SENADO FEDERAL

OFÍCIO
Nº S/29, DE 2004

À Comissão de
CONST. JUSTIÇA E CIDADANIA
(Decisão Terminativa)

Em 1/12/2004

Of. nº 147-P/MC

Brasília, 18 de novembro de 2004.

INQUÉRITO Nº 1915
AUTOR: Ministério Público Federal
INDICIADO: Tarso Fernando Herz Genro

Senhor Presidente,

Encaminho a Vossa Excelência, para os efeitos do artigo 52, inciso X, da Constituição Federal, cópia do acórdão proferido no inquérito mencionado, mediante o qual o Plenário desta Corte declarou a inconstitucionalidade do artigo 96 da Lei Orgânica do Município de Porto Alegre/RS.

Seguem, também, cópia da referida legislação, do parecer da Procuradoria-Geral da República e da certidão de trânsito em julgado do acórdão, cuja publicação ocorreu no Diário da Justiça de 28 de outubro de 2004.

Atenciosamente,

NELSON JOBIM - PRESIDENTE

A Suá Excelência o Senhor
Senador JOSÉ SARNEY
Presidente do Senado Federal

LEI ORGÂNICA DE PORTO ALEGRE

Art. 90 – O Prefeito e o Vice-Prefeito tomarão posse em sessão da Câmara Municipal, prestando o compromisso de cumprir a Lei Orgânica e as Constituições Federal e Estadual, defendendo a justiça social e igualdade dos munícipes.

§ 1º - Se, decorridos dez dias da data fixada para a posse, o Prefeito ou o Vice-Prefeito, salvo motivo de maior, não tiver assumido o cargo, este será declarado vago.

□ *Parágrafo renumerado pela Emenda à Lei Orgânica nº 16, de 20 de outubro de 2000.*

§ 2º - Empossado, o Prefeito Municipal deverá, num prazo de 30 (trinta) dias enviar à Câmara Municipal de Porto Alegre documento firmado contendo as propostas de governo apresentadas durante o período eleitoral

□ *Paragrafo incluído pela Emenda à Lei Orgânica nº 16, de 20 de outubro de 2000.*

SEÇÃO VI

Da Responsabilidade do Prefeito

Art. 96 – São crimes de responsabilidade os atos do Prefeito que atentem contra a Lei Orgânica, as Constituições Federal e Estadual, e especialmente contra:

I – a existência do Município;

II – o livre exercício da Câmara Municipal;

III – o exercício de direitos políticos, individuais e sociais;

IV – a probidade da administração;

V – a lei orçamentária;

VI – o cumprimento das leis e decisões judiciais;

VII – o livre funcionamento dos conselhos populares.

Art. 183 – O Município nunca aplicará menos de trinta por cento da receita resultante de impostos, nela compreendida a proveniente de transferências da União e do Estado, na manutenção e desenvolvimento do ensino público municipal.

§ 1º – O montante mínimo de doze por cento de todos os recursos destinados à educação será aplicado na educação especial dirigida aos alunos portadores de deficiência física, sensorial, mental ou múltipla, aos superdotados e aos talentosos.

§ 2º – O Município promoverá, no mínimo trimestralmente, transferência de verbas às escolas públicas municipais, garantindo-lhes autonomia de gestão financeira, através de sua competência para o ordenamento e execução de gastos rotineiros de manutenção e custeio.

□ *Ver Decreto nº 11600/96.*

19/803

Parecer n.º 18.443/GB

INQUÉRITO N.º 1.915-1/140 – RS

RELATOR: *EXMO. SR. MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE*

AUTOR: *MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL*

INDICIADO: *TARSO FERNANDO HERZ GENRO*

EXCELENTÍSSIMO SENHOR MINISTRO RELATOR.

Trata-se de *notitia criminis* apresentada por JOÃO CARLOS CAVALHEIRO NEDEL, vereador do município de Porto Alegre – RS, em face dos ex-prefeitos de Porto Alegre TARSO GENRO e RAUL PONT, sendo que hoje o primeiro ocupa o cargo de Secretário Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, imputando-lhes a prática de crimes de responsabilidade previstos no Decreto-lei n.º 201/67 e na Lei Orgânica municipal.

2. Assevera o noticiante que o município de Porto Alegre, nos exercícios financeiros de 1996, 1997, 1998, 1999 e 2000, apresentou índices de investimento na manutenção e desenvolvimento do ensino inferiores a 30 (trinta) por cento, o que contraria, pois, os ditames das normas financeiras municipais.

3. A *notitia criminis* foi inicialmente endereçada ao Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Porém, vislumbrando o *forum attractionis* do Colendo Supremo Tribunal Federal, para processar e julgar eventual crime cometido pelo noticiado, em virtude do cargo por ele ocupado atualmente, houve por bem o MM. Juízo da 7.ª Vara Criminal de Porto Alegre–RS em remeter os autos a esse Excelso Pretório, conforme despacho de fls. 37.

4. Distribuído o feito a Vossa Excelência, vieram os autos a esta Procuradoria-Geral da República para manifestação.

5. De saída, cumpre reconhecer a competência dessa Suprema Corte para apreciar o presente feito.

6. O cargo de Secretário Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, ora ocupado pelo noticiado, foi previsto e regulado na Medida Provisória n.º 103, de 1.º de Janeiro de 2003, que dispõe sobre a Organização da Presidência da República e dos Ministérios. Especificamente sobre o cargo ocupado pelo noticiado, assim prevê o diploma legal:

> *"Art. 38. São criados os cargos de natureza especial de Secretario Especial do Conselho de Desenvolvimento Econômico e Social, de Secretário Especial de Aqüicultura e Pesca, de Secretário Especial dos Direitos Humanos e de Secretário Especial de Politicas para as Mulheres da Presidência da República.*
> *§ 1º Os cargos referidos no caput terão prerrogativas, garantias, vantagens e direitos equivalentes aos de Ministro de Estado.*
> *§ 2º A remuneração dos cargos referidos no caput é de R$ 8.280,00 (oito mil duzentos e oitenta reais)."*

7. A equiparação do cargo de Secretário Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social ao de Ministro de Estado atrai à espécie o preceito insculpido no art. 102, inciso I, alínea "c", da Constituição Federal. Em caso símile ao dos autos, mas que cuidava do cargo de Advogado-Geral da União, assim decidiu o Colendo Supremo Tribunal Federal, *verbi gratia:*

> *"Foro especial em razão da função (status de Ministro de Estado). Competência para processo e julgamento de Advogado-Geral da União, tendo em vista a edição da Medida Provisória 2.049-22, de 28-8-2000, que transforma o mencionado cargo de natureza especial em cargo de ministro de Estado, atraindo, portanto, a incidência do art. 102, I, c, da CF."*
>
> (Notícia referente ao julgamento do Inq 1660/DF Questão de ordem – J. 06.09.2000 – Rel. Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE – veiculada no Informativo STF n.º 201)

8. Logo, competente é o Colendo Supremo Tribunal Federal para conduzir o presente apuratório e julgar eventual ação penal com base nele ajuizada, por força do art. 102, inciso I, "c", da Carta Maior.

