



# Lopes de Oliveira & Versiani

Advogados Associados

EXCELENTÍSSIMO SENHOR DEPUTADO FEDERAL ELMAR NASCIMENTO  
DD. PRESIDENTE DO CONSELHO DE ÉTICA E DECORO  
PARLAMENTAR DA CÂMARA DOS DEPUTADOS

Processo nº 20/2018

Representação nº 22/2018

JOÃO RODRIGUES, qualificado na Representação em epígrafe, proposta pelo Partido Político Rede Sustentabilidade - REDE, vem, à ínclita presença de Vossa Excelência, por intermédio dos advogados signatários, na forma do inciso II, §4º do art. 14 do Código de Ética e Decoro Parlamentar, apresentar **DEFESA ESCRITA**, o que faz pelos fatos e fundamentos que passa a expor.

## I - HISTÓRICO RELEVANTE DO PROCESSO

Trata-se de representação, oferecida pelo Partido Político Rede Sustentabilidade, por suposta quebra de decoro parlamentar por parte do Representado em razão de condenação - ainda não transitada em julgado, pelos crimes previstos nos artigos 89 e 90 da Lei nº 8.666/1993.

**RECEBI**

Em 21/05/18 as 17h46

Alexandre 5311  
Nome Ponto nº



# Lopes de Oliveira & Versiani

Advogados Associados

Conforme se depreende dos autos, em 17 de dezembro de 2009, o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, por maioria de votos, julgou procedente a Ação Penal Originária nº 2004.04.01.005062-5, para condenar o Representado pela suposta prática dos crimes de dispensa irregular e de fraude à licitação, impondo-lhe uma pena de 05 (cinco) anos e 03 (três) meses (DOC. 01 - acórdão).

Segundo consta do acórdão condenatório, o Representado, na condição de Prefeito do Município de Pinhalzinho - SC, teria concorrido para a prática dos delitos ao autorizar procedimento licitatório para a compra de retroescavadeira e, posteriormente, assinar o respectivo edital de tomada de preços.

Consta, ainda, que teriam sido utilizados expedientes lesivos ao caráter competitivo da licitação, como por exemplo: divergência nas datas constantes nos avisos de publicações, ausência de publicação no Diário Oficial da União, estimativa de preço não confirmada no curso do certame, dação em pagamento de retroescavadeira usada e divergências na forma de pagamento.

Ademais, entendeu a Corte Regional que, a dação em pagamento da retroescavadeira usada, constituiria venda de bem público em desacordo com a legislação de regência, caracterizando, por modo autônomo, a prática do delito de dispensa irregular de licitação.

Ocorre que, em sede do julgamento citado, o Desembargador Federal Revisor, Dr. Paulo Afonso Vaz



# Lopes de Oliveira & Versiani

Advogados Associados

Brum, levantou importante questão ao **reconhecer a ausência das elementares dos crimes de fraude e de dispensa irregular de licitação**, com base em precedente da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça da lavra do Exmo. Min. Luiz Fux.

O Des. Federal Nefi Cordeiro, acompanhou a divergência, que entendeu notadamente pela inexistência de dano patrimonial e de dolo específico de obtenção de vantagem econômica com adjudicação do objeto do certame no caso em tela.

Em que pese tenha havido oposição de embargos declaratórios, a condenação se manteve, dando azo a interposição de recursos especial e extraordinário, admitidos na origem, sob a numeração 1.247.293 e 696.533, respectivamente.

Após a diplomação do Representado no cargo de Deputado Federal, o Superior Tribunal de Justiça declinou a competência, remetendo os autos ao Supremo Tribunal Federal.

O recurso extraordinário não foi conhecido, com base no art. 21, §1º do RISTF, do que seguiu a interposição de agravo regimental.

A Defesa peticionou nos autos, ressaltando que a investidura superveniente do acusado no cargo de Parlamentar Federal implicaria a plena competência do Supremo para o julgamento do processo por crime comum, a partir do estado em que se encontrava, conforme precedentes e art. 230 do RISTF.



# Lopes de Oliveira & Versiani

Advogados Associados

Neste contexto, requereu o conhecimento e o provimento do recurso especial ou, quando não, que a manifesta contrariedade do acórdão regional à orientação da Suprema Corte fosse resolvida em Questão de Ordem, conforme assim decidido no julgamento da AP 913-QO, da Relatoria do Min. Dias Toffoli.

Apesar disso, o Min. Luiz Fux, antes de qualquer apreciação quanto ao alegado, requereu a inclusão em pauta para o julgamento de tal agravo regimental, que foi posteriormente atendido e pautado em sessão virtual do Tribunal, o que é plenamente cabível para julgamento desta espécie de recurso (art. 1º da Resolução 587/2016-STF).

Ocorre que, em tal sessão, realizada em 26 de agosto de 2016, além de julgar o agravo regimental em recurso extraordinário, a Primeira Turma do Supremo, de forma surpreendente e, concessa venia, equivocada, restou por julgar também o recurso especial interpuesto (DOC 02 - consulta portal STF e acórdão).

Opostos embargos de declaração, a Turma reconheceu a manifesta nulidade do julgamento virtual do recurso especial admitido na origem, tornando sem efeito a deliberação quanto a esse recurso (DOC. 03 - acórdão).

**Porém, em sessão realizada no dia 06 de fevereiro do corrente ano, a Turma, por maioria de votos, não conheceu do recurso especial, e, posteriormente, em análise ao pedido da Procuradoria-Geral da República, determinou a imediata execução da**



# Lopes de Oliveira & Versiani

Advogados Associados

condenação imposta na Ação Penal Originária (DOC. 04 - acórdão)

Na sequência, a Defesa do Representado apresentou petição requerendo o reconhecimento do prejuízo do recurso especial pendente, à época, de julgamento, em razão da superveniência de causa extintiva da punibilidade, consubstanciada na prescrição da pretensão punitiva na modalidade do art. 110, §§ 1º e 2º do Código Penal, na redação vigente na data dos supostos delitos.

Tal pedido, contudo, não foi analisado pelos Ministros quando do julgamento do apelo especial, tendo sido determinada a execução imediata das penas mesmo diante da incontrastável prescrição.

Em razão das omissões, contradições internas e erros materiais passíveis de correção, opôs-se embargos de declaração ainda pendentes de julgamento.

Neste contexto, pugna o Partido Rede na presente representação, portanto, pelo reconhecimento de quebra do decoro parlamentar por parte do Representado, aplicando-se a penalidade de perda de seu mandato de Deputado Federal.

## II - DO DIREITO. AUSÊNCIA DE QUEBRA DE DECORO PARLAMENTAR. ATIPICIDADE DE CONDUTA. SUPOSTOS DELITOS EM ÉPOCA ANTERIOR AO MANDATO. PRESCRIÇÃO QUE SE IMPÕE.

Conforme brevemente narrado, o Representado foi condenado pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região,



# Lopes de Oliveira & Versiani

Advogados Associados

pelo cometimento, em tese, dos crimes previstos nos arts. 89 e 90 da Lei nº 8.666/93, o que ensejou a presente Representação por quebra de decoro parlamentar.

Sucede que, em verdade, não há se falar em quebra do decoro parlamentar por parte do Representado, seja (I) pela atipicidade das condutas pelas quais restou condenado (e ainda sem trânsito em julgado), seja (II) pelo fato dos supostos delitos terem sido cometidos em época anterior ao mandato de Deputado Federal, ou, ainda, pela (III) indubitável ocorrência da prescrição da pretensão punitiva estatal.

Quanto ao item (I), acerca da atipicidade dos delitos, cumpre mencionar o voto do Min. Relator Luiz Fux (DOC. 05 - acórdão e voto), vencido no julgamento do recurso especial, que, consideradas as diretrizes fáticas assentadas na origem, reconheceu a absoluta insubsistência da condenação, por entender que a premissa do acórdão regional **quanto à desnecessidade da demonstração de especial fim de agir (lesar o erário ou promover o enriquecimento ilícito dos acusados)** contrariaria a jurisprudência predominante no âmbito do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal.

Em outras palavras, o próprio Tribunal Regional reconheceu a falta de dolo específico e de prejuízo ao erário, apesar de ter mantido a condenação. Veja-se o que diz o voto supramencionado em relação à imputação



# Lopes de Oliveira & Versiani

Advogados Associados

da conduta descrita no art. 90 da mencionada Lei (grifos nossos):

Diante deste quadro e lembrando que, em sede de recurso especial, não cabe renovar a valoração probatória realizada nas instâncias ordinárias, concluiu o Desembargador Federal Relator que, apesar da discrepância entre os valores de avaliação e pagamento da máquina adquirida, não houvera prova efetiva de lesão ao erário em razão das condutas praticadas. Aduziu, ainda, que tampouco foram produzidas provas concretas de que, em razão das mesmas condutas, o Prefeito Municipal ou terceira pessoa obtiveram proveito econômico direto. Contudo, ainda assim, reconheceu a adequação das condutas do tipo do art. 90 da Lei no. 8.666/93, argumentando que houvera lesão à moralidade administrativa e que a vantagem auferida pelo empresário contratante, embora não possuísse repercussão econômica direta, fora concreta (...). (... ) Portanto, a tese que prevaleceu no acórdão condenatório encontra-se amparada pelas seguintes premissas:

- não houve, apesar da discrepância entre os valores de avaliação e aquisição do bem, comprovação quanto à ocorrência de lesão ao erário;  
- houve violação ao caráter competitivo da licitação.

(...) Ou seja, em síntese: foram praticadas condutas potencialmente tendentes a comprometer o caráter competitivo da licitação, embora sem que tal, repita-se, repercutisse em prejuízo econômico para a Administração.

O Min. Relator concluiu, portanto:

No presente caso, portanto, sem suma, sem deixar de considerar que não houve comprovação quanto à ocorrência de prejuízo ao erário, a conduta analisada não se adequa tipicamente ao previsto no art. 90 da Lei no 8.666/93, uma vez que:

- (a) não houve comprovação quanto à obtenção de proveito econômico direto pelo agente público acusado;
- (b) não houve comprovação de que o agente público agiu de má-fé ao homologar o parecer jurídico que atestara a lisura da licitação,



# Lopes de Oliveira & Versiani

Advogados Associados

descaracterizando o dolo de atentar contra o caráter competitivo do certame;

(c) ademais, de qualquer modo, não houve demonstração quanto à existência de um quadro de potenciais competidores lesados pelo direcionamento da licitação em favor do terceiro contratante, a evidenciar a impossibilidade de ofensa concreta ao bem jurídico tutelado pela norma penal.

Já em relação a conduta tipificada no art. 89 da mesma Lei, o Ministro explica que (grifos nossos):

Ao analisar essa conduta, os integrantes da Corte Regional foram unânimes em reconhecer que, apesar da inequívoca inobservância às normas legais aplicáveis, não foram colhidas provas indicativas de que o Prefeito em exercício de Pinhalzinho/SC agira imbuído da intenção de lesar o erário, sendo certo, ademais, que tal lesão não se configurou no plano prático, uma vez que o Município foi devidamente ressarcido pela transferência da propriedade do bem, em perfeita consonância com o preço da avaliação.

A divergência dos julgadores recaiu sobre o plano da tipicidade material e sobre o elemento subjetivo do tipo, tendo prevalecido, por maioria, a tese do Relator no sentido de que o crime previsto no art. 89 da Lei no 8.666/93 tanto prescindiria de prova de dano patrimonial sofrido pela Administração Pública quanto sequer exigiria a comprovação de qualquer finalidade específica na conduta do agente.

