meras irregularidades, destituídas de maior significado.

Relativamente ao ato de pronúncia, argumentou-se que o Senador responsável pela elaboração do relatório que a embasou teria operado verdadeira alteração dos fatos imputados à Presidente da República (*mutatio libelli*) – e não somente uma alteração da classificação jurídica a eles atribuída (*emendatio libelli*) – em dois pontos. O primeiro deles

MS 34371 MC / DF

quando imputou à impetrante a conduta preconizada pelo art. 10, item 6, da Lei 1.079/50 (*“ordenar ou autorizar a abertura de crédito em desacordo com os limites estabelecidos pelo Senado Federal, sem fundamento na lei orçamentária ou na de crédito adicional ou com inobservância de prescrição legal”*), classificação jurídica estranha àquela originalmente enunciada pelos denunciantes ou da que foi aprovada pela Câmara dos Deputados, cuja narrativa apontaria para a irregular tomada de crédito pela União, e não abertura de crédito por uma instituição financeira, como se pretendeu explicar na seguinte passagem:

“82. Em nenhum momento se acusou a impetrante de ordenar ao Banco do Brasil ou autorizar abertura de crédito à própria União. Tampouco, em nenhum momento da instrução processual, surgiu menção a suposta conduta omissiva da Sra. Presidente da República especificamente dirigida à posição de garante ou de portadora de um dever jurídico especificamente voltado à atividade da instituição financeira.

83. Ao longo da instrução, a tentativa de produção probatória, de todo frustrada, se limitou a imputar uma suposta conduta ligada à realização de operação de crédito sob o enfoque dos supostos atrasos de pagamento da União ao Banco do Brasil.

84. Alterar o enfoque da narrativa acusatória para a realização de abertura de crédito implicaria na análise da existência de omissão relativamente à gestão da instituição financeira, o que não foi suscitado na acusação. A inclusão da acusação do art. 10, item 6 da Lei 1.079, de 1950, importa em atribuir à Impetrante um dever de garante da instituição financeira em relação à suposta abertura de crédito, e não mais simplesmente o dever de garante em face da operação de crédito da qual a União teria sido tomadora.”

A imputação de fatos entendidos como inéditos, sem facultar à defesa oportunidade de produção de prova, resultaria em violação à regra do art. 383 do CPP e também seria contrastante com os arts. 10 e 141

MS 34371 MC / DF

do CPC, demandando a anulação do julgamento a partir da decisão tomada no âmbito da Comissão Especial de *impeachment*, para elaboração de novo relatório, ou então para aplicação das providências estipuladas no art. 384 do CPP, em ordem a assegurar a vigência do princípio da ampla defesa.

Em seguida, sustentou que a imputação da conduta prevista no art. 10, item 7, da Lei 1.079/50 equivaleria a uma espécie de *mutatio libelli*, que também teria contaminado o julgamento. Nesse sentido, observa a impetrante que a denúncia originalmente apresentada na Câmara dos Deputados teria narrado que o atraso no pagamento de subvenções devidas pela União ao Banco do Brasil, no âmbito do Plano Safra, teria se transformado numa categoria de contrato de mútuo ou assemelhado, prática que seria vedada pela lei de responsabilidade fiscal. Pondera que os atrasos em questão somente seriam aqueles correspondentes ao ano de 2015, como decorrência do art. 86, § 4º, da Constituição Federal, razão pela qual operações anteriores foram excluídas das acusações contidas nos autos, e, particularmente, do relatório produzido na Câmara dos Deputados pelo Deputado Jovair Arantes. Este corte temporal, contudo, teria sido ignorado nas alegações finais dos denunciantes e incorporadas ao relatório do Senador Antonio Anastasia, que consideraram a responsabilidade da impetrante por saldar dívidas contraídas em anos anteriores a 2015, remontando até o exercício de 2008. Essa particularidade, realizada em desacordo com o art. 384 do CPP, também colidiria frontalmente com as garantias processuais da Constituição Federal (art. 5º, LIV e LV, da CF), além de quebrar a correlação entre acusação e a sentença.