9. Ainda em sede preliminar, convém salientar que a presente análise circunscreve-se aos fatos imputados ao então Prefeito TARSO GENRO, pois, relativamente ao noticiado RAUL PONT, que ora ocupa o cargo de Deputado Estadual – como bem observado pelo órgão do Ministério Público estadual e pelo Magistrado de 1.ª instância, que acolheu a manifestação do *Parquet* estadual – a competência para

análise de eventual delito a ele imputado é do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, nos termos do art. 95, inciso XI, da Constituição estadual gaúcha. Não foi por outra razão foi determinada a remessa de cópia integral dos autos àquela Corte Estadual (fls. 37).

10. Impende ressaltar que a espécie não guarda sequer hipótese de conexão, tal como prevista no art. 76, do Código de Processo Penal. Outrossim, entre os fatos imputados aos noticiados não há continência, como prevista no art. 77, do Código de Processo Penal, pois não se cuida de imputar o mesmo fato delituoso a ambos os noticiados.

11. Logo, não se afigura o chamado *forum attractionis* do Colendo Supremo Tribunal Federal para apreciar a imputação desfavorável ao ex-Prefeito RAUL PONT, razão pela qual o presente exame cingir-se-á à apreciação dos fatos imputados ao hoje Secretário Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social.

12. Após detida análise dos autos, e já avançando ao mérito das imputações deduzidas nestes autos, não se vislumbra viabilidade na promoção da *persecutio criminis*.

13. Os fatos narrados amoldam-se, em tese, às condutas descritas no art. 96, inciso VI, da Lei Orgânica de Porto Alegre, e no art. 1.°, inciso V, do Decreto-lei n.° 201/67.

14. A imputação de prática de crime de responsabilidade previsto em Lei Orgânica Municipal merece particular atenção nestes autos. Assim prevê o art. 96 da Lei Orgânica de Porto Alegre – RS, *verbis*:

> *"Art. 96 – São crimes de responsabilidade os atos do Prefeito que atentem contra a Lei Orgânica, as Constituições Federal e Estadual, e especialmente contra:*
> *I – a existência do Município;*
> *II – o livre exercício da Câmara Municipal;*
> *III – o livre exercício de direitos políticos, individuais e sociais;*
> *IV – a probidade da administração;*
> *V – a lei orçamentária;*
> *VI – o cumprimento das leis e decisões judiciais;*
> *VII – o livre funcionamento dos conselhos populares."*

15. O Colendo Supremo Tribunal Federal, em reiteradas ocasiões, tem entendimento firme ao entender a competência para previsão de crimes de responsabilidade como de exclusividade da União, nos termos do art. 22, inciso I, da Carta Política.

16. Os argumentos deduzidos nas notícias dos seguintes julgados obviam maiores considerações, *verbis*:

> *"Crime de responsabilidade: Competência*
> *Por ofensa à competência privativa da União Federal para legislar sobre direito processual (CF, art. 22, I), o Tribunal conheceu, em parte, da ação direta requerida pelo Governador do Estado do Mato Grosso e, nessa parte, julgou-a procedente para declarar a inconstitucionalidade do art. 2º do Decreto Legislativo 2.841/92, promulgado pela Assembléia Legislativa do mesmo Estado, que tipificava crime de responsabilidade. Não se conheceu da ação quanto ao art. 1º do referido Decreto Legislativo, que susta a realização de licitação pública convocada pelo Estado, ante a ausência de conteúdo normativo do mesmo. Precedentes citados: ADInMC 307-CE (DJU de 28.9.90) e ADInMC 102-RO (DJU 17.11.89). ADIn 834-MT, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 18.2.99."*
> (Notícia veiculada no Informativo n.º 138 do STF)

> *"Crime de Responsabilidade e Competência*
>
> *Por aparente ofensa à competência legislativa da União para definir os crimes de responsabilidade (CF, art. 85, VI, parágrafo único), o Tribunal deferiu medida cautelar em ação direta requerida pelo Governador do Estado de Rondônia para suspender, com efeitos ex tunc, a eficácia do § 3º do art. 136-A, da Constituição do mesmo Estado, na redação dada pela EC 21/2001 (§ 3º: "A não execução da programação orçamentária decorrente de emendas de parlamentares, implica crime de responsabilidade, previsto no artigo 66, inciso V."). Precedentes citados: ADI (MC) 1.628-SC (RTJ 166/147); ADI (MC) 1889-RO (DJU de 18.5.2001). ADI (MC) 2.592-RO, rel. Min. Sydney Sanches, 3.10.2002. (ADI-2592)"*
> (Notícia veiculada no Informativo n.º 284 do STF)

> *"Crime de Responsabilidade: Matéria Penal*
> *Continuando o julgamento acima mencionado, o Tribunal, por maioria, entendendo que os crimes de responsabilidade configuram matéria penal e não política, declarou a inconstitucionalidade da expressão "sob pena de crime de responsabilidade" contida no § 2º do referido art. 162 da Constituição do Estado de Minas Gerais, por ofensa à competência privativa da União para legislar sobre direito penal (CF, art. 22, I). Vencido, neste ponto, o Min. Marco Aurélio,*

que entendia ser cabível a distinção entre crime de responsabilidade e crime disciplinado pelo Direito Penal, não vislumbrando na competência exclusiva da União a inserção da disciplina do crime de responsabilidade. ADI 1.901-MG, rel. Min. Ilmar Galvão, 3.2.2003. (ADI-1901)"
(Notícia veiculada no Informativo n.º 296 do STF)

17. As ementas dos julgados proferidos em ações diretas de inconstitucionalidade, igualmente, trazem preciosas lições acerca do tema, como se vê dos seguintes arestos:

"ESTADO DE MINAS GERAIS – PARÁGRAFOS 1º E 2º DO ARTIGO 162 DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL, COM A REDAÇÃO QUE LHE DEU A EMENDA Nº 31, DE 30.12.97 – Plausibilidade da tese da inconstitucionalidade de ambos os dispositivos, o primeiro por implicar restrição à competência do Chefe do Poder Executivo para exercer, com seus auxiliares, a direção superior de Administração Estadual (art. 84, II, da CF); e o segundo, por configurar interferência do legislador estadual na esfera de competência privativa da União (art. 22, I), ao definir nova hipótese de crime de responsabilidade. Concorrência dos pressupostos autorizadores da medida cautelar. Suspensão, ex nunc, da eficácia do primeiro dispositivo, por inteiro, e do segundo, quanto à expressão, "sob pena de crime de responsabilidade", contida na parte final de seu texto. Cautelar parcialmente deferida."