Tal entendimento, inclusive, é absolutamente contrário àquele consolidado pelo Superior Tribunal de Justiça, que entende que só há crime de dispensa indevida de licitação quando estiver presente o dolo específico do agente de gerar dano ao erário e quando tal resultado tiver sido efetivamente alcançado.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> REsp 1485384/SP, Quinta Turma, julgado em 26/09/2017; AgRg no AREsp 654875, Rel. Min. Leopoldo de Arruda Raposo; AgRg no AREsp 102192, Rel. Min. Sebastião Reis Júnior; APn 594, Rel. Min. Jorge Mussi; AgRg no REsp 1259109, Rel. Min. Nefi Cordeiro; AgRg no REsp



# Lopes de Oliveira & Versiani

Advogados Associados

Em que pese o Supremo Tribunal Federal entender que a configuração do crime previsto no art. 89 da Lei independe da prova do resultado danoso, ainda se demonstra necessária a presença do dolo específico relativo à finalidade do agente de lesar o erário, de obter vantagem indevida ou de beneficiar patrimonialmente o particular contratado.<sup>2</sup>

Nestes termos, também quanto à tipificação do art. 89, entende o Ministro Relator do recurso especial que trata-se, portanto, de premissa incompatível com os entendimentos predominantes tanto no Superior Tribunal de Justiça quanto no Supremo Tribunal Federal, que, independentemente da natureza formal ou material do crime, convergem, ao menos, no sentido de exigir a demonstração do fim especial de lesar ao erário: se afigura-se como imponderável que, para fins de recebimento da denúncia, se exija a descrição do aludido especial fim de agir, com muito mais razão se deva exigir a presença de tal circunstância elementar para balizar um decreto condenatório.

Não bastasse o todo alegado, cumpre ressaltar que no que tange à regularidade do procedimento licitatório, a única conduta do Representado foi a de lançar o edital de tomada de preços n. 01/1999, agindo no estrito cumprimento da legalidade na condição de prefeito em exercício.

---

1470575, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz; HC 254944, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz.

<sup>2</sup> Inq 3674, Rel. Min. Luiz Fux; AP 559, Rel. Min. Dias Toffoli; INQ 2688, Rel. Min. Gilmar Mendes; INQ 3731, Rel. Min. Gilmar Mendes.



# Lopes de Oliveira & Versiani

Advogados Associados

Posteriormente, conforme comprova a Ata n. 02/99, a Prefeitura foi reassumida por seu então Prefeito, Darci Fiorini, a quem coube emitir os demais atos licitatórios.

Passando-se a análise do item (II), importante se faz ressaltar que as supostas condutas delituosas ocorreram em época anterior ao mandato de Deputado Federal do Representado, sendo, por si só, impassíveis de causar quebra de decoro parlamentar, visto que, o art. 1º do Código de Ética e Decoro Parlamentar da Câmara dos Deputados, estabelece princípios éticos e regras básicas de decoro que, por óbvio, devem orientar a conduta dos que sejam titulares ou que estejam no exercício do mandato de Deputado Federal.

De mais a mais, é impossível a caracterização de conduta contrária ao decoro por quem não detém a qualidade de parlamentar. Nestes termos, a representação sequer poderia ter sido admitida nesta Casa, uma vez que a controvérsia acerca de condutas estranhas ao período de exercício do mandato parlamentar ultrapassa os limites da jurisdição ética do Parlamento pátrio.

Tal representação é afronta clara ao art. 55 da Constituição Federal, que ao dispor que perderá mandato o Deputado ou Senador cujo procedimento for declarado incompatível com o decoro parlamentar, excluiu do âmbito de sua incidência condutas anteriores ao período de mandato.



# Lopes de Oliveira & Versiani

Advogados Associados

Ofende, ainda, o art. 55, §1º da Constituição, os arts. 240, II e 244 do Regimento Interno da Câmara e art. 4º, do Código de Ética, visto que **não há**, nos aludidos artigos, **qualquer previsão normativa no sentido de admitir-se a imputação de fatos ocorridos antes do início do mandato parlamentar.**

Neste exato sentido, importante mencionar o julgamento do **Recurso nº 55/11 CCJC** (Representação nº 01/2011), o qual possui como Recorrente a Deputada Federal Jaqueline Roriz, em que o eminente Relator, Deputado Federal Vilson Covatti (DOC. 06 - decisão), rememorou decisão acolhida por este Conselho de Ética, da relatoria do Deputado José Eduardo Cardozo, no sentido de que **não podem fatos ocorridos anteriormente ao mandato de Deputado Federal serem considerados para o fim de exame do decoro parlamentar.**

Tal decisão, apreciando a Representação nº 02/2007, deduzida contra o Deputado Raul Jungmann, **afastou a hipótese de punição, visto que os supostos delitos teriam ocorrido em data anterior ao mandato parlamentar.** O Conselho de Ética, na linha de voto do ilustre Deputado José Eduardo Cardozo se pronunciou da seguinte forma (grifos nossos):

**De fato, conforme honestamente narra a exordial, a época em que se realizaram os fatos que embasam a presente acusação, não era o representado Deputado Federal. Não exercia mandato parlamentar. Investido, com efeito, estava em cargo de Ministro do Estado. Ostentava, por tal provimento, a condição de agente político, particular espécie, como é sabido de todos, do gênero agente público. Nesta exclusiva condição teria praticado os fatos**



# Lopes de Oliveira & Versiani

Advogados Associados

narrados na representação. Mandato parlamentar não exerceia, e nem dele licenciado estava.

(...)

Ora, quem não é parlamentar não pode incorrer na falta de decoro parlamentar. Embora o dever de probidade, de moralidade, seja um dever a que estão submetidos todos os agentes públicos em geral, aos ditames da ética parlamentar apenas os parlamentares estão submetidos.

(...)

Pretender que alguém que não era parlamentar quando da prática de um ato, após tornar-se parlamentar, possa ser punido por este mesmo ato a título de desrespeito às normas éticas de uma especial categoria de agentes públicos a que não pertencia, seria admitir-se uma estranha forma de retroatividade punitiva. Uma retroatividade não só ofensiva aos mais elementares princípios do direito, mas à própria lógica e ao bom senso.

Coadunando com o raciocínio da decisão anterior, o Relator Deputado Federal Vilson Covatti, argumenta (grifos nossos):

Por isso a ponderação que aqui se faz vai diametralmente contra aquela contida na decisão recorrida, em que é, inclusive, asseverado tratar-se o decoro de um conceito, propositadamente, aberto. O objetivo sustentado, com o qual não se concorda, é de se fazer uma análise ampla das condutas de parlamentares, quer os fatos tenham ocorrido antes da legislatura (quando ainda não é detentor de mandato), quer tenham ocorrido durante a legislatura.

A decisão nesse sentido, chega a causar perplexidade a partir de um dado não abordado no voto do Relator no Conselho de Ética, mas que deve ser de enfrentamento obrigatório. Trata-se de ponto relativo ao momento desde o qual se farão retroagir as normas que trazem como consequência a perda do mandato por falta de decoro parlamentar.

**Futuramente, com quais casos o Conselho de Ética se preocupará? Todos aqueles descobertos pela imprensa ocorridos há 5 anos, 10 anos ou 20 anos? Qual será o elemento temporal que definirá o momento de incidência das normas que tratam de decoro parlamentar?**

A vacilação ao se tentar responder tal indagação é a medida certa que dá sustentação à interpretação



# Lopes de Oliveira & Versiani

Advogados Associados

mais direta da leitura das normas que tratam da questão do decoro parlamentar. E para tanto, entendendo sepultar a discussão, invoca a norma do art. 1º do Código de Ética e Decoro Parlamentar da Câmara dos Deputados.

Ora, se o decoro orienta a conduta do parlamentar no exercício do cargo, não pode o decoro parlamentar orientar aqueles que não são Deputados Federais. Enquanto não detiverem essa condição, não podem ser compelidos a se portarem para evitar um futuro e incerto dano ao Parlamento.

Há de se ter presente o **princípio da contemporaneidade**, tão bem definido pelo Exmo. Min. Celso de Mello no julgamento do MS 23.388/DF (grifos nossos):

Parece revelar-se essencial, portanto, para os fins a que se refere o art. 55, § 2º da Constituição da República, a existência de uma necessária relação de contemporaneidade entre a **prática do ato contrário ao decoro parlamentar**, de um lado, e o **exercício do mandato legislativo de outro**, mesmo que o ato ofensivo à dignidade institucional do mandato (e, também, à honorabilidade do Parlamento) tenha ocorrido na legislatura imediatamente anterior, praticado por quem, naquele momento, já era integrante do Poder Legislativo.

Isto posto, está meridianamente demonstrada a impossibilidade de imputação de quebra de decoro em relação a fatos ocorridos antes do início do mandato parlamentar.

Por fim, no que tange ao item (III), maior discussão não há, visto que os delitos em questão já se encontram fulminados pela ocorrência da **prescrição da pretensão punitiva estatal na modalidade intercorrente**.

O Representado foi condenado pelos delitos dos arts. 89 e 90 da Lei nº 8.666, às penas de 03 (três) anos, 01 (um) mês e 15 (quinze) dias de detenção e de

02 (dois) anos, 01 (um) mês e 15 (quinze) dias de detenção, respectivamente.

Na forma do art. 119 do Código Penal, consideradas isoladamente, essas penas submetem-se ao prazo prescricional de 08 (oito) anos (art. 109, IV do CP), quando preenchidas as condições do art. 110, §§ 1º e 2º do CP, na redação vigente na data dos supostos fatos:

§1º - A prescrição, depois da sentença condenatória com trânsito em julgado para a acusação, ou depois de improvido seu recurso, regula-se pela pena aplicada.

§2º - A prescrição, de que trata o parágrafo anterior, pode ter por termo inicial data anterior à do recebimento da denúncia ou queixa.

Vale dizer que estas modalidades de prescrição - retroativa e superveniente - não se confundem com a prescrição da pretensão executória disciplinada no *caput* do art. 110 do CP, vez que àquelas são espécies de prescrição da pretensão punitiva, reguladas pela pena máxima em concreto, pois uma vez ausente recurso do órgão acusatório, inviável qualquer pronunciamento pela exasperação da sanção.

**Dito isto, percebe-se que o trânsito em julgado para a acusação não consubstancia termo da contagem do lapso prescricional, mas pressuposto para eventual extinção da punibilidade.**

São nestes termos que o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula 146, estabelecendo que a prescrição da ação regula-se pela pena concretizada na sentença, quando não há recurso da acusação.



# Lopes de Oliveira & Versiani

Advogados Associados

Verifica-se, portanto, a ocorrência do curso de lapso temporal superior a 8 anos entre o último termo interruptivo da prescrição - publicação do acórdão condenatório em 17.12.2009 (DOC. 07 - consulta portal TRF4) - e a data da sessão em que se deliberou pelo não conhecimento do recurso especial.

Vale lembrar que para efeito de configuração do marco interruptivo do prazo prescricional, considera-se publicado o acórdão condenatório na data da realização da sessão pública de julgamento, independente de quando se dê sua veiculação na imprensa oficial.<sup>3</sup>

Ademais, é importante pontuar que, na ocasião de não conhecimento do recurso especial pela Primeira Turma do STF, em 06 de fevereiro de 2018, a pretensão punitiva já estava extinta, de modo que o não conhecimento do recurso não produziu qualquer efeito sobre os marcos interruptivos do prazo prescricional, que já havia sido concretizado na data de 16 de dezembro de 2017.

Assim, consideradas as penas isoladamente aplicadas, e tendo-se presente que o recurso especial pendente de julgamento foi admitido pela instância de origem, não há como deixar de se reconhecer a extinção da punibilidade dos fatos implicados na ação penal, em

---

<sup>3</sup> AP 409, AgR-segundo/CE, Rel. Min. Teori Zavascki; AP 694/MT, Rel. Min. Rosa Weber; RHC 125078/SP, Min. Dias Toffoli; AP 481-EI, Rel. Min. Dias Toffoli; AI 539301 AgR, Rel. Min. Gilmar Mendes; HC 67943, Rel. Min. Paulo Brossard; AgRg no REsp 1284572/SP, Rel. Min. Rogério Schietti Cruz; HC 233594/SP, Rel. Min. Alderita Ramos de Oliveira; EDcl no REsp 962044/SP, Rel. Min. Gilson Dipp; REsp 1164698/RJ, Rel. Min. Jorge Mussi.