Por entrever acentuada plausibilidade nessas alegações e ressaltando os riscos de dano que poderiam advir de questionamentos contra os atos do Presidente empossado, a impetrante requereu fosse deferida medida liminar de *“suspensão imediata dos efeitos do ato coator, consistente na decisão que condenou a Impetrante por crime de responsabilidade, com o conseqüente restabelecimento da situação de interinidade do Vice-Presidente da República, até o julgamento final do presente mandado de segurança”*. Ao final, a impetrante

MS 34371 MC / DF

postulou (a) a anulação do ato coator, de modo a invalidar a decisão do Senado Federal que a condenou no *impeachment*; (b) a declaração, *incidenter tantum*, de não recepção do art. 10, item 4, e art. 11 da Lei 1.079/50; e (c) a realização de novo julgamento da impetrante pelo Senado Federal, dessa vez com a exclusão dos dispositivos da Lei 1.079/50 cuja constitucionalidade é questionada e dos fatos que teriam sido acrescentados ao processo posteriormente ao recebimento da denúncia e à instauração do processo no Senado.

No mesmo dia da impetração, foi formulado novo pedido de aditamento da inicial, desta feita para requerer a cientificação da AGU, na condição de representante judicial da União, bem como o saneamento de erro material relativo à especificação, no pedido de letra “c”, dos dispositivos cuja inconstitucionalidade fora requerida.

2. Não há empecilho à substituição dos termos da petição inicial, porquanto promovida em momento anterior à autuação do caso, quando ainda nem mesmo definida a distribuição do processo.

3. Algumas premissas são importantes para nortear o exame do pedido de liminar, cujo deferimento supõe o concurso e a presença cumulativa de dois requisitos fundamentais: (a) a verossimilhança do direito supostamente violado; e (b) a demonstração da indispensabilidade da medida requerida para evitar a ocorrência de dano irreparável. O primeiro envolve juízo positivo de plausibilidade dos fundamentos e alegações da parte requerente, ou seja, de probabilidade de êxito da pretensão deduzida na demanda. Trata-se de juízo de natureza eminentemente provisório, até porque é realizado unicamente à luz do que foi apresentado na inicial, ou seja, à luz da versão unilateral da controvérsia apresentada pela parte autora. Considerada a natureza da presente demanda, cuja pretensão final é de anular julgamento de processo de *impeachment* de Presidente da República, de competência constitucional do Senado Federal, há, quanto ao exame do primeiro requisito, um importante limitador à intervenção jurisdicional, já

MS 34371 MC / DF

apontado em decisão por mim proferida no MS 34.193 (DJe de 13/5/16), em que se impugnava a autorização dada pela Câmara dos Deputados para abertura desse mesmo processo:

“2. Há duas circunstâncias que impõem limites ao âmbito da cognição judicial no presente mandado de segurança: o tipo do procedimento e a natureza da demanda nele promovida. Quanto à primeira (tipo do procedimento), tem-se aqui ação de rito especial e sumaríssimo que visa a tutelar “direito líquido e certo” violado ou ameaçado por ato de autoridade. Certeza, como se sabe, é predicado relacionado aos fatos da causa, sobre os quais não pode pairar dúvida e, portanto, hão de estar certificados nos autos com prova pre-constituída, inadmitida a dilação de outro meio probatório. É também cláusula típica do mandado de segurança o prazo decadencial de 120 dias (art. 23 da Lei 12.016/09), ao cabo do qual os eventuais atos lesivos já não mais poderão ser atacados por essa via processual.

A segunda circunstância que limita o controle jurisdicional é a natureza da demanda. Submete-se a exame do Supremo Tribunal Federal questão relacionada a processo por crime de responsabilidade da Presidente da República (*impeachment*), que, como se sabe, não é da competência do Poder Judiciário, mas do Poder Legislativo (art. 86 da CF). Sendo assim, não há base constitucional para qualquer intervenção do Poder Judiciário que, direta ou indiretamente, importe juízo de mérito sobre a ocorrência ou não dos fatos ou sobre a procedência ou não da acusação. O juiz constitucional dessa matéria é o Senado Federal, que, previamente autorizado pela Câmara dos Deputados, assume o papel de tribunal de instância definitiva, cuja decisão de mérito é insuscetível de reexame, mesmo pelo Supremo Tribunal Federal. Admitir-se a possibilidade de controle judicial do mérito da deliberação do Legislativo pelo Poder Judiciário significaria transformar em letra morta o art. 86 da Constituição Federal, que atribui, não ao Supremo, mas ao Senado Federal, autorizado pela Câmara dos Deputados, a competência para julgar o Presidente da República nos crimes

de responsabilidade. Por isso mesmo, é preciso compreender também que o julgamento, em tais casos, é feito por juízes investidos da condição de políticos, que produzem, nessa condição, votos imantados por visões de natureza política, que, conseqüentemente, podem eventualmente estar inspirados em valores ou motivações diferentes dos que seriam adotados por membros do Poder Judiciário.”