(STF – ADIMC 1901 – TP – Rel. Min. ILMAR GALVÃO – DJU 01.09.2000 – p. 105)

"CRIME DE RESPONSABILIDADE – DEFINIÇÃO – RESERVA DE LEI – Entenda-se que a definição de crimes de responsabilidade, imputáveis embora a autoridades estaduais, é matéria de Direito Penal, da competência privativa da União – como tem prevalecido no Tribunal – ou, ao contrário, que sendo matéria de responsabilidade política de mandatários locais, sobre ela possa legislar o Estado-membro – como sustentam autores de tomo – o certo é que estão todos acordes em tratar-se de questão submetida à reserva de lei formal, não podendo ser versada em decreto-legislativo da Assembléia Legislativa."
(STF – ADI 834 – TP – Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE – DJU 09.04.1999 – p. 2)

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE – Dispositivos da Lei n.º 657, de 10 de junho de 1996, do Estado de Rondônia, que define crimes de responsabilidade e dispõe sobre seus efeitos, bem como disciplina seu processo e julgamento. Pedido de liminar. – Esta Corte, ainda recentemente, ao julgar pedido de liminar na ADIN 1628, de que é relator o eminente Ministro Nelson Jobim, salientou

> *que "a definição de crimes de responsabilidade e a regulamentação do processo e do julgamento são de competência da União" (Constituição Federal, art. 85, parágrafo único, e 22, I). Assim, e tendo em vista os dois mencionados dispositivos constitucionais, não há dúvida de que tem relevância jurídica o pedido de suspensão liminar dos dispositivos impugnados. - Ocorrência do requisito da conveniência para a suspensão dos dispositivos legais impugnados. Pedido de liminar deferido, para suspender, "ex nunc" e até final julgamento da ação direta, os artigos 1º ao 8º, 26 ao 30 e 46, "caput", todos da Lei n.º 657, de 10 de junho de 1996, do Estado de Rondônia."*
> (STF - ADIMC 1879 - TP - Rel. Min. MOREIRA ALVES - DJU 18.05.2001 - p. 00063)

18. Destarte, é por demais patente a inconstitucionalidade a fulminar o art. 96 da Lei Orgânica municipal, porquanto assente na jurisprudência dessa Excelsa Corte a exclusiva competência da União para legislar sobre crimes de responsabilidade.

19. A hipótese dos autos reclama que esse Colendo Supremo Tribunal Federal declare, *incidenter tantum*, a inconstitucionalidade da norma veiculada no referido diploma municipal. Nesse passo, não é demais lembrar que, desde o emblemático ***Marbury v. Madison*** da Suprema Corte Americana, exsurge como tarefa necessária ao julgador o confronto da norma no caso concreto com o texto constitucional antes de aplicá-la.

20. Aliás, como se sabe, toda a teoria do *judicial review* começa com a inconstitucionalidade formal naquele caso, sob inspiração do *Chief Justice* **MARSHALL**, quando o Congresso Americano pretendeu, por lei, criar competência originária para a Suprema Corte relativa ao *writ of mandamus*. A competência originária daquela corte é somente a definida no próprio texto da Constituição e não em leis ("*Statutes*") do Congresso.

21. Daí surgem as bases, como bem se sabe, para o controle concreto de constitucionalidade, tal como se requer no caso em exame.

22. Com efeito, ao desbordar de sua competência legislativa, o Município de Porto Alegre ofendeu o art. 22, inciso I, da Carta Maior. Diante disso, vislumbra-se a necessidade de declaração incidental da inconstitucionalidade do art. 96 do referido diploma legal. É o que se requer.

23. Por força da inconstitucionalidade a fulminar o referido art. 96 da Lei Orgânica, o que atrai para si sua nulidade *ipso iure*, não há falar em atribuição de crime de responsabilidade, tal como previsto nessa lei, ao noticiado.

24. Noutro vértice, relativamente à imputação de crime de responsabilidade, tal como previsto no art. 1.°, inciso V, do Decreto-lei n.° 201/67, não se vislumbra móvel hábil a amparar atos de persecução penal.

25. De saída, diga-se que a eventual inobservância das normas orçamentárias, relativamente ao noticiado TARSO GENRO, restringe-se ao ano de 1996, haja vista ter ele chefiado o Executivo municipal nos anos de 1993 a 1996.

26. Logo, segundo informações do Tribunal de Contas estadual, o município de Porto Alegre teria aplicado 25,42 % (vinte e cinco vírgula quarenta e dois por cento), ou seja, índice inferior aos alegados 30% (trinta por cento), que seriam necessários ao investimento na manutenção e desenvolvimento do ensino.

27. Nada obstante, forçoso reconhecer que o montante aplicado cumpriu a sociedade a previsão inserta no art. 212 da Carta Política ("*A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino*")

28. Um exame mais acurado dos autos revela, contudo, que a Lei municipal que exige o índice de 30% (trinta por cento) data de julho de 1997, período, portanto, posterior ao primeiro mandato do noticiado como Prefeito Municipal.

29. Ora, como é sabido, **a norma penal em branco**, como o é o inciso V do art. 1.° do Decreto-lei n.° 201/67, tem a descrição da conduta típica formada a partir da descrição normativa do tipo penal em branco acrescida da regulação efetivada por outro diploma legislativo. Reconhecendo o caráter de norma penal em branco, assim decidiu o Colendo Supremo Tribunal Federal, *verbis*:

> "*HABEAS CORPUS – IMPROCEDÊNCIA DA ALEGAÇÃO DE QUE, NO CASO, É MANIFESTA A ATIPICIDADE DAS TRÊS CONDUTAS IMPUTADAS AO ORA PACIENTE NA DENÚNCIA – ART. 1°, V, DO*

> *DECRETO-LEI 201/67 - IMPROCEDÊNCIA, TAMBÉM, DA ALEGAÇÃO DE QUE, TRATANDO-SE DE NORMA PENAL EM BRANCO, DEIXARIA ELA DE SER APLICADA POR CAUSA DA REVOGAÇÃO DO DECRETO-LEI 2.300/86, RELATIVO À LICITAÇÃO - A circunstância de ter sido celebrado contrato com empresa pertencente a funcionário municipal não caracteriza negativa de execução de lei estadual ou municipal que não veda essa contratação, mas que estabelece pena para o servidor que integra a empresa ou é diretor dela."*
> (STF – HC 73.997 – PR – 1ª T. – Rel. Min. MOREIRA ALVES – DJU 08.11.1996)

30. Em atenção ao postulado da legalidade, e da própria reserva legal, não há como admitir a materialização do injusto típico se, ao tempo da conduta, não havia norma municipal a ser vulnerada.

31. Assim, ao destinar tão-somente 25,42 % (vinte e cinco vírgula quarenta e dois por cento) à manutenção e ao desenvolvimento do ensino, observou o noticiado os preceitos normativos vigentes à época, o que afasta de uma vez por todas qualquer menção a figura típico-penal.