# Lopes de Oliveira & Versiani

Advogados Associados

conformidade com os arts. 109, IV, 110, § 1º e 2º e 119 todos do Código Penal.

Outrossim, pelo todo exposto, não há que se falar em quebra do decoro por parte do Representado, conforme aduzido pela Rede Sustentabilidade, **vez que não houve nenhuma ação incompatível com os ditames éticos do Parlamento durante o mandato de Deputado Federal.**

Além disso, reitera-se que existem embargos de declaração pendentes de julgamento pela Suprema Corte, de tal modo que, se de fato houver o entendimento da inocência e/ou exame quanto à ocorrência da prescrição, conforme jurisprudência da própria corte, cairá por terra a presente representação.

Por fim, mesmo que superados os argumentos expostos, o que se admite apenas por amor ao debate, verifica-se que a condenação em caráter precário, posto que sem trânsito em julgado, estabeleceu como regime inicial de cumprimento da reprimenda o semiaberto, totalmente compatível com o exercício do mandato representativo.

### III- DOS PEDIDOS

Ante o exposto, requer:

- a) Preliminarmente, a suspensão do presente processo disciplinar até que a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal julgue os embargos de declaração do Representado;

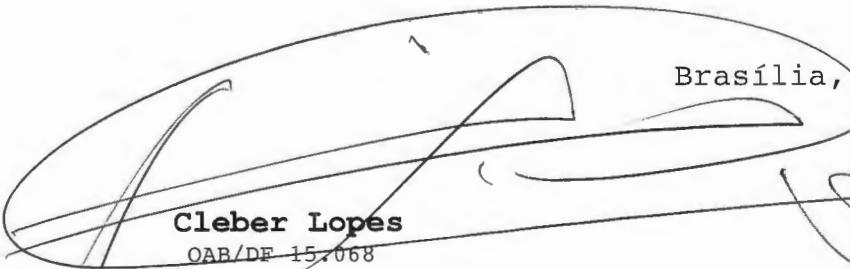


# Lopes de Oliveira & Versiani

Advogados Associados

- b) No mérito, seja julgada IMPROCEDENTE a representação, com a consequente absolvição do Deputado Federal e arquivamento do processo, conforme disposto no art. 13, III, "a" do Código de Ética e Decoro Parlamentar.
- c) Caso assim não se entenda, o que não se espera, que seja aplicada sanção menos grave ao Representado, face a anterioridade dos fatos imputados em relação ao Mandato de Deputado Federal, em consonância com o art. 13, III, "d" do Código de Ética e Decoro Parlamentar.

Brasília, 21 de maio de 2018.



**Cleber Lopes**  
OAB/DF 15.068



**Rita Machado**  
OAB/DF 55.120



**Marcel Versiani**  
OAB/DF 17.067

**ROL DE TESTEMUNHAS (podendo ser encontradas na**  
**Prefeitura Municipal de Pinhalzinho)**

Ariberto Bertasso

Anacleto Gallon

Darci Fiorini

**DOC. 01**

## EMENTA

AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. DISPENSA ILEGAL DE LICITAÇÃO. FRAUDE AO CARÁTER COMPETITIVO DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. ARTS. 89 E 90 DA LEI Nº 8.666/93. CONFIGURAÇÃO.

1. O tipo incriminador constante no artigo 90 da Lei 8.666/93 tem como um dos verbos-núcleo do tipo o ato de *fraudar*, vale dizer: burlar, enganar, iludir o caráter competitivo da licitação, de modo a acarretar a ausência de concorrentes (licitação deserta) ou a pouca quantidade destes, abrindo espaço, por conseguinte, à adjudicação direta do objeto ao único participante do certame. A competitividade, portanto, é atributo essencial a todo e qualquer certame licitatório; por isso, uma vez maculado este princípio - por força do ato fraudulento - não mais subsiste a licitação. 2. Demonstrada, pois, a vontade livre e consciente de fraudar o caráter competitivo do certame, bem como o fim especial de obter qualquer vantagem - seja ela pecuniária, social, política etc. -, decorrente da adjudicação do objeto da licitação, para si ou para outrem, estará perfectibilizado o crime descrito no art. 90 da Lei de Licitações. 3. A ausência de comprovação de dano ao erário público não se mostra essencial à caracterização da conduta delitiva descrita no artigo 90, porquanto referida figura típica visa tutelar não só o patrimônio público, mas, sobretudo, a moralidade administrativa expressa na regularidade do certame, além dos demais princípios licitatórios constitucionais dispostos no artigo 3º da L. 8.666/93. Trata-se, ademais, de crime formal, constituindo mero exaurimento a obtenção ou não da vantagem pretendida. 4. No que se refere ao delito de dispensa ilegal de licitação, segundo o entendimento recente do STJ, "a simples leitura do *caput* do art. 89 da Lei nº 8.666/93 não possibilita qualquer conclusão no sentido de que para a configuração do tipo penal ali previsto exige-se qualquer elemento de caráter subjetivo diverso do dolo. Ou seja, dito em outras palavras, não há qualquer motivo para se concluir que o tipo em foco exige um ânimo, uma tendência, uma finalidade dotada de especificidade própria, e isso, é importante destacar, não decorre do simples fato de a redação do art. 89, *caput*, da Lei nº 8.666/93, ao contrário do que se passa, apenas à título exemplificativo, com a do art. 90 da Lei nº 8.666/93, não contemplar qualquer expressão como 'com o fim de', 'com o intuito de', 'a fim de', etc. Aqui, o desvalor da ação se esgota no dolo, é dizer, a finalidade, a razão que moveu o agente ao dispensar ou exigir a licitação fora das hipóteses previstas em lei é de análise desnecessária". "Ainda, o crime se perfaz, com a mera dispensa ou afirmação de que a licitação é inexigível, fora das hipóteses previstas em lei, tendo o agente consciência dessa circunstância. Isto é, não se exige qualquer resultado naturalístico para a sua consumação (efetivo prejuízo para o erário, por exemplo) (Precedente)".

## ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Quarta Seção do Tribunal Regional Federal da 4<sup>a</sup> Região, por unanimidade: **a)** declarar extinta a punibilidade de **Luiz Fernando de Oliveira Guedes**, forte no disposto no art. 107, I, do CPP; **b)** absolver **Cláudio Pedro Utzig** e **Luiz Hentz** da prática do crime previsto no artigo 89 da Lei nº 8.666/93, com base no disposto no artigo 386, V, do CPP; **c)** absolver **Cláudio Pedro Utzig** e **Elio Trevisan** da prática do crime previsto no artigo 90 da Lei nº 8.666/93, com base no disposto no artigo 386, V, do CPP; e, por maioria: **a)** condenar **Luiz Hentz** às penas de 02 anos de detenção e multa no valor de R\$1.904,00, por inciso nas sanções do artigo 90 da Lei nº 8.666/93, e, de ofício, declarar extinta sua punibilidade, com base nos artigos 109, V, 110 §§ 1º e 2º e 107, IV, todos do Código Penal; **b)** condenar **João Rodrigues** às penas de 03 anos, 01 mês e 15 dias de detenção, além de multa no valor de R\$460,00, pela prática do crime previsto no artigo 89 da Lei nº 8.666/93, e de 02 anos, 01 mês e 15 dias de detenção, além de multa no valor de R\$1.904,00, pela prática do crime previsto no artigo 90 da Lei nº 8.666/93, em concurso material, totalizando 5 (cinco) anos e 3 (três) meses de detenção e multa no valor de R\$2.365,00 (dois mil trezentos e sessenta e cinco reais), devendo a pena corporal ser cumprida em regime inicialmente semi-aberto (art. 33, § 2<sup>a</sup>, alínea 'b', do CP), sem possibilidade de substituição (art. 44, do CP), e a pena de multa revertida à Fazenda Municipal de Pinhalzinho/SC, tudo nos termos do relatório, votos e notas taquigráficas que ficam fazendo parte integrante do presente julgado.

Porto Alegre, 17 de dezembro de 2009.

**Des. Federal TADAAQUI HIROSE**  
**Relator**

---

Documento eletrônico assinado digitalmente por **Des. Federal TADAAQUI HIROSE, Relator**, conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que instituiu a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, e a Resolução nº 61/2007, publicada no Diário Eletrônico da 4a Região nº 295 de 24/12/2007. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <https://www.trf4.gov.br/trf4/processos/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **2891392v29** e, se solicitado, do código CRC **BAC91809**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): **TADAAQUI HIROSE:38**  
Nº de Série do Certificado: **4435B08F**  
Data e Hora: **08/02/2010 18:16:16**

---

**AÇÃO PENAL Nº 2004.04.01.005062-5/SC**

**RELATOR** : Des. Federal TADAAQUI HIROSE  
**AUTOR** : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
**REU** : CLAUDIO PEDRO UTZIG  
**ADVOGADO** : Claudio Pedro Utzig  
**REU** : ELOI TREVISAN  
**ADVOGADO** : Gelson Joel Simon e outros  
**REU** : JOAO RODRIGUES  
**ADVOGADO** : Gelson Joel Simon e outro  
**REU** : LUIZ HENTZ  
**ADVOGADO** : Gelson Joel Simon e outros  
**REU** : LUIZ FERNANDO DE OLIVEIRA GUEDES  
**ADVOGADO** : Luiz Antonio Costa e outro

**RELATÓRIO**

O MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL ofereceu denúncia em desfavor de CLÁUDIO PEDRO UTZIG, ELOI TREVISAN, LUIZ HENTZ, LUIZ FERNANDO DE OLIVEIRA GUEDES e JOÃO RODRIGUES (à época, Prefeito do município de Pinhalzinho/PR e, atualmente, Prefeito Municipal de Chapecó/SC), pela prática, em tese, dos delitos tipificados nos artigos 89 e 90, ambos da Lei nº 8.666/93.

Eis os termos expostos na denúncia (fls. 03-11):

*[...] No dia 8 de fevereiro de 1999, o Prefeito Municipal em exercício de Pinhalzinho, João Rodrigues, autorizou a realização de processo licitatório nº 01/99, tendo em vista a compra de uma retroescavadeira, tração 4X4, no valor de R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) - fl. 9, e, como forma de pagamento a entrega de uma retroescavadeira, marca Maxion Simples, tração 4x2, modelo 750 M, Série RRO 1000218, pelo valor mínimo de R\$ 23.000,00 (vinte e três mil reais), e aplicação da verba do Ministério da Agricultura - Contrato de Repasse nº 0082232-87/98 MA/CEF (fls. 10-11; item 4.4).*

*Ocorre que a requisição de compras e serviços, emanada do Secretário de Agricultura, Luiz Hentz, fl. 07, foi datada de 08.09.99, mesmo dia da solicitação de compra e serviço (fl. 08), emanada do mesmo secretário, é o mesmo dia que foi bloqueado o recurso pelo então Prefeito Municipal em exercício, João Rodrigues. E mais, fls. 10 e 11, consta o edital de tomada de preços, do dia 10.02.99, onde já consta a avaliação da retroescavadeira a ser entregue no negócio pela prefeitura, por 23 mil reais. Ocorre que o Decreto Municipal que nomeou a comissão para proceder a avaliação da retroescavadeira usada, é do dia 12.02.99 (fl. 16). Quer dizer o edital já saiu com o valor da retroescavadeira, antes da instituição da comissão. Resultado: o valor da*

avaliação é o mesmo que consta no edital pretérito, quando o lógico e o legal é primeiro a nomeação da comissão, depois a avaliação, e depois a publicação do edital contendo a avaliação. Não por outra razão quem sabe o Decreto 009/99, da lavra do então Prefeito Municipal em exercício João Rodrigues, só foi publicado no Mural da Prefeitura (vide depoimento a fl. 152). O que interessa mais a coletividade de Pinhalzinho é que o Projeto de Lei 002/99, de 09.02.99, da lavra do então Prefeito em exercício supra referido, tirou 70 mil reais da verba da ampliação do programa de poços artesianos, para a compra da retroescavadeira.