Além de trabalhar sob uma cognição acanhada dos elementos da demanda, o juízo cautelar aqui sediado também será necessariamente reservado na sua extensão material, porque não poderá pretender substituir aspectos de mérito do veredicto de *impeachment*, soberanamente definidos pelo Senado Federal. Assim, somente em hipótese extremada – em que demonstrada a existência, no processo de impedimento, de uma patologia jurídica particularmente grave – é que caberá uma intervenção precoce na decisão atacada.

4. No caso, em juízo de mera verossimilhança é possível verificar que as razões deduzidas na inicial realmente não veiculam pedidos que importem a reexame de aspectos de mérito da condenação materializada na Resolução 35/16. Busca-se, sim, questionar parâmetros de juridicidade que seriam judicialmente exigíveis qualquer que fosse o procedimento sancionatório tido por afitivo a direito líquido e certo, porque referentes (a) à constitucionalidade, em abstrato, de duas normas da Lei 1.079/50 que tipificam crimes de responsabilidade e (b) à iniciativa do Relator da Denúncia 1/16, o Senador Antonio Anastasia, de adequar, sem observância do art. 384 do Código de Processo Penal, a classificação jurídica de fatos imputados à impetrante no parecer que embasou a pronúncia perante o Senado Federal. Trata-se, como é de ver, de hipótese ordinária de controle judicial de processos estatais sancionatórios, que, para fins de conhecimento, não demanda considerações mais alongadas sobre o objeto da imputação de crime de responsabilidade.

5. Por outro lado, e ainda a propósito do requisito da

MS 34371 MC / DF

verossimilhança, a avaliação da natureza dos ilícitos que originam o processo de *impeachment* é crucial para a verificação da plausibilidade das teses enunciadas pela impetrante. É que, como preconizado em diferentes momentos da inicial, as infrações que podem resultar na instauração de um processo dessa gravidade institucional, dentro do presidencialismo praticado no Brasil, não são aquelas caracterizadas como meras irregularidades, que traduzam uma inflexão episódica da ordem administrativa, ou que possam ser satisfatoriamente contidas pela intervenção das demais instâncias de controle do poder público, sejam elas internas ou externas ao Poder Executivo.

Infrações desta categoria (= crimes de responsabilidade) inserem-se no campo das detrações constitucionais qualificadas, por força do enunciado do *caput* do art. 85 da CF, que os definiu como aqueles “que atentem contra a Constituição Federal”. O “atentado constitucional”, na verdade, é parte integrante e inalienável do conceito de crime de responsabilidade, cuja positivação, no entanto, é carente de complementação normativa. Foi bem por isso que o art. 85 da Constituição Federal cuidou de destacar os bens jurídicos que deveriam merecer especial prevenção e encomendou ao legislador federal (art. 85, § único) o desenvolvimento de figuras típicas constitutivas de crimes de responsabilidade, infrações essas que atualmente encontram previsão no corpo da Lei 1.079/50, com os acréscimos da Lei 10.028/00. Os artigos 5º a 11 da Lei 1.079/50 pormenorizam, na medida do possível, as condutas tidas como atentatórias aos bens jurídicos descritos nos incisos do art. 85 da CF, viabilizando com isso a individualização das infrações imputáveis às autoridades políticas a título de crime de responsabilidade.

Ocorre que a configuração, isoladamente, de uma das condutas previstas entre os arts. 5º e 11 da Lei 1.079/50, tampouco haverá de ser necessariamente suficiente para resultar na decretação do impedimento de um Presidente da República. A tipificação de um crime de responsabilidade deve capturar uma realidade que vai muito além da microdelinquência, para ser capaz de indicar um descompromisso grave com as responsabilidades inerentes ao cargo de Presidente da República,

MS 34371 MC / DF

refletindo uma aguda perturbação de bens jurídicos cardeais para o funcionamento da República e da Federação.