32. A necessária concomitância de vigência entre as normas do preceito sancionador primário e daquele que o complementa já foi reconhecida, outrossim, por essa Suprema Corte, como se observa dos seguintes julgados:

> *"HABEAS CORPUS - Em princípio, o artigo 3º do Código Penal se aplica a norma penal em branco, na hipótese de o ato normativo que a integra ser revogado ou substituído por outro mais benéfico ao infrator, não se dando, portanto, a retroatividade. Essa aplicação só não se faz quando a norma, que complementa o preceito penal em branco, importa real modificação da figura abstrata nele prevista ou se assenta em motivo permanente, insusceptível de modificar-se por circunstâncias temporárias ou excepcionais, como sucede quando do elenco de doenças contagiosas se retira uma por se haver demonstrado que não tem ela tal característica. Habeas Corpus indeferido."*
> (STF – HC 73.168 – SP – 1ª T. – Rel. Min. MOREIRA ALVES – DJU 15.03.1996)

> *"TRÁFICO ILÍCITO DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE - LEI 6368/1976, ARTIGO 36 - NORMA PENAL EM BRANCO - PORTARIA DO DIMED, DO MINISTÉRIO DA SAÚDE, CONTENDORA DA LISTA DE SUBSTANCIAS PROSCRITAS.*

> *LANÇA-PERFUME – CLORETO DE ETILA – I. O paciente foi preso no dia 01.03.1984, por ter vendido lança-perfume, configurando o fato o delito de tráfico de substância entorpecente, já que o cloreto de etila estava incluído na lista do DIMED, pela Portaria de 27.01.1983. Sua exclusão, entretanto, da lista, com a Portaria de 04.04.1984, configurando-se a hipótese do abolitio criminis. A Portaria 02/1985, de 13.03.1985, novamente inclui o cloreto de etila na lista. Impossibilidade, todavia, da retroatividade desta. II – Adoção de posição mais favorável ao réu. III. HC deferido, em parte, para o fim de anular a condenação por tráfico de substância entorpecente, examinando-se, entretanto, no Juízo de 1º grau, a viabilidade de renovação do procedimento pela eventual prática de contrabando."*
> (STF – HC 68.904 – SP – 2ª T. – Rel. Min. CARLOS VELLOSO – DJU 03.04.1992)

33. Destarte, não se vislumbra a presença de fato típico na referida destinação, pois ausente a necessária subsunção do fato noticiado à norma insculpida no Decreto-lei n.º 201/67, o que não deixa outra alternativa ao *dominus litis* que não reconhecer a inviabilidade da promoção da *persecutio criminis in iudicium*.

34. Assim, no que concerne à *opinio delicti*, atribuição privativa do *Parquet*, por se cuidar de crime de ação penal pública incondicionada (art. 129, inciso I, da Constituição da República), a conclusão inarredável é pelo arquivamento do feito, sem prejuízo de futuras providências, desde que configurada a hipótese prevista no art. 18 do Código de Processo Penal ("*Art. 18 – Depois de ordenado o arquivamento do inquérito pela autoridade judiciária, por falta de base para a denúncia, a autoridade policial poderá proceder a novas pesquisas, se de outras provas tiver notícia.*").

35. A esta altura, revela-se oportuno colacionar o seguinte aresto dessa Excelsa Corte:

> "*(...) A competência originária do Supremo Tribunal Federal é indicativo da atividade via plenário, o que atrai a atuação do Procurador-Geral da República. Daí não se poder cogitar, no caso de promoção deste no sentido do arquivamento, de remessa a órgão para que apresente denúncia, designe outrem para fazê-lo ou insista na colocação inicial. (...)*
> *A este cabe a última palavra sobre a viabilidade, ou não, da ação penal pública, sendo insuplantável, aí sim, o pronunciamento negativo a respeito.*"
> (HC n.º 70.029-CE – Rel. Min. MARCO AURÉLIO – J. 31.03.1993 – *DJ* 13.08.1993 – p. 15.676 – Sem ênfase no original)

36. Ante o exposto, manifesta-se o Ministério Público Federal, *preliminarmente*, pela declaração de inconstitucionalidade, *incidenter tantum*, do art. 96 da Lei Orgânica do município de Porto Alegre – RS, e, no mérito, pugna, com fundamento no art. 3.°, inciso I, da Lei n.° 8.038/90, pelo arquivamento do presente inquérito, por não vislumbrar, *in casu*, viabilidade na promoção de eventual *persecutio criminis* em desfavor do Secretário Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social TARSO FERNANDO HERZ GENRO.

Brasília, 28 de março de 2003.

GERALDO BRINDEIRO
PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

COORD. DE ANÁLISE DE JURISPRUDÊNCIA
05/08/2004 **D.J. 28.10.2004** **TRIBUNAL PLENO**
EMENTÁRIO Nº 2170-1

INQUÉRITO 1.915-1 RIO GRANDE DO SUL

RELATOR : MIN. SEPÚLVEDA PERTENCE
AUTOR(A/S)(ES) : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
INDICIADO(A/S) : TARSO FERNANDO HERZ GENRO

EMENTA: I. Lei penal em branco: aplicabilidade subordinada à vigência da lei extrapenal a que remete o tipo, do que resulta a atipicidade da conduta que lhe seja anterior.

II. Supremo Tribunal Federal: sendo a guarda da Constituição sua função precípua, incumbe-lhe conhecer da inconstitucionalidade de lei suscitada na discussão de qualquer processo, ainda quando não seja questão prejudicial da solução do caso concreto: precedentes.

III. Crime de responsabilidade: definição que, segundo a orientação dominante na jurisprudência do STF, é de competência privativa da União, o que é indiscutível quando se cuide dos tipos previstos no art. 1° do Dl. 201/67, que constituem infração penal comum.

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em conhecer da argüição de inconstitucionalidade.

E, quanto ao tema de fundo, por unanimidade, declarar a inconstitucionalidade do artigo 96 da Lei Orgânica do Município de Porto Alegre/RS e determinar o arquivamento do inquérito, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 05 de agosto de 2004.

NELSON JOBIM - PRESIDENTE

SEPÚLVEDA PERTENCE - RELATOR

05/08/2004 **TRIBUNAL PLENO**

INQUÉRITO 1.915-1 RIO GRANDE DO SUL

RELATOR : MIN. SEPÚLVEDA PERTENCE
AUTOR(A/S)(ES) : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
INDICIADO(A/S) : TARSO FERNANDO HERZ GENRO

R E L A T Ó R I O

O SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - O Ministério Público Federal, pelo il. Procurador-Geral da República Geraldo Brindeiro, oficiou, **verbis** (f. 41/50):

> "Trata-se de **notitia criminis** apresentada por JOÃO CARLOS CAVALHEIRO NEDEL, vereador do município de Porto Alegre - RS, em face dos ex-prefeitos de Porto Alegre TARSO GENRO e RAUL PONT, sendo que hoje o primeiro ocupa o cargo de Secretário Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, imputando-lhes a prática de crimes de responsabilidade previstos no Decreto-lei n.º 201/67 e na Lei Orgânica municipal.
>
> 2. Assevera o noticiante que o município de Porto Alegre, nos exercícios financeiros de 1996, 1997, 1998, 1999 e 2000, apresentou índices de investimento na manutenção e desenvolvimento do ensino inferiores a 30 (trinta) por cento, o que contraria, pois, os ditames das normas financeiras municipais.
>
> 3. A **notitia criminis** foi inicialmente endereçada ao Ministério Público do Estado do Rio Grande do Sul. Porém, vislumbrando o **forum attractionis** do colendo Supremo Tribunal Federal, para processar e julgar eventual crime cometido pelo noticiado, em virtude do cargo por ele ocupado atualmente, houve por bem o MM. Juízo da 7.ª Vara Criminal de Porto Alegre-RS em remeter os autos a esse Excelso Pretório, conforme despacho de fls. 37.