De fls. 12 a 14 consta correspondência da empresa MOTORMAC - Distribuidora de Máquinas e Motores Ltda., com sede em São José/SC., distante 650 km de Pinhalzinho, datada de 26.02.99, onde consta já a aceitação da retroescavadeira usada pelo valor da avaliação, sendo que o preço da retroescavadeira nova já salta da estimativa de 60 mil para 92.500 reais.

De salientar que a licitação ocorreu através da modalidade de tomada de preços (art. 22 da Lei de Licitações), sendo que segundo consta do processo de licitação, somente a empresa em questão se interessou pelo negócio. Não houve concorrentes. Para se ter uma idéia veja-se a certidão do trânsito em julgado a fl. 144, onde consta que nenhum dos participantes interpôs recurso e o parecer jurídico a fl. 145 onde se assevera que só uma empresa do ramo apresentou proposta e que aberta a proposta a MOTORMAC foi declarada vencedora.

A fl. 21 consta Boletim Mensal de Despesa para a empresa MOTORMAC, no valor de 95.200,00 mil reais à vista, sem vinculação ao número de cheque, diferentemente das demais rubricas, sendo que na nota de compra a fl. 15 consta como forma de pagamento uma entrada mais 12 parcelas mensais de 3 mil e cem reais.

No parecer jurídico de fl. 26, que entendeu ter sido escorreita a licitação, não há menção alguma a alienação da retroescavadeira usada como pagamento parcial da retroescavadeira nova, sendo que a negociação não foi de forma clara, tanto que somando 23 mil da retroescavadeira usada, mais 25 mil do convênio federal, atingiria a 48 mil reais, e somando-se os 60 mil reais do empenho, o valor total chegaria a 108 mil reais. Observe que na nota de compra a fl. 15 apenas consta o valor total de 95 mil e duzentos reais, sem constar o abatimento da retroescavadeira usada, e sem constar o valor da entrada, haja vista que consta uma entrada mais 12 parcelas fixas de 3 mil e 100 reais. Assim, com o cômputo da retroescavadeira usada de 23 mil reais, a compra deveria ter sido feita por 71 mil e 800 reais na nota de compra de fl. 15, ou então que constasse da nota a entrega da retroescavadeira usada. E ainda de observar que o valor inicial da retroescavadeira nova passou de 60 mil reais para 92.500 reais, sendo que em relação a retroescavadeira usada não ocorreu qualquer majoração.

O edital de licitação, publicado no Diário Oficial e em jornal de Chapecó, fls. 30 e 31, consta apenas a tomada de preços, e não há menção a retroescavadeira usada no negócio.

A avaliação da retroescavadeira usada, pertencente ao patrimônio do Município de Pinhalzinho, foi efetuada pela comissão em 12.02.03, sendo que o preço já constava do edital anterior do dia 10.02.03, sendo que a Lei Municipal autorizando a alienação do bem público, fl. 32, data de 15.03.99, vindo a publicação à imprensa em 14.04.99, sendo que o art. 3º da lei, ainda firma que o preço da alienação será aquele promovido pela comissão, com o verbo no futuro.

Ainda neste diapasão, pelo decreto de fls. 42/44 foi estipulado a indisponibilidade das verbas municipais, em 20.11.98, vindo a ocorrer já em janeiro de 99 a aquisição da retroescavadeira nova.

No depoimento do denunciado LUIZ FERNANDO DE OLIVEIRA GUEDES, fl. 188, gerente na época dos fatos da empresa MOTORMAC, confirma que foi recebido um cheque da Prefeitura no valor de 95.200,00 reais, e ainda mais a retroescavadeira usada, que teria sido vendida a empresário da cidade de Pinhalzinho, Remildo Schultz. Desta forma a compra teria sido por 115.500,00 reais, e levando em conta que a avaliação da retroescavadeira usada tenha sido de acordo com o preço de mercado.

A retroescavadeira em questão foi adquirida por REMÍDIO SHULTZ, fl. 198, no mesmo ano de 1999, como alegado, por 35 mil reais (doze mil reais a mais do valor da avaliação).

A fl. 22 consta a origem federal da verba de 25.702,07 reais, advindo do convênio PRODESA/CEF.

Portanto, os denunciados fraudaram, mediante ajuste, o caráter competitivo do procedimento licitatório n.º 01/99, com o intuito de obterem para si e para o denunciado LUIZ FERNANDO

vantagem decorrente da adjudicação de uma retroescavadeira, ano 99, marca Case, modelo M 580 L, tração 4x4, e assim incidiram nas penas do art. 90 da Lei 8.666/93.

A conduta do denunciado ELÓI, presidente da Comissão Especial de Avaliação, consistiu em impedir a eficácia da licitação.

A conduta do denunciado CLÁUDIO PEDRO UTZIG, procurador do município de Pinhalzinho/SC, consistiu em omitir, em seu Parecer Jurídico, a Dotação Orçamentária, bem como o fornecimento da retroescavadeira pertencente ao patrimônio público que faria parte do pagamento da máquina nova a ser adquirida (fls. 26 e 28).

O denunciado LUIZ FERNANDO, gerente geral da empresa Motormac Distribuidora de Máquinas e Motores Ltda., participou da fraude por apresentar, no dia 26 de fevereiro de 1999, à Prefeitura Municipal de Pinhalzinho, proposta para o merecimento no processo licitatório, demonstrando o preço unitário da retroescavadeira a ser adquirida pela Prefeitura no valor de R\$ 95.200,00 (noventa e cinco mil e duzentos reais) (fls. 12-13).

Ocorre, que o denunciado LUIZ FERNANDO participou do processo licitatório, sem autorização legislativa publicada, aceitando como parte do pagamento a retroescavadeira descrita no Edital de Tomada de Preços n.º 1/99, constando o valor desta igual ao já estabelecido, ou seja, R\$ 23.000,00 (vinte e três mil reais), sendo que o Edital de Aviso de Licitação publicado no Diário Oficial/SC n.º 16.104, não mencionava a retroescavadeira usada como forma de pagamento.

A adjudicação do objeto em questão, em benefício do denunciado LUIZ FERNANDO foi comprovada às fls. 15, 20-26.

O denunciado JOÃO RODRIGUES é o principal responsável pela fraude na licitação, como Prefeito Municipal em exercício de Pinhalzinho, eis que autorizou e chancelou todo o processo licitatório.

O denunciado LUIZ HENTZ, participou do conluio, eis que como Secretário Municipal da Agricultura, requereu a compra da retroescavadeira nova e a venda da usada.

Ademais, a conduta dos denunciados tipificou, ainda, em concurso material, exceto o empresário LUIZ FERNANDO DE OLIVEIRA GUEDES (que está tipificado no parágrafo único do mesmo artigo), o delito do art. 89 da Lei 8.666/93 ("Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou inexigibilidade. Pena detenção de 03 a 05 anos.").

Em relação a alienação da retroescavadeira era mister ocorrer após a prévia autorização legal do legislativo municipal, e a posterior avaliação, o leilão partindo do preço mínimo (neste sentido decisões do TCE de fls. 49/41), e não o contrário do que foi feito, sem licitação, a alienação da retroescavadeira usada.

E ainda foi eleita a forma de licitação de tomada de preços, sem que tenha sido comprovado existência de qualquer prévio cadastro de empresas do ramo.

Assim, os denunciados CLAUDIO UTZIG, como procurador do Município de Pinhalzinho, ELOI TREVISAN, como presidente da comissão de licitação, JOAO RODRIGUES, como prefeito municipal em exercício e LUIZ HENTZ, como Secretário da Agricultura, dispensaram licitação fora das hipóteses previstas na lei e ainda frustaram o caráter competitivo da licitação, sendo que o empresário se aproveitou de tal fato [...].

O magistrado *a quo*, ao receber a peça, entendeu por declinar da competência, em face da prerrogativa de foro conferida a JOÃO RODRIGUES, Prefeito do Município de Pinhalzinho à época dos fatos, nos devidos termos do artigo 29, inciso X, da Constituição Federal (fls. 12-14).

Recebidos os autos neste Regional, o Ministério Público Federal requereu diligências (fl. 19), as quais foram devidamente efetivadas.

Com a nova documentação, o representante da Procuradoria Regional da República ratificou a denúncia, requerendo o seu recebimento e a regular tramitação da persecução criminal também em relação a LUIZ

FERNANDO DE OLIVEIRA GUEDES, consoante os fundamentos expostos nas fls. 109-115.

Devidamente intimados para os fins do artigo 6º da Lei nº 8.038/90, os indiciados apresentaram suas defesas preliminares (fls. 136-142, 164-173, 222-224 e 228-242).

Com vista dos autos o MPF, mais uma vez, ratificou a peça acusatória (fls. 489-491).

Em sequência, a Quarta Seção desta Casa, em sessão de julgamento realizada em 18.05.2006, por unanimidade, entendeu por receber a denúncia em relação a todos os acusados, nos termos do Acórdão assim ementado (DJU de 24.05.2006 - fls. 510-7):

*PROCESSO PENAL. NOTÍCIA-CRIME. ARTIGOS 89 E 90 DA LEI Nº 8.666/93. DISPENSA DE LICITAÇÃO SEM A OBSERVÂNCIA DAS FORMALIDADES PERTINENTES. FRAUDE DO CARÁTER COMPETITIVO DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. INDÍCIOS DE MATERIALIDADE E AUTORIA. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA.*

1. *Para que ocorra o regular recebimento da denúncia, deverá ser averiguada a presença dos requisitos formais do art. 41 do CPP e aferidas as condições de procedibilidade da ação penal, conforme o art. 43 do Código de Processo Penal.*
2. *Neste momento processual, são dispensáveis as provas da certeza da autoria e materialidade, reservadas apenas ao julgamento do mérito. No entanto, para exame inicial, deve ser perquirida a existência do mínimo de indícios que apontem para a viabilidade da instauração da persecução criminal, aplicando-se o princípio do *in dubio pro societate*.*
3. *Havendo indícios de autoria e materialidade dos delitos de dispensa de licitação sem a observância das formalidades pertinentes, bem como fraude do caráter competitivo do procedimento licitatório, impõe-se o recebimento da denúncia ofertada pelo Ministério Pùblico Federal, por infração aos artigos 89 e 90 da Lei nº 8.666/93.*

Com o seguimento da ação penal, procedeu-se o interrogatório dos acusados (fls. 548-557 e 838-842), sendo apresentadas as defesas prévias de fls. 559-560, 563-565 e 567-583.

Ouvidas as testemunhas arroladas pelas partes (fls. 880-3; 925-6 e fls. 971-3), foi deferida a desistência da inquirição de parte das testemunhas da defesa, com o que foram as partes intimadas, na forma do art. 10 da Lei 8.038/90 (fl. 990).

No prazo do artigo 11 da Lei 8.038/90, o MPF requereu a condenação dos acusados CLAUDIO PEDRO UTZIG, JOÃO RODRIGUES e LUIZ HENTZ, pela prática do crime previsto no art. 89 da Lei de Licitações, e de CLAUDIO PEDRO UTZIG, JOÃO RODRIGUES, LUIZ HENTZ, ELOI TREVISAN e LUIZ FERNANDO GUEDES pelo cometimento do delito descrito no art. 90 da mesma Lei. (fls. 1.000-7).