Justamente por isso, ela não deve mimetizar à risca a racionalidade aplicada nos domínios do direito penal, que exige um fechamento normativo mais estrito das condutas hipotetizadas pelos “tipos incriminadores”. O “tipo de responsabilidade”, diferentemente, deve ser capaz de clinicar uma espécie de realidade aumentada, provendo elementos que permitam uma imputação subjetiva com suficiente clareza da conduta, sem perder a sensibilidade para as consequências que decorreram deste ato para preceitos fundamentais da Constituição Federal, dentre os quais aqueles sediados nos incisos do art. 85 da CF. São estes os bens jurídicos imediatamente tutelados pelas normas que definem os crimes de responsabilidade e o processo de *impeachment*, o que torna inadequada a transposição acrítica, para esses institutos, do estreitamento dogmático que caracteriza os padrões jurídicos do direito penal, voltados à proteção de direitos pessoais fundamentais, notadamente os relacionados à liberdade de ir e vir.

6. É a partir dessas premissas que serão apreciadas as alegações da inicial. E, a despeito da eloquência com que foram formuladas, não desfrutam elas de plausibilidade necessária ao deferimento da medida cautelar requerida. Alega-se, primeiramente, que o ato coator não poderia ter condenado a impetrante nas infrações cominadas pelo artigo 11 da Lei 1.079/50, porque estariam eles a serviço da proteção de um bem jurídico específico – “*a guarda e legal emprego dos dinheiros públicos*” – os quais, ao contrário do que sucedia nas Constituições anteriores, não apareceram nos incisos correspondentes ao art. 85 da CF/88, o que equivaleria a uma espécie de *abolitio criminis*. Sem qualquer despreço pelas opiniões doutrinárias que endossam ponto de vista semelhante, essa assimetria de redação não é suficiente para resultar num juízo automático de não recepção das infrações enunciadas pelo art. 11 da Lei 1.079/50 pela CF/88. Em primeiro lugar porque o rol discernido nos incisos do art. 85, da CF, em que estão listados os bens jurídicos tutelados pela previsão de crimes

MS 34371 MC / DF

de responsabilidade, não vigora de forma taxativa, já que o próprio *caput* do dispositivo indica que eles seriam “especialmente” protegidos, mas não exclusivamente, conclusão comungada por parte significativa da doutrina (STRECK, Lenio L. *Comentário ao artigo 85*. In CANOTILHO, J. J. Gomes; MENDES, Gilmar F.; SARLET, Ingo W.; STRECK, Lenio (Coords.) “Comentários à Constituição do Brasil”, São Paulo: Saraiva/Alamedina, 2014, p. 1.287; MORAES, Alexandre. *Direito constitucional*. 32 ed. São Paulo, Atlas, 2016, p. 512; BRINDEIRO, Geraldo. *Comentário aos arts. 85 e 86*. In BONAVIDES, Paulo; MIRANDA, Jorge; e AGRA, Walber de Moura. “Comentários à Constituição Federal de 1988”. Rio de Janeiro, Forense, p. 1.181). E não parece que a Constituição Federal tenha sido negligente em tutelar a aplicação dos recursos do erário quando ela mesmo incorpora uma analítica disciplina a respeito da gestão responsável das finanças públicas (arts. 164 a 167).

Aliás, a proteção constitucional a esse interesse público resultou na promulgação da Lei 10.028/00, que, entre outras disposições, determinou fossem acrescentados ao art. 10 da Lei 1.079/50 os itens 5 a 12, que passaram a prever crimes de responsabilidade absolutamente semelhantes àqueles que constam do art. 11 do mesmo diploma, como se pode conferir do cotejo entre ambos os dispositivos:

Art. 10. São crimes de responsabilidade contra a lei orçamentária:

(...)

5) deixar de ordenar a redução do montante da dívida consolidada, nos prazos estabelecidos em lei, quando o montante ultrapassar o valor resultante da aplicação do limite máximo fixado pelo Senado Federal; (Incluído pela Lei nº 10.028, de 2000)

6) ordenar ou autorizar a abertura de crédito em desacordo com os limites estabelecidos pelo Senado Federal, sem fundamento na lei orçamentária ou na de crédito adicional ou com inobservância de prescrição legal; (Incluído pela Lei nº 10.028, de 2000)

7) deixar de promover ou de ordenar na forma da lei, o

MS 34371 MC / DF

cancelamento, a amortização ou a constituição de reserva para anular os efeitos de operação de crédito realizada com inobservância de limite, condição ou montante estabelecido em lei; (Incluído pela Lei nº 10.028, de 2000)