4. Distribuído o feito a Vossa Excelência, vieram os autos a esta Procuradoria-Geral da República para manifestação.

5. De saída, cumpre reconhecer a competência dessa Suprema Corte para apreciar o presente feito.

6. O cargo de Secretário Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social, ora ocupado pelo noticiado, foi previsto e regulado na Medida Provisória n.º 103, de 1.º de Janeiro de 2003, que dispõe sobre a Organização da Presidência da República e dos Ministérios. Especificamente sobre o cargo ocupado pelo noticiado, assim prevê o diploma legal:

> "Art. 38. São criados os cargos de natureza especial de Secretário Especial do Conselho de Desenvolvimento Econômico e Social, do Secretário Especial de Aquicultura e Pesca, de Secretário Especial dos Direitos Humanos e de Secretário Especial de Políticas para as Mulheres da Presidência da República.
>
> § 1º Os cargos referidos no caput terão prerrogativas, garantias, vantagens e direitos equivalentes aos de Ministro de Estado.
>
> § 2º A remuneração dos cargos referidos no caput é de R$ 8.280,00 (oito mil duzentos e oitenta reais)."

7. A equiparação do cargo de Secretário Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social ao de Ministro de Estado atrai à espécie o preceito insculpido no art. 102, inciso I, alínea "c", da Constituição Federal. Em caso símile ao dos autos, mas que cuidava do cargo de Advogado-Geral da União, assim decidiu o Colendo Supremo Tribunal Federal, verbi gratia:

> "Foro especial em razão da função (status de Ministro de Estado). Competência para processo e julgamento de Advogado-Geral da União, tendo em vista a edição da Medida Provisória 2.049-22, de 28-8-2000, que transforma o mencionado cargo de natureza especial em cargo de ministro de Estado, atraindo, portanto, a incidência do art. 102, I, c, da CF."
> (Notícia referente ao julgamento do Inq 1660/DF - Questão de ordem - J. 06.09.2000 - Rel. Ministro SEPÚLVEDA PERTENCE - veiculada no Informativo STF n.º 201)

8. Logo, competente é o Colendo Supremo Tribunal Federal para conduzir o presente apuratório e julgar eventual ação penal com base nele ajuizada, por força do art. 102, inciso I, "c", da Carta Maior.

9. Ainda em sede preliminar, convém salientar que a presente análise circunscreve-se aos fatos imputados ao então Prefeito TARSO GENRO, pois, relativamente ao

noticiado *RAUL PONT*, que ora ocupa o cargo de Deputado Estadual - como bem observado pelo órgão do Ministério Público estadual e pelo Magistrado de 1.ª instância, que acolheu a manifestação do Parquet estadual - a competência para análise de eventual delito a ele imputado é do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, nos termos do art. 95, inciso XI, da Constituição estadual gaúcha. Não foi por outra razão foi determinada a remessa de cópia integral dos autos àquela Corte Estadual (fls. 37).

10. Impende ressaltar que a espécie não guarda sequer hipótese de conexão, tal como prevista no art. 76, do Código de Processo Penal. Outrossim, entre os fatos imputados aos noticiados não há continência, como prevista no art. 77, do Código de Processo Penal, pois não se cuida de imputar o mesmo fato delituoso a ambos os noticiados.

11. Logo, não se afigura o chamado *forum attractionis* do Colendo Supremo Tribunal Federal para apreciar a imputação desfavorável ao ex-Prefeito RAUL PONT, razão pela qual o presente exame cingir-se-á à apreciação dos fatos imputados ao hoje Secretário Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social.

12. Após detida análise dos autos, e já avançando ao mérito das imputações deduzidas nestes autos, não se vislumbra viabilidade na promoção da persecutio criminis.

13. Os fatos narrados amoldam-se, em tese, às condutas descritas no art. 96, inciso VI, da Lei Orgânica de Porto Alegre, e no art. 1.º, inciso V, do Decreto-lei n.º 201/67.

14. A imputação de prática de crime de responsabilidade previsto em Lei Orgânica Municipal merece particular atenção nestes autos. Assim prevê o art. 96 da Lei Orgânica de Porto Alegre - RS, verbis:

> "Art. 96 - São crimes de responsabilidade os atos do Prefeito que atentem contra a Lei Orgânica, as Constituições Federal e Estadual, e especialmente contra:
>
> I - a existência do Município;
> II - o livre exercício da Câmara Municipal;
> III - o livre exercício de direitos políticos, individuais e sociais;
> IV - a probidade da administração;
> V - a lei orçamentária;
> VI - o cumprimento das leis e decisões judiciais;
> VII - o livre funcionamento dos conselhos populares."

15. O Colendo Supremo Tribunal Federal, em reiteradas ocasiões, tem entendimento firme ao entender a competência para previsão de crimes de responsabilidade como de exclusividade da União, nos termos do art. 22, inciso I, da Carta Política.

16. Os argumentos deduzidos nas notícias dos seguintes julgados obviam maiores considerações, verbis:

"Crime de responsabilidade: Competência

Por ofensa à competência privativa da União federal para legislar sobre direito processual (CF, art. 22, I), o Tribunal conheceu, em parte, da ação direta requerida pelo Governador do Estado do Mato Grosso e, nessa parte, julgou-a procedente para declarar a inconstitucionalidade do art. 2º do Decreto Legislativo 2.841/92, promulgado pela Assembléia Legislativa do mesmo Estado, que tipificava crime de responsabilidade. Não se conheceu da ação quanto ao art. 1º do referido Decreto Legislativo, que susta a realização de licitação pública convocada pelo Estado, ante a ausência de conteúdo normativo do mesmo. Precedentes citados: ADInMC 307-CE (DJU de 28.9.90) e ADInMC 102-RO (DJU 17.11.89). ADIn 834-MT, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 16.2.99." (Notícia veiculada no Informativo n.º 138 do STF)