Em alegações finais, a defesa de JOÃO RODRIGUES arguiu, em preliminar, a extinção da punibilidade no tocante ao crime do art. 90, diante do

advento da prescrição. No mérito, sustentou estar amplamente demonstrada a legalidade da licitação. Em assim não sendo entendido, contudo, entende deva ser atribuída a Darci Fiorini a responsabilidade por eventuais irregularidades no procedimento licitatório, porquanto, na condição de Prefeito do Município à época dos fatos, foi quem homologou o certame (fls. 1.009-1021).

Por sua vez, a defesa de LUIZ FERNANDO DE O. GUEDES, sinteticamente, levantou a tese de atipicidade da conduta (fls. 1.022-5).

Já ELOI TREVISAN e LUIZ HENTZ argumentaram a total legalidade do procedimento licitatório em questão, inexistindo provas aptas à configuração dos delitos insculpidos nos arts. 89 e 90 da L. 8.666/93. Em visto disso, portanto, entendem restar configurada a ausência de justa causa para o exercício da ação penal (fls. 1.027-1.044).

Por fim, a defesa de CLAUDIO PEDRO UTZIG também sustentou a legalidade da licitação sob exame, com a consequente absolvição do denunciado (fls. 1.050-2).

Às fls. 1.060-1, a defesa de LUIZ FERNANDO DE OLIVEIRA GUEDES noticiou o falecimento do acusado, para os fins do disposto no art. 107, I, do CPP.

Apresentada cópia devidamente autenticada da certidão de óbito supra, em conformidade com o disposto no parágrafo único do artigo 232 do CPP, manifestou-se o representante do Ministério Público Federal pela extinção da punibilidade de Luiz Fernando (fl. 1075v.).

É o relatório.

À revisão.

**Des. Federal TADAAQUI HIROSE**  
**Relator**

---

Documento eletrônico assinado digitalmente por **Des. Federal TADAAQUI HIROSE, Relator**, conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que instituiu a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, e a Resolução nº 61/2007, publicada no Diário Eletrônico da 4a Região nº 295 de 24/12/2007. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <https://www.trf4.gov.br/trf4/processos/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **2891389v25** e, se solicitado, do código CRC **5CCB3313**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): TADAAQUI HIROSE:38  
Nº de Série do 4435B08F  
Certificado:  
Data e Hora: 22/09/2009 17:59:24

---

**AÇÃO PENAL Nº 2004.04.01.005062-5/SC**

**RELATOR : Des. Federal TADAAQUI HIROSE**  
**AUTOR : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**  
**REU : CLAUDIO PEDRO UTZIG**  
**ADVOGADO : Claudio Pedro Utzig**  
**REU : ELOI TREVISAN**  
**ADVOGADO : Gelson Joel Simon e outros**  
**REU : JOAO RODRIGUES**  
**ADVOGADO : Gelson Joel Simon e outro**  
**REU : LUIZ HENTZ**  
**ADVOGADO : Gelson Joel Simon e outros**  
**REU : LUIZ FERNANDO DE OLIVEIRA GUEDES**  
**ADVOGADO : Luiz Antonio Costa e outro**

**VOTO**

Trata-se de ação penal originária em que denunciados LUIZ FERNANDO DE OLIVEIRA GUEDES, CLÁUDIO PEDRO UTZIG, ELÓI TREVISAN, JOÃO RODRIGUES (à época dos fatos, no exercício da Prefeitura do Município de Pinhalzinho/SC) e LUIZ HENTZ (também, na época dos fatos, Secretário Municipal de Agricultura do referido Município), diante da potencial prática dos crimes previstos nos artigos 89 e 90 da Lei nº 8.666/93.

De acordo com a denúncia, os acusados teriam fraudado o caráter competitivo de procedimento licitatório instaurado para a compra de uma retroescavadeira requisitada pelo Fundo de Desenvolvimento Agropecuário de Pinhalzinho/SC. Os fundamentos vão desde a discrepância entre o valor estimado do bem (60 mil reais) e o valor efetivamente pago pela máquina agrícola (95 mil e duzentos reais), até o modo confuso com que fora estipulada a forma de pagamento do bem, inclusive com a dação em pagamento da retroescavadeira usada de propriedade do Município. Nesse aspecto, a tese acusatória funda-se no fato de que João Rodrigues, Claudio Utzig e Luiz Hentz (respectivamente, prefeito, assessor jurídico e secretário da agricultura de Pinhalzinho/SC) teriam dispensado ou

deixado de exigir o procedimento licitatório previsto em Lei para a hipótese de alienação de bem pertencente à Administração Pública.

**Preliminarmente:**

**1. Competência da Justiça Federal (art. 109, inciso IV, da CF/88)**

De início, registro que a **competência da Justiça Federal** para processar e julgar o feito reside no fato de que a aquisição da retroescavadeira nova por parte da municipalidade teve como justificativa o "Contrato de Repasse nº 82232-87/92", celebrado entre o Município de Pinhalzinho - por meio do Fundo de Desenvolvimento Agropecuário (FUNDAPI) - e o Ministério da Agricultura - via recursos da Caixa Econômica Federal (fl. 07 do IP) -, exsurgindo daí a hipótese de infração penal praticada em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas, tal como preconiza o artigo 109, inciso IV, da CF/88.

**2. Competência pela prerrogativa de função (art. 84, do CPP)**

Ainda, a **competência originária** deste Tribunal, em face da **prerrogativa de função** conferida aos prefeitos, resta mantida com relação a João Rodrigues, atual prefeito do Município de Chapecó/SC (fl. 1.058 v.).

**3. Prescrição do crime previsto no artigo 90 da Lei de Licitações**

A defesa de João Rodrigues pretende ver reconhecida a prescrição da pretensão punitiva em relação ao crime previsto no art. 90 da Lei de Licitações. Isso porque, datando o procedimento licitatório do ano de 1999, já teria decorrido o prazo prescricional necessário à extinção da punibilidade pela pena abstratamente cominada.

Tratando-se, todavia, de delito cuja pena máxima prevista em abstrato é 4 quatro anos, recebida a denúncia em maio de 2006 (fls. 510-7), não há falar no advento do prazo prescricional de oito anos a que alude o art. 109, inciso IV, do CP.

**4. Extinção da punibilidade: morte de um dos agentes (art. 107, inciso I, do CP)**

A defesa de Luiz Fernando de Oliveira Guedes comunicou a morte do agente, juntando aos autos cópia devidamente autenticada da certidão de óbito (fl.1.074).

Após vista dos autos ao Ministério Público Federal, acolho o parecer ministerial de fl. 1.075v. para decretar a extinção da punibilidade de Luiz Fernando de Oliveira Guedes, forte no disposto no artigo 107, inciso I, do Código Penal.

**No mérito:**

Artigo 90 da Lei nº 8.666/93

De acordo com a tese acusatória, todos os acusados teriam fraudado o procedimento licitatório nº 01/99, instaurado para a aquisição de uma nova retroescavadeira por parte do município de Pinhalzinho/SC.

Na visão do MPF, a fraude resta evidenciada, primeiramente, no exíguo prazo em que realizadas as etapas do processo licitatório, a saber: a requisição/solicitação de compra e o bloqueio dos recursos financeiros ocorreram indistintamente em 08.02.1999, enquanto que o edital de tomada de preços foi assinado na mesma data de sua publicação em jornal local e no Diário Oficial, ou seja, em 10.02.1999, havendo divergência, ainda, entre a efetiva data da assinatura do edital e as datas constantes nas publicações.

De igual modo, o valor estimado da retroescavadeira e o fato de o pagamento do bem ter sido efetivado de forma diversa da prevista no edital comprovariam a existência de fraude na licitação. Isso porque, quando da requisição de compra, foi estimado o valor do bem como sendo de R\$60.000,00; a retroescavadeira, contudo, acabou sendo adquirida por R\$95.200,00, sendo que somente uma empresa, a MOTORMAC, representada por Luiz Fernando de Oliveira Guedes, apresentou proposta. Também, previa o edital que o pagamento deveria ser realizado mediante a entrega de uma retroescavadeira antiga - avaliada no valor mínimo de R\$23.000,00 - mais R\$25.000,00 oriundo do Contrato de Repasse nº 0082232-87/98, da Caixa Econômica Federal, além de saldo a ser suportado pela Prefeitura com a entrega do objeto. A negociação, no entanto, ocorreu com o pagamento de R\$95.200,00 por parte da municipalidade mais a entrega da retroescavadeira usada, cujo valor constante da avaliação foi restituído aos cofres municipais pela empresa licitante por meio de depósito em cheque. Porém, a Nota de Compra à fl. 15 do IP refere como forma de pagamento "*entrada + 12 parcelas mensais fixas de R\$3.100,00*", em descompasso, portanto, com os termos do edital.

Pois bem. O artigo 90 da Lei nº 8.666/93 assim dispõe:

*Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório, com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação:*

*Pena - detenção, de 2 (dois) a 4 (quatro) anos, e multa.*

Nas lições de Diógenes Gasparini (**Crimes na Licitação**, 2<sup>a</sup> ed. - São Paulo: NDJ, 2001) e de André Guilherme Tavares de Freitas (**Crimes na Lei de Licitações**, Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007), o tipo incriminador constante no artigo 90 da Lei 8.666/93 tem como um dos verbos-núcleo do tipo o ato de "fraudar", vale dizer: burlar, enganar, iludir o caráter competitivo da licitação, de

modo a "acarretar a ausência de concorrentes (licitação deserta) ou a pouca quantidade destes, abrindo espaço, por conseguinte, à adjudicação direta do objeto ao único participante do certame" (TAVARES DE FREITAS, *op. cit.*, p. 107-8). Ainda, para Marçal Justen Filho (**Comentários à lei de licitações e contratos administrativos**. 13<sup>a</sup> ed. - São Paulo: Dialética, 2009, p. 860), o "[...] fraudar envolve o ardil pela qual o sujeito impede a eficácia da competição.".

Como se vê, a competitividade é atributo essencial a todo e qualquer certame licitatório. Por isso, uma vez maculado este princípio - por força do ato fraudulento - não mais subsiste a licitação. Como anota Jessé Torres Pereira Júnior (**Comentários à lei das licitações e contratações da administração pública**. 6<sup>a</sup> ed. - Rio de Janeiro: Renovar, 2003, p. 843)

[...] Equivaleria a um "jogo de cartas marcadas", cujo desfecho já estaria previamente estabelecido em favor de um dos jogadores. Assim os demais licitantes estariam concorrendo apenas por concorrer (cientes ou não de tal circunstância), pois que o objeto do certame já estará previamente adjudicado a um deles.

Por outro lado, na referência de Marcelo Leonardo (**Crimes de responsabilidade fiscal: crimes contra as finanças públicas; crimes nas licitações; crimes de responsabilidade de prefeitos** - Belo Horizonte: Del Rey, 2001), se a fraude ferir outro aspecto da licitação que não o caráter competitivo, poderá ocorrer outra infração, mas não a disposta no artigo 90.

O crime em questão pode ser executado "**mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente**", ou seja, por meio de simples trato, acordo ou composição voluntária de interesses ilícitos entre os co-autores (GASPARINI, *op. cit.*, p. 102) e também por meios mais amplos, "*como um plano ou estratégia estabelecidos para impedir a livre contenda entre os licitantes*" (PEREIRA JÚNIOR, *op. cit.*, p. 843).