Art. 11. São crimes contra a guarda e legal emprego dos dinheiros públicos:

1 - ordenar despesas não autorizadas por lei ou sem observância das prescrições legais relativas às mesmas;

2 - Abrir crédito sem fundamento em lei ou sem as formalidades legais;

3 - Contrair empréstimo, emitir moeda corrente ou apólices, ou efetuar operação de crédito sem autorização legal;

4 - alienar imóveis nacionais ou empenhar rendas públicas sem autorização legal;

5 - negligenciar a arrecadação das rendas impostos e taxas, bem como a conservação do patrimônio nacional.

Não fosse isso o bastante, cumpre ter presente que o bem jurídico protegido pelo art. 85, VI - “a lei orçamentária” -, não constitui figurino inflexível a ponto de excluir do seu âmbito de proteção dispositivos que sejam pertinentes à aplicação dos recursos públicos, que nada mais é do que a execução do orçamento. O preceito não pode ser lido com viés excessivamente reducionista, como se buscasse unicamente o cuidado com documento único, a lei orçamentária anual, mas como disciplina genérica de programação dos gastos públicos. Nesse sentido, é evidente que condutas como “ordenar despesas (...) sem observância das prescrições legais” (item 1 do art. 11); “abrir crédito sem fundamento em lei ou formalidades legais” (item 2); “contrair empréstimo (...) sem autorização legal” (item 3); “alienar imóveis (...) sem autorização legal” (item 4), todos do art. 11 da Lei 1.079/50, particularizam condutas inevitavelmente atentatórias ao orçamento público, que nada mais é do que pressuposto formal de autorização de gastos públicos. Há, portanto, um conjunto de fatores que militam no sentido da recepção do art. 11 da Lei 1.079/50 pela

MS 34371 MC / DF

Constituição Federal de 1988.

A tese seguinte questiona a recepção, pela ordem constitucional vigente, da norma preconizada pelo item 4 do art. 10 da Lei 1.079/50, que considera crime de responsabilidade a conduta de *“infringir, patentemente, e de qualquer modo, dispositivo da lei orçamentária”*, sob o argumento de que ela seria excessivamente abrangente, possibilitando a punição de infrações menores, incapazes de configurar atentados contra a Constituição. O raciocínio desenvolvido nesse particular também é insubsistente. A tipificação de crimes de responsabilidade não está submetida aos mesmos rigores encontrados no domínio do direito penal. Desde que o núcleo central do tipo permita a imputação subjetiva de uma determinada conduta infracional, admite-se que os “tipos de responsabilidade” trabalhem com elementos descritivos mais abertos, incluindo o recurso a condutas equiparadas.

A função dos tipos enunciados pela Lei 1.079/50 está justamente em viabilizar a aferição objetiva do nexo de pertencimento entre a conduta do agente político e os valores protegidos pelos incisos do art. 85 da CF. Trata-se de construção semelhante à que se verifica no campo da tipicidade de improbidade administrativa de que trata a Lei 8.429/92, cujas infrações conjuminam uma realidade delitiva ambidestra, pertinente não apenas ao descumprimento de um dever funcional exigível dos agentes públicos, mas também contrastante de um contexto de moralidade pública especialmente protegido pelo ordenamento. Reproduzo, pela semelhança com a questão aqui debatida, o que, propósito desse diploma normativo, registrei em sede doutrinária:

“Na tipificação dos ilícitos, a Lei utilizou a técnica de descrição do núcleo central do tipo, seguida de especificações exemplificativas de condutas nele enquadráveis. O rol expressamente não exaustivo de condutas especificadas de modo algum compromete o princípio da tipicidade: o tipo está suficientemente descrito no caput de cada um dos dispositivos tipificadores (arts. 9º, 10 e 11 da Lei). Assim, embora esteja aberta a possibilidade de existirem outras condutas além das