"Crime de Responsabilidade e Competência

Por aparente ofensa à competência legislativa da União para definir os crimes de responsabilidade (CF, art. 85, VI, parágrafo único), o Tribunal deferiu medida cautelar em ação direta requerida pelo Governador do Estado de Rondônia para suspender, com efeitos ex tunc, a eficácia do § 3º do art. 136-A, da Constituição do mesmo Estado, na redação dada pela EC 21/2001 (§ 3º: "A não execução da programação orçamentária decorrente de emendas de parlamentares, implica crime de responsabilidade, previsto no artigo 66, inciso V."). Precedentes citados: ADI (MC) 1.628-SC (RTJ 166/147); ADI (MC) 1889-RO (DJU de 18.5.2001). ADI (MC) 2.592 RO, rel. Min. Sydney Sanches, 3.10.2002. (ADI-2592)"
(Notícia veiculada no Informativo n.º 284 do STF)

"Crime de Responsabilidade: Matéria Penal

Continuando o julgamento acima mencionado, o Tribunal, por maioria, entendendo que os crimes de responsabilidade configuram matéria penal e não política, declarou a inconstitucionalidade da expressão "sob pena de crime de responsabilidade" contida no § 2º do referido art. 162 da Constituição do Estado de Minas Gerais, por ofensa à competência privativa da União para legislar sobre direito penal (CF, art. 22, I). Vencido, neste ponto, o Min. Marco Aurélio, que entendia ser cabível a distinção entre crime de responsabilidade e crime disciplinado pelo Direito Penal, não vislumbrando na competência exclusiva da União

a inserção da disciplina do crime de responsabilidade. ADI I.901-MG, rel. Min. Ilmar Galvão, 3.2.2003. (ADI-1901)"
(Notícia veiculada no Informativo n.º 296 do STF)

17. As ementas dos julgados proferidos em ações diretas de inconstitucionalidade, igualmente, trazem preciosas lições acerca do tema, como se vê dos seguintes excertos:

"ESTADO DE MINAS GERAIS - PARÁGRAFOS 1º E 2º DO ARTIGO 162 DA CONSTITUIÇÃO ESTADUAL, COM A REDAÇÃO QUE LHE DEU A EMENDA Nº 31, DE 30.12.97 - Plausibilidade da tese da inconstitucionalidade de ambos os dispositivos, o primeiro por implicar restrição à competência do Chefe do Poder Executivo para exercer, com seus auxiliares, a direção superior de Administração Estadual (art. 84, II, da CF); e o segundo, por configurar interferência do legislador estadual na esfera de competência privativa da União (art. 22, I), ao definir nova hipótese de crime de responsabilidade. Concorrência dos pressupostos autorizadores da medida cautelar. Suspensão, ex nunc, da eficácia do primeiro dispositivo, por inteiro, e do segundo, quanto à expressão. "sob pena de crime de responsabilidade", contida na parte final de seu texto. Cautelar parcialmente deferida."
(STF - ADIMC 1901 - TP - Rel. Min. ILMAR GALVÃO - DJU 01.09.2000 - p. 105)

"CRIME DE RESPONSABILIDADE - DEFINIÇÃO - RESERVA DE LEI - Entenda-se que a definição de crimes de responsabilidade, imputáveis embora a autoridades estaduais, é matéria de Direito Penal, da competência privativa da União - como tem prevalecido no Tribunal - ou, ao contrário, que sendo matéria de responsabilidade política de mandatários locais, sobre ela possa legislar o Estado-membro - como sustentam autores de tomo - o certo é que estão todos acordes em tratar-se de questão submetida à reserva de lei formal, não podendo ser versada em decreto-legislativo da Assembléia Legislativa."
(STF - ADI 834 - TP - Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE - DJU 09.04.1999 - p. 2)

"AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE - Dispositivos da Lei n.º 657, de 10 de junho de 1996, do Estado de Rondônia, que define crimes de responsabilidade e dispõe sobre seus efeitos, bem como disciplina seu processo e julgamento. Pedido de liminar. - Esta Corte, ainda recentemente, ao julgar pedido de liminar na ADIN 1628, de que é

> *relator o eminente Ministro Nelson Jobim, salientou que "a definição de crimes de responsabilidade e a regulamentação do processo e do julgamento são de competência da União" (Constituição Federal, art. 65, parágrafo único, e 22, I). Assim, e tendo em vista os dois mencionados dispositivos constitucionais, não há dúvida de que tem relevância jurídica o pedido de suspensão liminar dos dispositivos impugnados. - Ocorrência do requisito da conveniência para a suspensão dos dispositivos legais impugnados. Pedido de liminar deferido, para suspender, "ex nunc" e até final julgamento da ação direta, os artigos 1º ao 8º, 26 ao 30 e 46, "caput", todos da Lei n.º 657, de 10 de junho de 1996, do Estado de Rondônia.""*
> *(STF - ADIMC 1879 - TP - Rel. Min. MOREIRA ALVES - DJU 18.05.2001 - p. 00063)*

18. Destarte, é por demais patente a inconstitucionalidade a fulminar o art. 96 da Lei Orgânica municipal, porquanto assente na jurisprudência dessa Excelsa Corte a exclusiva competência da União para legislar sobre crimes de responsabilidade.

19. A hipótese dos autos reclama que esse Colendo Supremo Tribunal Federal declare, **incidenter tantum**, a inconstitucionalidade da norma veiculada no referido diploma municipal. Nesse passo, não é demais lembrar que, desde o emblemático **Marbury v. Madison** da Suprema Corte Americana, exsurge como tarefa necessária ao julgador o confronto da norma no caso concreto com o texto constitucional antes de aplicá-la.

20. Aliás, como se sabe, toda a teoria do **judicial review** começa com a inconstitucionalidade formal naquele caso, sob inspiração do **Chief Justice MARSHALL**, quando o Congresso Americano pretendeu, por lei, criar competência originária para a Suprema Corte relativa ao **writ of mandamus**. A competência originária daquela corte é somente a definida no próprio texto da Constituição e não em leis ("Statutes") do Congresso.

21. Daí surgem as bases, como bem se sabe, para o controle concreto de constitucionalidade, tal como se requer no caso em exame.

22. Com efeito, ao desbordar de sua competência legislativa, o Município de Porto Alegre ofendeu o art. 22, inciso I, da Carta Maior. Diante disso, vislumbra-se a necessidade de declaração incidental da inconstitucionalidade do art. 96 do referido diploma legal. É o que se requer.

23. Por força da inconstitucionalidade a fulminar o referido art. 96 da Lei Orgânica, o que atrai para si sua nulidade **ipso iure**, não há falar em atribuição de crime de responsabilidade, tal como previsto nessa lei, ao noticiado.

24. Noutro vértice, relativamente à imputação de crime de responsabilidade, tal como previsto no art. 1.º, inciso V, do Decreto-lei n.º 201/67, não se vislumbra móvel hábil a amparar atos de persecução penal.

25. De saída, diga-se que a eventual inobservância das normas orçamentárias, relativamente ao noticiado TARSO GENRO, restringe-se ao ano de 1996, haja vista ter ele chefiado o Executivo municipal nos anos de 1993 a 1996.