Todavia, ainda que não haja provas acerca do pactuado entre os co-autores, a evidência da utilização de qualquer outro meio para a realização da fraude (não necessariamente combinado ou ajustado) é suficiente à caracterização delitiva, desde que demonstrada a vontade livre e consciente de fraudar o caráter competitivo do certame e, além disso, que o agir fraudulento se deu com o fim especial de obter qualquer vantagem - seja ela pecuniária, social, política etc. - decorrente da adjudicação do objeto da licitação (cf. TAVARES de FREITAS, *op. cit.*, p. 109).

A intenção em obter a vantagem caracterizadora do dolo específico do tipo deve ser, ademais, **para si ou para outrem**.

Por outro lado, cumpre salientar que em se tratando de crime cujo objeto de tutela é a própria Administração Pública, desnecessária a comprovação de dano patrimonial ao erário para a perfectibilização da conduta. No exemplo de André Guilherme Tavares de Freitas (*op. cit.*, p. 104), é o que ocorre:

[...] na hipótese em que o licitante favorecido apresenta preços de mercado ao produto ou serviço oferecido, posto que outros bens jurídicos já terão sofrido lesão, como a "moralidade administrativa", a "regularidade do certame" etc. A verificação do dano patrimonial poderá gerar, contudo, além da responsabilidade penal, sancionamentos civil e administrativo aos agentes públicos e particulares envolvidos."

E arremata o mencionado autor:

*Destarte, temos como equivocado o entendimento doutrinário que limita a vantagem mencionada neste tipo à econômica, pois a objetividade jurídica desse crime não é só o patrimônio do Poder Público. É mais abrangente e relaciona-se à moralidade administrativa, à lisura, à idoneidade, à credibilidade, à regularidade, do procedimento licitatório.*

*Neste crime pode não haver prejuízo à Administração Pública no sentido financeiro, mas há o prejuízo no sentido do ferimento aos princípios norteadores da licitação, dentre os quais se inclui o que foi expressamente mencionado na composição típica penal em análise, o princípio da competitividade da licitação. (op. cit., p. 110).*

No exame do caso dos autos, tem-se que, em **08.02.1999**, o à época Secretário Municipal da Agricultura Luiz Hentz iniciou a "**Requisição de Compras e Serviços nº 01/99**", objetivando a compra da Retroescavadeira Traçada 4X4 (fl. 07 do IP). Também em **08.02.1999**, Luiz Hentz **autuou** a "**Solicitação de Compra/Serviço nº01/99**", dando início ao procedimento licitatório, modalidade "Tomada de Preços", para a compra da máquina, constando como "estimativa do valor" a quantia de 60 mil reais (fl. 08 do IP). Ainda no dia **08 de fevereiro de 1999**, o prefeito em exercício, João Rodrigues, autorizou o processo licitatório, oportunidade em que determinou o bloqueio do valor estimado do bem (fl. 09 do IP).

Em **10.02.1999**, João Rodrigues assinou o respectivo Edital de Tomada de Preços (fls. 10-1). Também em **10.02.1999**, o assessor jurídico do Município, Claudio Pedro Utzig, lançou parecer pela lisura do certame (fl. 28 do IP). Na mesma data foram publicados os Avisos de Licitação em jornal local e no Diário Oficial de Santa Catarina (fls. 30-1).

No tocante aos Avisos publicados, há divergência acerca das datas neles constantes: enquanto no Aviso publicado em periódico de grande circulação consta a data de **05.02.1999**(fl. 30 do IP), o mesmo Aviso publicado no Diário Oficial/SC data de **03.02.1999** (fl. 31 do IP). Além disso, ambas as datas precedem à autorização para a abertura do procedimento licitatório - assinada em **08.02.1999** -, cujo edital somente foi assinado em **10.02.1999**.

Ora, sendo o Aviso um breve resumo do edital não poderia ter sido assinado antes do documento do qual decorre. Significa dizer que, antes mesmo da instauração do certame, a Prefeitura já havia encaminhado os resumos dos editais para publicação, o que contraria o disposto no artigo 38 da Lei 8.666/93, *verbis*:

*Art. 38. O procedimento da licitação será iniciado com a abertura de processo administrativo, devidamente autuado, protocolado e numerado, contendo a autorização respectiva, a indicação*

*sucinta de seu objeto e do recurso próprio para a despesa, e ao qual serão juntados oportunamente*

*I - edital ou convite e respectivos anexos, quando for o caso;*

*II - comprovante das publicações do edital resumido, na forma do art. 21 desta Lei, ou da entrega do convite;*

*[Omissis]*

Ainda, no que tange à publicação do Aviso na imprensa oficial, cumpre ressaltar que a compra da retroescavadeira envolvia a utilização parcial de recursos federais oriundos do Contrato de Repasse nº 0082232-87/98 celebrado com a Caixa Econômica Federal. Nesse sentido, não obstante o inciso I do artigo 21 da Lei de Licitações preveja a publicação dos resumos dos editais no Diário Oficial da União, "quando se tratar de **obras** financiadas parcial ou totalmente com recursos federais", certo é que o princípio licitatório constitucional da Publicidade não permite que as compras e serviços efetuados com a utilização - ainda que parcial - de verbas federais sejam excluídas do comando legal, pois, como alerta Marçal Justen Filho (*op. cit.*, p. 243):

*A definição do Diário Oficial em que deverá ocorrer a publicação faz-se em função da órbita política que promover a licitação. No entanto, quando a futura contratação envolver verbas federais ou garantias prestadas por instituições federais, deverá ocorrer a divulgação tanto no Diário Oficial da União quanto no órgão de imprensa oficial da "respectiva unidade federativa".*  
[...]

Portanto, considerando que o Edital de Tomada de Preços previa, como forma de pagamento do bem, a utilização de R\$25.000,00 provenientes de contrato de repasse de verbas federais, cumpria à Prefeitura de Pinhalzinho publicar o aviso da licitação também no DOU, o que não ocorreu.

A discrepância entre o valor estimado para a compra da retroescavadeira (R\$60.000,00) e o preço efetivamente pago pela Administração Municipal (R\$95.200,00) é outro fator que não se coaduna com os princípios da Publicidade, da Impessoalidade, da Moralidade e da Economicidade inerentes a todo processo licitatório. Observe-se.

A estimativa de valor de R\$60.000,00, lançada na Solicitação de Compra da retroescavadeira, não encontra qualquer justificativa nos autos, não havendo notícia acerca da efetivação de pesquisa de mercado para a compra da retroescavadeira. Saliente-se que nas palavras do próprio licitante, Luiz Fernando Oliveira Guedes, "[...] nenhuma Prefeitura faz uma licitação de um objeto...de uma máquina, especificamente, sem antes sondar quanto é que está o preço no mercado de uma máquina dessas, como é que as empresas 'topam' vender [...]" (fl. 839).

Assim, ainda que se admita a realização de pesquisa de mercado na hipótese, não foi obedecida a formalidade ínsita ao procedimento licitatório,

consoante preceitua o parágrafo único do art. 4º da Lei de Licitações, segundo o qual "*O procedimento licitatório [...] caracteriza ato administrativo formal, seja ele praticado em qualquer esfera da Administração Pública*".

De outra parte, o valor alegadamente pago pela retroescavadeira à época não encontra respaldo na estimativa de preço fornecida pela própria licitante, qual seja, R\$86.000,00, conforme apurou o laudo pericial de fls. 213-4 do IP.

Colhendo-se outros elementos do depoimento do gerente da licitante, observa-se que Luiz Fernando Guedes, ao ser questionado se a Motormac tinha como ajudar na montagem do procedimento licitatório ou interferir na licitação antes da publicação do edital, assim respondeu (fl. 842):

*[...] A gente costumava ser consultado antes, sobre se tínhamos máquina, tal, e a maneira que a gente tinha para entregar, quanto era, quanto é que custava, como é que podia fazer a venda e tal. E esta era a ajuda que a gente podia dar, porque quem faz o edital é a Prefeitura [...]*

Tal prática, sem dúvida, afeta a competitividade da licitação, pois não se pode dizer que as empresas previamente consultadas concorrem em igualdade de condições com as demais, cuja ciência do objeto e demais termos do procedimento só ocorre quando da publicação do edital. Trata-se de comportamento que põe em risco a observância do princípio constitucional da isonomia, o qual integra a função precípua da licitação (artigo 3º da Lei de Licitações).

Além disso, a forma confusa com que efetivado o pagamento da retroescavadeira está em descompasso com os termos do edital que assim dispunha:

*[...] O objeto ora licitado será pago pela Tesouraria da prefeitura Municipal de Pinhalzinho através de cheque nominal ou Ordem de Pagamento, mediante entrega do objeto e a apresentação da Nota Fiscal nas seguintes condições: Uma Retroescavadeira Maxion Simples 4x2 Modelo 750M, Série RRO 1000218, no estado em que se encontra, podendo ser analisada pelo proponente, no valor mínimo de **R\$23.000,00** (vinte e três mil reais) como parte do pagamento, mais o valor de **R\$25.000,00** (vinte e cinco mil reais) que estão depositados na Caixa Econômica Federal Agência de Maravilha [...] recursos estes oriundos do Contrato de Repasse Nº 0082232-87/98 MA/CEF [...]; **Saldo a vista contra entrega do objeto** [grifou-se].*

No ponto, aliás, causa espécie o fato de o edital juntado pela defesa do licitante descrever forma de pagamento diversa do edital que, em tese, teria sido publicado (fls. 143-4):

*O objeto ora licitado será pago pela Tesouraria da Prefeitura Municipal de Pinhalzinho através de cheque nominal ou Ordem de Pagamento, mediante entrega do objeto e a apresentação da Nota Fiscal nas seguintes condições: Entrada de **R\$58.000,00** (CINQUENTA E OITO MIL REAIS) da seguinte forma; Uma Retroescavadeira Maxion Simples 4x2 Modelo 750M, Série RRO 1000218, no estado em que se encontra, podendo ser analisada pelo proponente, no valor mínimo de **R\$23.000,00** (vinte e três mil reais). **R\$5.000,00** (cinco mil reais), em moeda corrente o ato da entrega do objeto, mais o valor de **R\$25.000,00** (vinte e cinco mil reais) que estão depositados na Caixa Econômica Federal Agência de Maravilha [...] recursos estes oriundos do Contrato de Repasse Nº 0082232-87/98 MA/CEF [...]; **R\$5.000,00** (cinco mil reais) trinta dias após a entrega*

do objeto. O saldo restante será pago em doze parcelas mensais, iguais e sucessivas, sem reajustes, vencendo sempre até o décimo útil de cada mês. [...]

Não bastasse essa divergência, o Contrato Administrativo de Compra/Venda nº 3, celebrado entre o Fundo Municipal de Desenvolvimento Agropecuário de Pinhalzinho e a Motormac, estabelece outra forma de pagamento para a retroescavadeira em questão (fls. 151-3):

[...] *O pagamento será efetivado na Tesouraria da Prefeitura Municipal de Pinhalzinho, mediante Ordem de Crédito ou cheque nominal à Contratada, no seguinte prazo: Entrada de R\$25.000,00, conforme Contrato de Repasse Nº 0082232-87/98 firmado com a (CEF) Caixa Econômica Federal, através do PRODESA, mais uma Retroescavadeira Maxion 750M 4x2, usada, no estado em que se encontrar, avaliada em R\$23.000,00 (Vinte e três mil reais) [...]; mais R\$10.000,00 (Dez mil reais) em moeda corrente do país após a entrega do bem, objeto deste contrato, e apresentação de Nota Fiscal, da seguinte forma R\$5.000,00 no ato, e R\$5.000,00 trinta dias após; Saldo restante será pago em 12 (doze) parcelas mensais, iguais e sucessivas no valor de R\$3.100,00 cada uma, vencendo a primeira trinta dias após a entrega do equipamento [...].*

O constante no Contrato, contudo, não reflete a forma como efetivamente teria ocorrido o pagamento. Senão, vejamos.