descritas nos vários incisos de cada um daqueles dispositivos, a tipicidade, em qualquer caso, supõe necessariamente a adequação da conduta ao núcleo central do tipo, previsto no caput. A norma, sob esse aspecto, não dá margem a qualquer interpretação ampliativa do tipo, nem permite juízos discricionários a respeito da matéria. Embora a Lei se utilize, em certos casos, de conceitos abertos, cujo conteúdo indeterminado carece de preenchimento valorativo, tal técnica não é incompatível com o princípio da tipicidade. O próprio Código Penal lança mão de termos semelhantes. Não se pode dizer que a Lei 8.429/92, sob esse aspecto, se tenha valido de técnica diferente da utilizada, por exemplo, na tipificação do estelionato: “Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento” (CP, art. 171). O mesmo se pode dizer em relação aos crimes praticados por funcionários públicos contra a Administração, como, por exemplo, o de concussão (“Exigir, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida” - CP, art. 316) e o de corrupção passiva (“Solicitar ou receber, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumi-la, mas em razão dela, vantagem indevida, ou aceitar promessa de tal vantagem” - CP, art. 317). A margem de indeterminação desses tipos penais não é diferente da utilizada pela Lei de Improbidade Administrativa.

A necessária vinculação do ilícito ao princípio da tipicidade estrita permite uma definição bem objetiva e pragmática do ato de improbidade administrativa, para efeito da Lei 8.429/92: considera-se como tal qualquer conduta enquadrável no núcleo central dos tipos descritos nos arts. 9º, 10 e 11 da referida Lei, de que são exemplo as especificadas em seus diversos incisos.” (ZAVASCKI, Teori Albino. *Processo coletivo: tutela de direitos coletivos e tutela coletiva de direitos*. 5ª ed. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, pp. 102-103)

MS 34371 MC / DF

Essa compreensão reforça o sentido da configuração holística da tipificação dos crimes de responsabilidade. A especificação verbal das condutas vedadas pela lei especial que prevê os crimes de responsabilidade deve ser tal que permita a previsibilidade ao agente político, mas não prescinde da demonstração das graves repercussões do fato delituoso para a higidez dos valores fundamentais abrigados pelo sistema constitucional. No caso do processo de *impeachment* em exame, as condutas supostamente violadoras da lei orçamentária atribuídas à impetrante foram suficientemente individualizadas no processo, na forma da abertura de créditos suplementares mediante quatro Decretos não numerados editados em 2015, em valores que perfazem total superior a 57 bilhões de reais. Além de vedada pelo art. 10, item 4, da Lei 1.079/50, tal prática também encontra objeção incisiva no art. 167, V, da própria Constituição, que proíbe “a abertura de crédito suplementar ou especial sem prévia autorização legislativa e sem indicação dos recursos correspondentes”.

Não concorre, também no ponto, a plausibilidade necessária à concessão da cautelar. Até porque, mesmo que se pudesse atribuir relevância ao argumento de inconstitucionalidade do tipo previsto no art. 10, item 4, da Lei 1.079/50, isso não seria suficiente para determinar a concessão da cautelar, uma vez a condenação da impetrante está amparada na configuração de outros delitos.

7. Os demais argumentos vertidos pela impetrante exploram a tese de que, ao concluir o relatório que sustentou a decisão de pronúncia, o relator, Senador Antonio Anastasia, teria, sob o pretexto de alterar a classificação jurídica da imputação, acrescentado novos elementos de fato à acusação, sem conferir à defesa a possibilidade de sobre eles se manifestar.

Mas não há, também quanto a essas alegações, a consistência jurídica minimamente necessária para justificar um provimento cautelar. Num primeiro momento, sustentou-se que, ao adotar aplicar a capitulação prevista no art. 10, item 6 da Lei 1.079/50 - que considera crime de responsabilidade as condutas de “ordenar ou autorizar a abertura de crédito

MS 34371 MC / DF

em desacordo com os limites estabelecidos pelo Senado Federal, sem fundamento na lei orçamentária ou na de crédito adicional ou com inobservância de prescrição legal” -, a decisão de pronúncia teria atribuído à impetrante responsabilidade por operação típica de instituição financeira, incompatível com a narrativa da inicial acusatória, que teria identificado um crédito irregularmente tomado pela União. Nas palavras da impetrante:

“A descrição legal da suposta conduta da Sra. Presidenta emprega os verbos ordenar ou autorizar a abertura de crédito. Cuidar-se-ia, segundo o relatório do Senador Antonio Anastasia, de modalidade de *‘omissão imprópria dolosa’*. Ocorre que os verbos destacados são relacionados à ação ou omissão incidente na atividade bancária. Trata--se de *‘abertura de crédito’*, ato próprio da instituição financeira: não da União, que, segundo as imputações constantes da inicial, seria tomadora do crédito! Quem abre o crédito é a instituição financeira.”