26. Logo, segundo informações do Tribunal de Contas estadual, o município de Porto Alegre teria aplicado 25,42 % (vinte e cinco vírgula quarenta e dois por cento), ou seja, índice inferior aos alegados 30% (trinta por cento), que seriam necessários ao investimento na manutenção e desenvolvimento do ensino.

27. Nada obstante, forçoso reconhecer que o montante aplicado cumpriu a sociedade a previsão inserta no art. 212 da Carta Política ("A União aplicará, anualmente, nunca menos de dezoito, e os Estados, o Distrito Federal e os Municípios vinte e cinco por cento, no mínimo, da receita resultante de impostos, compreendida a proveniente de transferências, na manutenção e desenvolvimento do ensino").

28. Um exame mais acurado dos autos revela, contudo, que a Lei municipal que exige o índice de 30% (trinta por cento) data de julho de 1997, período, portanto, posterior ao primeiro mandato do noticiado como Prefeito Municipal.

29. Ora, como é sabido, a **norma penal em branco**, como o é o inciso V do art. 1.º do Decreto-lei n.º 201/67, tem a descrição da conduta típica formada a partir da descrição normativa do tipo penal em branco acrescida da regulação efetivada por outro diploma legislativo. Reconhecendo o caráter de norma penal em branco, assim decidiu o Colendo Supremo Tribunal Federal, verbis:

> "HABEAS CORPUS - IMPROCEDÊNCIA DA ALEGAÇÃO DE QUE, NO CASO, É MANIFESTA A ATIPICIDADE DAS TRÊS CONDUTAS IMPUTADAS AO ORA PACIENTE NA DENÚNCIA - ART. 1º, V, DO DECRETO-LEI 201/67 IMPROCEDÊNCIA, TAMBÉM, DA ALEGAÇÃO DE QUE, TRATANDO-SE DE NORMA PENAL EM BRANCO, DEIXARIA ELA DE SER APLICADA POR CAUSA DA REVOGAÇÃO DO DECRETO-LEI 2.300/86, RELATIVO À LICITAÇÃO - A circunstância de ter sido celebrado contrato com empresa pertencente a funcionário municipal não caracteriza negativa de execução de lei estadual ou municipal que não veda essa contratação, mas que estabelece pena para o servidor que integra a empresa ou é diretor dela."
> (STF - HC 73.997 - PR - 1ª T. - Rel. Min. MOREIRA ALVES - DJU 08.11.1996)

30. Em atenção ao postulado da legalidade, e da própria reserva legal, não há como admitir a materialização do injusto típico se, ao tempo da conduta, não havia norma municipal a ser vulnerada.

31. Assim, ao destinar tão-somente 25,42% (vinte e cinco vírgula quarenta e dois por cento) à manutenção e ao desenvolvimento do ensino, observou o

noticiado os preceitos normativos vigentes à época, o que afasta de uma vez por todas qualquer menção a figura típico-penal.

***32.** A necessária concomitância de vigência entre as normas do preceito sancionador primário e daquele que o complementa já foi reconhecida, outrossim, por essa Suprema Corte, como se observa dos seguintes julgados:*

> *"HABEAS CORPUS - Em princípio, o artigo 3º do Código Penal se aplica a norma penal em branco, na hipótese de o ato normativo que a integra ser revogado ou substituido por outro mais benéfico ao infrator, não se dando, portanto, a retroatividade. Essa aplicação só não se faz quando a norma, que complementa o preceito penal em branco, importa real modificação da figura abstrata nele prevista ou se assenta em motivo permanente, insusceptível de modificar-se por circunstâncias temporárias ou excepcionais, como sucede quando do elenco de doenças contagiosas se retira uma por se haver demonstrado que não tem ela tal caracteristica. Habeas Corpus indeferido."*
> *(STF - HC 73.168 - SP - 1ª T. - Rel. Min. MOREIRA ALVES - DJU 15.03.1996)*

> *"TRÁFICO ILÍCITO DE SUBSTÂNCIA ENTORPECENTE - LEI 6368/1976, ARTIGO 36 - NORMA PENAL EM BRANCO - PORTARIA DO DIMED, DO MINISTÉRIO DA SAÚDE, CONTENDORA DA LISTA DE SUBSTANCIAS PROSCRITAS. LANÇA-PERFUME - CLORETO DE ETILA - I. O paciente foi preso no dia 01.03.1984, por ter vendido lança-perfume, configurando o fato o delito de tráfico de substância entorpecente, já que o cloreto de etila estava incluído na lista do DIMED, pela Portaria de 27.01.1983. Sua exclusão, entretanto, da lista, com a Portaria de 04.04.1984, configurando-se a hipótese do abolitio criminis. A Portaria 02/1985, de 13.03.1985, novamente inclui o cloreto de etila na lista. Impossibilidade, todavia, da retroatividade desta. II - Adoção de posição mais favorável ao réu. III. HC deferido, em parte, para o fim de anular a condenação por tráfico de substância entorpecente, examinando-se, entretanto, no Juízo de 1º grau, a viabilidade de renovação do procedimento pela eventual prática de contrabando."*
> *(STF - HC 68.904 - SP - 2ª T. - Rel. Min. CARLOS VELLOSO - DJU 03.04.1992)*

***33.** Destarte, não se vislumbra a presença de fato típico na referida destinação, pois ausente a necessária subsunção do fato noticiado à norma insculpida no Decreto-lei n.º 201/67, o que não deixa outra alternativa ao **dominus litis** que não reconhecer a inviabilidade da promoção da **persecutio criminis in iudicium**.*

34. Assim, no que concerne à opinio delicti, atribuição privativa do Parquet, por se cuidar de crime de ação penal pública incondicionada (art. 129, inciso I, da Constituição da República), a conclusão inarredável é pelo arquivamento do feito, sem prejuízo de futuras providências, desde que configurada a hipótese prevista no art. 18 do Código de Processo Penal ("Art. 18 - Depois de ordenado o arquivamento do inquérito pela autoridade judiciária, por falta de base para a denúncia, a autoridade policial poderá proceder a novas pesquisas, se de outras provas tiver notícia.").

35. A esta altura, revela-se oportuno colacionar o seguinte aresto dessa Excelsa Corte:

> *"(...) A competência originária do Supremo Tribunal Federal é indicativa da atividade via plenário, o que atrai a atuação do Procurador-Geral da República. Daí não se poder cogitar, no caso de promoção deste no sentido do arquivamento, de remessa a órgão para que apresente denúncia, designe outrem para fazê-lo ou insista na colocação inicial. (...)*
>
> *A este cabe a última palavra sobre a viabilidade, ou não, da ação penal pública, sendo insuplantável, aí sim, o pronunciamento negativo a respeito."*
> *(HC n.º 70.029-CE - Rel. Min. MARCO AURÉLIO - J. 31.03.1993 -DJ 13.08.1993 - p. 15.676 - Sem ênfase no original)*

36. Ante o exposto, manifesta-se o Ministério Público Federal, preliminarmente, pela declaração de inconstitucionalidade, incidenter tantum, do art. 96 da Lei Orgânica do município de Porto Alegre - RS, e, no mérito, pugna, com fundamento no art. 3.º, inciso I, da Lei n.º 8.038/90, pelo arquivamento do presente inquérito, por não vislumbrar, in casu, viabilidade na promoção de eventual persecutio criminis em desfavor do Secretário Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social TARSO FERNANDO HERZ GENRO."