Em **20.04.1999** a Prefeitura de Pinhalzinho emitiu um DOC em favor da Motormac no valor total de R\$95.200,00 (fl. 199). Antes disso, porém, a empresa licitante recebeu a antiga retroescavadeira - pertencente ao patrimônio municipal - como parte do pagamento da nova máquina agrícola. Para tal negociação, em **11.03.1999**, a Prefeitura emitiu nota fiscal no valor de R\$23.000,00, referente a venda da retroescavadeira usada em favor da Motormac (fl. 30).

Em **16.03.1999**, a Motormac revendeu o bem a Remídio Schultz pelo valor constante à nota fiscal de fl. 29 de R\$28.120,00. Finalmente, em **15.04.1999**, a Motormac depositou na conta do Município os R\$23.000,00 estipulados no edital, os quais, assim, reingressaram em espécie aos cofres públicos, de modo a integralizar o preço total da compra a ser pago cinco dias depois. Já o parcelamento previsto no contrato não encontra nenhuma comprovação nos autos.

Além disso, em nenhum momento é explicado o destino da abertura de crédito adicional suplementar de R\$70.000,00, o qual decorreu de projeto de lei assinado por João Rodrigues na mesma data em que autorizou o edital licitatório em apreço. O Decreto nº 12/99, de **26.02.1999**, refere que o crédito - retirado da ampliação do programa de poços artesianos - se destinaria à ampliação da patrulha agrícola mecanizada do Município, a ser efetivada por meio de equipamentos e "MAT. PERMANENTE" (fl. 633).

Tal referência é importante porque, ao mesmo tempo em que a negociação envolvendo a retroescavadeira usada se mostra pouco clara, as prestações de contas apresentadas pelo Município ao PRODESA - Programa de Apoio ao Setor Agropecuário - referem exatamente o valor de R\$70.000,00 como recurso próprio do Município, o qual, junto com os R\$25.000,00 do Contrato de

Repasso com a CEF, teria integralizado o preço pago pela máquina agrícola. Não há, outrossim, nenhuma especificação de que o valor de R\$23.000,00 era parte integrante dos R\$70.000,00.

Aliás, na Nota de Compra da retroescavadeira anexada à prestação de contas à PRODESA, a forma de pagamento consta como "à vista", sendo que a mesma nota não anexada ao relatório refere como forma de pagamento "*Entrada + 12 parcelas mensais fixas de 3.100 cada*" (ver fls. 197 e 349).

Em efetivo, diferentemente do que sustenta a defesa, o procedimento licitatório empreendido pela Administração Municipal de Pinhalzinho/SC não seguiu todos os trâmites e princípios norteadores dos certames públicos. Mais do que isso: a instauração e a conclusão de procedimento licitatório repleto de irregularidades - pois que realizado com incomum expediência para a compra de bem não emergencial -, no exato período de substituição do prefeito titular e com a participação de uma única licitante (a qual fora informalmente consultada antes da instauração do certame) são fatores que refletem a adoção de expedientes lesivos ao cunho competitivo da licitação.

Assim, não tenho dúvidas de que os meios ora explicitados foram empreendidos visando a obtenção de proveito decorrente das práticas inusitadas adotadas na licitação em apreço (seja no que se refere à dação em pagamento de patrimônio público na aquisição de novo bem, seja no tocante à venda de patrimônio público não declarada em prestação de contas, com posterior reversão do preço pago aos cofres públicos, de maneira a integralizar o valor da compra da nova retroescavadeira), tudo a ser revertido em favor dos acusados.

A propósito, reitero que a ausência de comprovação de dano ao erário público não se mostra essencial à caracterização da conduta delitiva, porquanto a figura típica descrita no artigo 90 visa tutelar não só o patrimônio público, mas, sobretudo, a moralidade administrativa expressa na regularidade do certame, além dos demais princípios licitatórios constitucionais dispostos no artigo 3º da L. 8.666/93. Ademais, trata-se de crime formal, constituindo mero exaurimento a obtenção ou não da vantagem pretendida.

#### Artigo 89 da Lei nº 8.666/93

Quanto a esta conduta, narra a denúncia que o procedimento licitatório instaurado para a compra de nova retroescavadeira pelo município de Pinhalzinho ofereceu como dação em pagamento a retroescavadeira marca Maxion Simples 4x2, Modelo 750M, Série RRO1000218, pertencente ao patrimônio municipal. Essa forma de alienação, da maneira como realizada pela Prefeitura, não encontraria previsão legal, cabendo a adoção de procedimento licitatório (modalidade leilão), o que não ocorreu na espécie. Além disso, a avaliação do bem teria sido feita após a publicação do Edital 01/99, no qual o valor atribuído à retroescavadeira usada já constava como parte do pagamento para a compra da nova máquina agrícola.

Eis o disposto no artigo 89 da Lei 8.666/93:

*Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade:*

*Pena - detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa.*

*Parágrafo único. Na mesma pena incorre aquele que, tendo comprovadamente concorrido para a consumação da ilegalidade, beneficiou-se da dispensa ou inexigibilidade ilegal, para celebrar contrato com o Poder Público. .*

*In casu, a ação de "dispensar licitação" está relacionada ao ato de desobrigar, isentar de procedimento licitatório determinada hipótese que obrigatoriamente ensejaria o certame. Assim, como bem explicita Marçal Justen Filho, a incidência do artigo em comento terá lugar "não apenas quando o agente ignorar as hipóteses previstas para a contratação direta, mas também quando, de modo fraudulento, simular a presença de tais requisitos" [op. cit., p. 865].*

E prossegue André Guilherme Tavares de Freitas (*op. cit.*, p. 76-7):  
*Conforme o art. 26 desta Lei [8.666/93], e o art. 37, XXI, da CR, a regra nas contratações públicas é a exigência de licitação, sendo a dispensa desta verdadeira exceção (que, como tal, deve sempre ser expressa), motivo pelo qual é de bom alvitre desde logo destacar que, na hipótese em que o administrador nada fala sobre estar dispensando ou inexigindo, vindo apenas a contratar diretamente sem licitação, quando deveria promover o certame, ou seja, omite o pronunciamento dos motivos que o levaram a não realizar a licitação, teremos a tipificação adequada no verbo dispensar.*

*Sendo a licitação regra nas contratações implementadas pelo Poder Público (art. 387, XXI, da CR), qualquer hipótese tendente a excepcioná-la deve ser motivadamente exposta. Em termos mais claros, não é prudente ao administrador, visualizando no caso concreto alguma das hipóteses que afastem a realização do certame, contratar diretamente.*

*Deve sim, além disso, fundamentar esta decisão que o levou a não realizar a licitação através de um procedimento administrativo prévio onde se conclua, ao final, que a hipótese autoriza a dispensabilidade ou inexigibilidade do certame, ocasião em que o agente público, declarando esta situação, passará à contratação direta. Esta é a postura transparente adequada, digna daquele que quer pautar seu atuar público nos ditames da moralidade.*

Nesse passo, o crime de dispensa ilegal de licitação objetiva tutelar, antes de mais nada, a moralidade administrativa, razão pela qual sua perfectibilização também dispensa a prova de dano patrimonial à Administração Pública. De outra parte, diferentemente do que ocorre com a conduta típica inserta no artigo 90 da Lei de Licitações, o artigo 89 prescinde "*de demonstração de qualquer finalidade específica na conduta do agente*", estando preenchido o tipo subjetivo com a simples presença do dolo direto ou eventual (TAVARES de FREITAS, *op. cit.*, p. 81).

Dito isso, na hipótese, certo é que o crime de dispensa ilegal de licitação para a alienação da retroescavadeira usada está intrinsecamente associado à licitação fraudulenta engendrada para a compra da nova retroescavadeira.

A máquina Maxion Simples, de propriedade do município, constou como forma de pagamento parcial - valor de R\$23.000,00 - no Edital de Tomada de Preços para a compra da nova Retroescavadeira Traçada 4x4. Tem-se, aí, efetiva dação em pagamento, hipótese contemplada apenas para a alienação de bens imóveis, na forma prevista no art. 17, inciso I, alínea "a", e não para a realização do disposto na Seção V da Lei 8.666/93 (*Das Compras*). Ademais, o artigo 17 da Lei 8.666/93 dispõe que "*A alienação de bens da Administração Pública, subordinada à existência de interesse público devidamente justificado, será precedida de avaliação*" a qual, em se tratando de bens móveis, deverá ser prévia, excetuadas as hipóteses elencadas nas alíneas 'a' a 'f' constantes no inciso II do referido artigo, dentre as quais não se insere a dação em pagamento.

Prosseguindo, o Edital em questão foi assinado e publicado em **10.02.1999**, oportunidade em que já continha o valor de avaliação da retroescavadeira pertencente ao Município. Porém, a nomeação da Comissão que deveria proceder essa avaliação somente se deu em **12.02.1999** (fl. 16 do IP).

As irregularidades no procedimento persistiram com a publicação da lei municipal que autorizava a alienação do bem em momento posterior à homologação do resultado final da Tomada de Preços, a qual já contemplava a dação em pagamento do bem - que, de acordo com a lei em epígrafe, seria alienado futuramente (fls. 25 e 32 do IP).

Aliás, a venda do patrimônio público sem prévia licitação está comprovada na nota fiscal de venda emitida pela Prefeitura em favor da Motormac, datada de **11.03.1999** (fl. 30), sendo que em **13 e 14 de março de 1999**, data em que publicado o decreto municipal que nomeava e designava a comissão especial de avaliação com a "*incumbência de proceder a avaliação de retro escavadeira marca Maxion, registrada no patrimônio municipal sob o nº 1413, 4X2, série RR 1000218, em regular estado de conservação [...]*" (fl. 38 do IP), o bem "a ser avaliado e posteriormente alienado" já havia sido, inclusive, revendido pela Motormac - a qual, no dia seguinte, viria a depositar na conta do Município os efetivamente já avaliados 23 mil reais!

No mais, todos os procedimentos extemporâneos - a exemplo da autorização da alienação após o julgamento da proposta que já a contemplava (fls. 29 e 33) e o encaminhamento à Câmara de Vereadores de Projeto de Lei para que fosse autorizada a alienação da retroescavadeira, com pedido de urgência (fl. 34) - , apenas foram adotados para revestir de aparente legalidade a já concretizada dispensa de licitação fora das hipótese prevista na Lei 8.666/93.

Presente, pois, a materialidade, passo a analisar a **autoria delitiva** atribuída a cada um dos réus.

O acusado **João Rodrigues** era vice-prefeito do município de Pinhalzinho/SC, sendo que no período entre **01.02.1999 a 02.03.1999**, substituiu o prefeito Darci Fiorini por conta de suas férias regulamentares (fls. 36-7). A par disso, e consoante amplamente demonstrado na prova produzida, certo é que se valeu do trintídeo em que substituiu o titular da administração municipal para, nesse exíguo interstício, alienar patrimônio público sem licitação prévia e autorizar a compra de bem móvel, com a conclusão do respectivo procedimento licitatório com rapidez e agilidade incomuns para certame de substituição de máquina agrícola. Dessa feita, coube ao prefeito Darci, quando do retorno ao cargo, a tarefa de homologar o procedimento já realizado.