Partindo do pressuposto, que aqui se adota em benefício da impetração, de que juízo sobre esse tema integra os limites do controle jurisdicional sobre o processo de *impeachment*, não parece assistir razão ao argumento. Afinal, o art. 10 da Lei 1.079/50 não sujeita à sua incidência qualquer agente público que esteja no desempenho deste tipo de função, submetendo apenas os agentes políticos responsáveis pela administração superior do Poder Executivo. Se o crime de responsabilidade em questão exigisse que o seu sujeito passivo estivesse investido em cargo de gestão de instituição financeira, seria ele de eficácia absolutamente nula. Evidentemente que não é esse o propósito da norma. É relevante anotar, aliás, que a lei federal responsável pela sua inclusão entre os crimes de responsabilidade aplicáveis a Presidente da República e a Ministros de Estado – a Lei 10.028/00 – também incluiu um capítulo no Código Penal, destinado à tutela das finanças públicas, que, entre outras disposições, instituiu o crime assim enunciado:

MS 34371 MC / DF

Art. 359-A. Ordenar, autorizar ou realizar operação de crédito, interno ou externo, sem prévia autorização legislativa:" (AC)

"Pena – reclusão, de 1 (um) a 2 (dois) anos." (AC)

"Parágrafo único. Incide na mesma pena quem ordena, autoriza ou realiza operação de crédito, interno ou externo:" (AC)

"I – com inobservância de limite, condição ou montante estabelecido em lei ou em resolução do Senado Federal;" (AC)

"II – quando o montante da dívida consolidada ultrapassa o limite máximo autorizado por lei." (AC)

Trata-se de delito penal cujos elementos típicos são inegavelmente assemelhados àqueles descritos pela norma do art. 10, item 6, da Lei 1.079/50. E, segundo amplamente sustentado pela doutrina penal, tem como sujeitos passivos autoridades do alto escalão do Poder Executivo Federal, como exemplifica o magistério de Régis Luís Prado:

“(...) podem figurar como sujeitos ativos do delito de contratação de operação de crédito os chefes do Poder Executivo da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios (presidente da República, governadores e prefeitos, respectivamente) e todos os demais dirigentes dos órgãos da administração direta, fundos, autarquias, fundações e empresas estatais dependentes (delito especial próprio).” (PRADO, Luiz Regis. *Comentários ao Código Penal*, 10ª e., São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, p. 1025)

Ora, se o crime do art. 359-A do CP pode perfeitamente ser imputado a agentes políticos, com muito maior razão as condutas da Lei 10.028/00 podem sê-lo. De mais a mais, ambas as normas infracionais – tanto aquela relativa ao crime de responsabilidade, como a que estabelece o delito penal – possuem como razão de ser a reprovação de condutas de teor dissimulatório, equiparáveis à abertura de crédito por interpretação extensiva, mediante a aplicação, por exemplo, da norma do art. 29, III, da

MS 34371 MC / DF

Lei Complementar 101/00. Nesse sentido, o relatório que embasou a denúncia apontou que *“a discussão em torno da natureza jurídica da operação é irrelevante, já frisamos neste Relatório, pois se estaria considerando a forma mais importante que a essência”* (fl. 148). Portanto - e ressaltando mais uma vez que não se está fazendo juízo sobre a veracidade ou não dos fatos imputados-, é vazia de sentido a alegação de que haveria acréscimo de imputação pelo fato de se ter responsabilizado a impetrante por abrir/ordenar créditos, e não por tomá-los indevidamente. O que se tem, no ponto, são perspectivas opostas sobre uma única e mesma série narrativa.