É o relatório.

V O T O

O **SENHOR MINISTRO SEPÚLVEDA PERTENCE - (Relator):** É notório que o indiciado ocupa hoje o cargo de Ministro de Estado da Educação.

A circunstância faz ociosa reabrir a discussão sobre ser ou não da competência originária do Supremo Tribunal o processo por crime comum ou de responsabilidade contra o Secretário Nacional do Desenvolvimento Econômico e Social - cargo do indiciado ao tempo do parecer do Procurador-Geral[1].

II

A atipicidade do fato ficou elucidada com precisão no parecer do Ministério Público Federal: o art. 1º, I, V, do Dl 201/67 constitui efetivamente *norma* penal em branco, *cuja* aplicabilidade está subordinada à vigência da lei extrapenal à qual remete o tipo, que, no caso, é posterior ao termo final do mandato de Prefeito do indiciado.

III

O arquivamento do inquérito independe, como se vê, da inconstitucionalidade do art. 96 da Lei Orgânica do Município de Porto Alegre.

Firmou-se, porém, no Tribunal que - dada a sua função primordial de guarda da Constituição - incumbe-lhe conhecer da inconstitucionalidade de lei suscitada *na* discussão de qualquer processo, ainda quando a questão da validade constitucional da lei não seja prejudicial da *solução* do caso concreto (*v.g.*, MS 20505, **Néri**, DJ 8.11.91; RE 102553, **Rezek**, RTJ 120/725; AgRSE 5206, **Pertence**, DJ 30.4.04).

Examino, pois, o mérito da arguição de inconstitucionalidade que o parecer da PGR veicula.

Mesmo no tocante às infrações político-administrativas que a tradição constitucional pátria denomina "*crime de responsabilidade*", parece sedimentada a orientação do Tribunal no sentido de que o seu trato por normas estaduais ou municipais usurpa competência legislativa ou privativa da União (ADI 2220-MC, 1.8.00, Gallotti, RTJ 176/199; ADI 2235-MC, 29.6.00, Gallotti, DJ 7.5.04; ADI 1901, 3.2.03, Galvão, DJ 9.5.03; ADI 2592, 23.4.03, Sanches, DJ 23.5.03; ADI 2050, 3.3.04, Mauricio Corrêa, DJ 2.4.04): ainda que rendido à jurisprudência, *tenho* reservas a *propósito* (*cf.* voto **Pertence** na ADIn 1879-RO, **Moreira**, DJ 18.5.01).

De resto, no caso, com relação aos Prefeitos, a infração *cogitada* - enquadrável *na* previsão genérica *de* atentado à lei orçamentária -, é, no Dl 201/67, arrolada entre os delitos puníveis

---

[1] Note-se, de logo, a aparente inaplicabilidade do precedente relativo ao Advogado-Geral da União (Inq 1660-QO) ao caso presente, que mais parece assimilável ao do AgRgPet 1199, Pertence, RTJ 1691/895.

pelo **Poder Judiciário** com pena privativa de liberdade, o que reforça o *seu caráter* de verdadeiro crime **comum**, este *sim*, inequivocamente, de trato reservado com exclusividade à lei federal.

IV

De tudo, acolho o parecer da PGR para determinar, por atipicidade do fato, o arquivamento da **notitia criminis** e declarar a inconstitucionalidade do art. 96 da Lei Orgânica do Município de Porto Alegre: é o meu voto.

V O T O

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Senhor Presidente, peço a palavra apenas para manter coerência com o que veiculei quando do julgamento de certo mandado de segurança, envolvendo a magistratura de Pernambuco, embora entenda e respeite a concepção segundo a qual deve o Tribunal adentrar a problemática da harmonia, ou não, do ato normativo com a Carta da República, mesmo que, no processo que esteja em julgamento, isso não seja indispensável ao crivo a ser exercido.

Continuo apegado ao que sempre sustentei sobre, no caso, a desnecessidade de se pronunciar a constitucionalidade ou inconstitucionalidade do dispositivo, se esse julgamento não é imprescindível a que se conclua, mediante decisão definitiva, o próprio processo. No caso, estamos na fase de recebimento da denúncia, e o Ministério Público deixou assentado que o fato não é típico.

Por isso, preliminarmente, voto pelo não-conhecimento da argüição de inconstitucionalidade. Vencido nessa parte, acompanho integralmente o voto do nobre relator.

PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

INQUÉRITO 1.915-I
PROCED.: RIO GRANDE DO SUL
RELATOR : MIN. SEPÚLVEDA PERTENCE
AUTOR(A/S)(ES): MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
INDIC.(A/S): *TARSO FERNANDO HERZ GENRO*

Decisão: O Tribunal, por maioria, conheceu da argüição de inconstitucionalidade, vencido o Senhor Ministro Marco Aurélio. E, quanto ao tema de fundo, por unanimidade, declarou a inconstitucionalidade do artigo 96 da Lei Orgânica do Município de Porto Alegre/RS e determinou o arquivamento do inquérito, nos termos do voto do Relator. Votou o Presidente, o Senhor Ministro Nelson Jobim. Ausente, justificadamente, neste julgamento, o Senhor Ministro Carlos Velloso. Plenário, 05.08.2004.

Presidência do Senhor Ministro Nelson Jobim. Presentes à sessão os Senhores Ministros Sepúlveda Pertence, Celso de Mello, Carlos Velloso, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Gilmar Mendes, Cezar Peluso, Carlos Britto, Joaquim Barbosa e Eros Grau.

Vice-Procurador-Geral da República, Dr. Antonio Fernando Barros e Silva de Souza.

Luiz Tomimatsu
Secretário

Inq Nº 1915

TERMO DE RECEBIMENTO

Aos 28 dias do mês de outubro de 2004 foram-me entregues estes autos por parte do Seção de Processos Diversos do Plenário. Seção de Processos do Controle Concentrado. Eu, _____, Analista Judiciário, lavrei este termo. E eu, _____, Coordenadora de Processamento Judiciário do Plenário, o subscrevi.

CERTIDÃO DE TRÂNSITO EM JULGADO

Certifico e dou fé que o v. Acórdão de fl(s). 64/80 transitou em julgado ao(s) 08 dias(s) do mês de novembro de 2004. Secretaria Judiciária do Supremo Tribunal Federal, 11 de novembro de 2004. Eu, _____, Analista Judiciário, lavrei este termo. E eu, _____, Chefe da Seção de Processos do Controle Concentrado, o subscrevi.