Tampouco se visualiza relevância suficiente na última alegação encampada pela inicial, que considera ter o relatório da pronúncia formalizado espécie de *mutatio libelli* no tocante à imputação do crime de responsabilidade do art. 10, item 7, da Lei 1.079/50, tendo em vista as menções feitas a dívidas não salgadas em período anterior a 2015. De fato, a denúncia autorizada pela Câmara dos Deputados não consignou, dentre os fatos imputados, mais do que a contratação de operações de crédito entre a União e o Banco do Brasil realizadas no ano de 2015. Diferentemente, a parte conclusiva do relatório de pronúncia no Senado faz referências a atos praticados em anos anteriores. Essas considerações, contudo, foram formuladas para demonstrar que os atos praticados pela impetrante não representaram mera reprodução de uma prática administrativa tolerável, mas como o clímax negativo de um modelo de subvencionamento, já questionável desde 2008, que tornou-se completamente insustentável e temerário para o Estado brasileiro. É como ficou registrado no seguinte excerto:

“Importante frisar que este processo não trata de manobras fiscais que teriam sido igualmente executadas em governos anteriores. A partir de 2014, pela primeira vez, desde a edição da LRF, decretos de suplementação de crédito foram editados sem compatibilidade com a meta fiscal. Pela primeira vez, em situação iniciada a partir de 2009, operações de crédito ilegais com instituições financeiras controladas saíram da

situação de atrasos operacionais aceitáveis e curtos para a situação de atrasos sistemáticos e longos, a ponto de envolverem cifras bilionárias em progressão significativa, expondo a saúde fiscal do Estado a risco concreto. E, como decorrência, pela primeira vez, sob a Constituição em vigor, o Presidente da República teve a recomendação de rejeição de suas contas pelo TCU, em decisão unânime de seus Ministros. São essas as razões pelas quais a atual Presidente da República, e não os governantes anteriores, está sendo responsabilizada perante o Congresso Nacional.” (fl. 251)

Mais uma vez é necessário frisar que, pelo extrato essencialmente político dos crimes de responsabilidade, a projeção atentatória à Constituição Federal, exigida pelo art. 85, *caput*, não se depreenderá, no mais das vezes, do ato unitariamente imputado ao acusado, mas da desenvoltura negativa que ele adquire no contexto de governança global da Administração Pública. Daí a doutrina afirmar que, se por vezes “o crime de responsabilidade pode configurar-se em ato singular e perfeitamente limitado em um momento do tempo, por outras, quiçá mais numerosas que as primeiras, será possível e necessário investigar toda uma política pública, implementada para uma área específica da Administração, a fim de determinar a ocorrência, ou não, do atentado à Constituição, cuja defesa é garantia primordial de toda a sociedade” (STRAUS, Flávio Augusto Saraiva. *A tipicidade dos crimes de responsabilidade do Poder Executivo enquanto defesa da Constituição no exercício da função administrativa*. In “Cadernos de Direito Constitucional e Política”, ano 5, n. 20, jul/set 1997, p. 190).

No mais, cumpre consignar que a defesa da impetrante teve iterativas oportunidades para contradizer as teses da acusação, que enxergaram nos atos especificamente identificados na denúncia uma acentuada gravidade delitiva em relação a práticas de subvencionamento preexistentes no governo federal. Nesse sentido, consta do parecer aprovado pela Comissão Especial do impeachment (item 2.2.2.1 do relatório, fls. 55/63), tópico dedicado a refutar a tese defensiva de que a imputação configuraria um expediente ilegítimo de “criminalização da

MS 34371 MC / DF

política fiscal” (item 2.2.2.1 do relatório, fls. 55/63). Além disso, a sentença lavrada ao final do processo de impedimento pelo Min. Ricardo Lewandowski revela que, durante a fase de interrogatório, que teve mais de 11 (onze) horas de duração, a acusada respondeu a 48 (quarenta e oito) perguntas de Senadores, muitas das quais abordaram a análise dos atos imputados em sua relação com a política fiscal do país. Isso significa que a defesa também pode produzir suas próprias análises sobre o significado conjuntural de cada um dos decretos e atrasos de pagamento narrados na acusação, com argumentos que, todavia, não lograram convencer a maioria necessária dos membros do colegiado julgador, que, repita-se, é o Senado Federal. E, à minguada da caracterização de prejuízo real para a formulação da defesa, também a tese final se mostra desfalcada da relevância necessária para vingar liminarmente.

8. Ante o exposto, e sob a consideração desses elementos, que denotam a ausência de plausibilidade jurídica do pedido, indefiro a liminar pleiteada. Solicitem-se informações, procedendo-se aos demais atos previstos no art. 7º, I e II da Lei 12.016/09. Dê-se vista, oportunamente, ao Procurador-Geral da República.

Publique-se. Intime-se.

Brasília, 8 de setembro de 2016.

Ministro TEORI ZAVASCKI

Relator

Documento assinado digitalmente