Anoto, por oportuno, que o argumento de que João Rodrigues não possuía conhecimento suficiente sobre administração pública quando do exercício interino do cargo de prefeito não se sustenta. Isso porque, cumpre ao candidato, quando do ingresso na respectiva chapa eleitoral que optou por integrar, conhecer as atribuições inerentes ao cargo que irá ocupar, caso vença o pleito. Ao vice-prefeito compete substituir o chefe do poder executivo municipal, no caso de impedimento, e suceder-lhe, no caso de vaga, oportunidade em que lhe caberá atribuições e responsabilidades idênticas ao detentor do cargo. Nessa senda, tem-se que João Rodrigues, no período em substituiu interinamente o prefeito, não estava obrigado a promover certame licitatório, já que não configurada nenhuma das hipóteses emergenciais dispostas no art. 24 da Lei 8.666/93. Optou por fazê-lo, no entanto, tornando-se, assim, responsável pelos atos praticados durante sua gestão nas esferas administrativa, civil e penal. Logo, se é certo que não possuía conhecimento suficiente sobre a Administração Pública, que sopesasse tal inaptidão quando do registro de sua candidatura (já que de acordo com o art. 48, §1º da Lei Orgânica do Município de Pinhalzinho não poderá o vice-prefeito se recusar a substituir o Prefeito, sob pena de extinção de mandato) ou, na melhor das hipóteses, que aguardasse o retorno do titular da pasta para a condução do certame. Não lhe é dada, contudo, a pretensão de se desonerar do resultado produzido por seus atos de gestão, ao fundamento de "falta de organização dos servidores que atuam de forma estável nos cargos públicos do Município".

Nesses termos, procede a ação penal no que se refere a condenação de João Rodrigues pela prática dos crimes previstos nos arts. 89 e 90 da Lei de Licitações, em concurso material.

Também **Luiz Hentz**, na condição de Secretário da Agricultura do Município, contribuiu decisivamente na empreitada fraudulenta que agilizou o processo licitatório para a compra do novo equipamento agrícola, agindo, pois, em detrimento à lisura na competitividade do certame. Os elementos constantes nos autos evidenciam que Luiz chancelou uma série de irregularidades em diversas etapas do procedimento, a exemplo da assinatura dos avisos de licitação em datas distintas e anteriormente à requisição de compra (fls. 07, 30 e 31 do IP) e da assinatura do contrato administrativo de compra em condições diversas das estipuladas no edital (fls. 151-3). No que se refere ao crime previsto no artigo 89

da Lei 8.666/93, embora pouco provável que desconhecesse a dispensa ilegal de licitação na venda da retroescavadeira usada - diante da já mencionada intrínseca relação entre as negociações de venda da máquina antiga e de aquisição do novo equipamento agrícola -, não há elementos nos autos que evidenciem sua ratificação à dispensa de licitação praticada pelo Prefeito em exercício. Em outras palavras, resta amplamente demonstrado o seu envolvimento na fraude ao processo licitatório, mas não há elementos de prova suficientemente aptos à demonstração de que também praticou o verbo nuclear do tipo descrito no artigo 89 relativamente à alienação da retroescavadeira usada. Portanto, cumpre seja **Luiz Hentz** condenado apenas pela prática do crime descrito no artigo 90 da Lei 8.666/93.

Quanto a **Claudio Pedro Utzig**, procurador jurídico do Município, a acusação está consubstanciada no fato de ter emitido parecer pela lisura de certame sabidamente eivado de expedientes ilícitos. Pois bem. Conforme evidenciado à fl. 26 do IP, o agir de Claudio limitou-se à análise de aspectos formais e objetivos do processo, tais como a referência à participação de licitante único devidamente habilitado, cuja proposta apresentava condições condizentes à realidade do mercado, o que, de fato, ocorreu. Já o parecer de fl. 28 do IP foi emitido na data da assinatura do edital licitatório (10.02.1999), asseverando que a Licitação nº 01/99 cumpria com as exigências e determinações da Lei 8.666/93. Nesse contexto, embora evidenciadas irregularidades desde antes da instauração do procedimento licitatório, não há elementos suficientes à demonstração de que a atuação profissional de Claudio, na oportunidade, tenha sido motivada por qualquer interesse escuso (seja em adesão à dispensa ilegal de licitação ou à fraude do caráter competitivo do procedimento), pelo que cumpre seja absolvido dos crimes dispostos nos artigos 89 e 90 da L. de Licitações.

No que se refere a **Eloi Trevisan**, presidente da comissão de licitação, a peça acusatória restringe a descrição de sua conduta típica ao fato de "*ter compactuado com a ineficácia do certame*", pois que certificou o decurso do prazo sem manifestação dos participantes para interposição de recursos, "*quando se sabe que o processo não teve outros participantes quanto mais algum que interpusesse recurso!*" (fl. 1.006).

O documento em questão (fl. 27 do IP), ao que tudo indica, apresenta texto padrão - expediente, aliás, comumente utilizado nas redações oficiais lançadas em procedimentos administrativos. De modo que a sua utilização equivocada em certame com participação de licitante único não tem o condão de corroborar, *per si*, que Elói contribuiu com a empreitada fraudulenta em detrimento à competitividade do processo licitatório. No mais, o restante dos documentos que assinou na condição de presidente da comissão de licitação (fls. 23-4; 29, do IP) não constitui prova suficiente à demonstração de que concorreu deliberadamente para a consecução da fraude à licitação, razão pela qual cumpre seja absolvido com base no art. 386, V, do CPP. Registre-se que quanto ao crime de dispensa ilegal de licitação, há manifestação expressa da Procuradoria Regional da República pela absolvição de Eloi, "*uma vez que não há comprovação nos autos*

*de sua participação na dispensa indevida do processo licitatório para a alienação da retroescavadeira usada" (fls. 1.000-7).*

Passo à dosimetria da pena.

**1. João Rodrigues:**

**1.a) Dispensa ilegal de licitação - detenção, de 3 a 5 anos, e multa.**

Da análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, tenho que a culpabilidade se mostra normal à espécie. Não há notícia quanto ao registro de antecedentes. Da mesma forma, não há nada nos autos capaz de negativar a conduta social e a personalidade do acusado, tampouco os motivos e as conseqüências do crime. O fato de o agente valer-se do período em que substituiu interinamente o prefeito para alienar bem móvel pertencente ao patrimônio público sem prévia licitação constitui particularidade que autoriza a negativação das circunstâncias delitivas. Não há falar em comportamento da vítima na hipótese.

Havendo, portanto, apenas um vetor desfavorável, esta Turma adota o termo médio para a fixação da pena-base, o qual é obtido por meio da soma das penas mínima e máxima abstratamente cominadas com o produto dividido por dois, subtraindo-se daí o mínimo legal cominado, cujo resultado deve ser divido por oito - número de circunstâncias previstas no art. 59 do CP -, exsurgindo, pois, o *quantum* de acréscimo para cada vetor. Com base nesse raciocínio, fixo a pena-base em **03 anos, 01 mês e 15 dias de detenção**, a qual torno definitiva diante da ausência de circunstâncias agravantes e/ou atenuantes, bem como de outras causas de aumento ou diminuição de pena.

A fixação da pena de multa, *in casu*, deve se orientar pelo disposto no artigo 99 da Lei de Licitações, *verbis* :

*Art. 99. A pena de multa cominada nos arts. 89 a 98 desta Lei consiste no pagamento de quantia fixada na sentença e calculada em índices percentuais, cuja base corresponderá ao valor da vantagem efetivamente obtida ou potencialmente auferível pelo agente.*

*§ 1º Os índices a que se refere este artigo não poderão ser inferiores a 2% (dois por cento), nem superiores a 5% (cinco por cento) do valor do contrato licitado ou celebrado com dispensa ou inexigibilidade de licitação.*

*§ 2º O produto da arrecadação da multa reverterá, conforme o caso, à Fazenda Federal, Distrital, Estadual ou Municipal.*

Considerando que no caso concreto não há qualquer demonstração acerca da vantagem efetivamente obtida ou potencialmente auferível pelo agente, na lição de André Guilherme Tavares de Freitas, cumpre ao julgador fixar a pena de multa no patamar mínimo de 2% estabelecido no §1º, em decorrência do princípio do *favor rei*, o qual, como bem explica Giuseppe Bettoli, "[...] nos casos

*em que não for possível uma interpretação unívoca, mas se conclua pela possibilidade de duas interpretações antagônicas de uma norma legal [...] a obrigação é escolher a interpretação mais favorável ao réu" (op. cit., p. 194).*

Nesses termos, uma vez que a retroescavadeira alienada sem prévia licitação teve sua avaliação no valor de R\$23.000,00, fixo a pena de multa no valor de R\$460,00 (quatrocentos e sessenta reais) a ser revertido à Fazenda Municipal de Pinhalzinho/SC.

### **1.b) Fraude à licitação - detenção, de 2 a 4 anos, e multa.**

Da análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, tenho que a culpabilidade se mostra normal à espécie. Não há notícia quanto ao registro de antecedentes. Da mesma forma, não há nada nos autos capaz de negativar a conduta social e a personalidade do acusado, tampouco os motivos as consequências do crime. O fato de o agente valer-se do período em que substituiu interinamente o prefeito para alienar bem móvel pertencente ao patrimônio público sem prévia licitação constitui particularidade que autoriza a negativação das circunstâncias delitivas. Não há falar em comportamento da vítima na hipótese.

Havendo, portanto, apenas um vetor desfavorável, esta Turma adota o termo médio para a fixação da pena-base, o qual é obtido por meio da soma das penas mínima e máxima abstratamente combinadas com o produto dividido por dois, subtraindo-se daí o mínimo legal combinado, cujo resultado deve ser dividido por oito - número de circunstâncias previstas no art. 59 do CP -, exsurgindo, pois, o *quantum* de acréscimo para cada vetor. Com base nesse raciocínio, fixo a pena-base em **02 anos, 01 mês e 15 dias de detenção**, a qual torno definitiva diante da ausência de circunstâncias agravantes e/ou atenuantes, bem como de outras causas de aumento ou diminuição de pena.

A fixação da pena de multa, *in casu*, deve se orientar pelo disposto no artigo 99 da Lei de Licitações, *verbis* :

*Art. 99. A pena de multa combinada nos arts. 89 a 98 desta Lei consiste no pagamento de quantia fixada na sentença e calculada em índices percentuais, cuja base corresponderá ao valor da vantagem efetivamente obtida ou potencialmente auferível pelo agente.*

*§ 1º Os índices a que se refere este artigo não poderão ser inferiores a 2% (dois por cento), nem superiores a 5% (cinco por cento) do valor do contrato licitado ou celebrado com dispensa ou inexigibilidade de licitação.*

*§ 2º O produto da arrecadação da multa reverterá, conforme o caso, à Fazenda Federal, Distrital, Estadual ou Municipal.*

Considerando que no caso concreto não há qualquer demonstração acerca da vantagem efetivamente obtida ou potencialmente auferível pelo agente, na lição de André Guilherme Tavares de Freitas, cumpre ao julgador fixar a pena de multa no patamar mínimo de 2% estabelecido no §1º, em decorrência do

princípio do *favor rei*, o qual, como bem explica Giuseppe Bettoli, "[...] nos casos em que não for possível uma interpretação unívoca, mas se conclua pela possibilidade de duas interpretações antagônicas de uma norma legal [...] a obrigação é escolher a interpretação mais favorável ao réu" (op. cit., p. 194).

Nesses termos, uma vez que a fraude à licitação envolveu a compra de uma nova retroescavadeira no valor de R\$95.200,00, fixo a pena de multa no valor de R\$1.904,00 (mil novecentos e quatro reais) a ser revertido à Fazenda Municipal de Pinhalzinho/SC.

Tratando-se de dois crimes praticados mediante mais de uma ação ou omissão, aplicável a João Rodrigues a regra do concurso material, totalizando a soma das penas em **5 (cinco) anos e 3 (três) meses de detenção e multa no valor de R\$2.365,00 (dois mil trezentos e sessenta e cinco reais)**.

O regime inicial de cumprimento de pena deverá ser o semi-aberto (art. 33, § 2<sup>a</sup>, alínea 'b', do CP), não se enquadrando o caso dos autos em nenhuma das hipótese de substituição previstas no artigo 44 do CP.

## **2. Luiz Hentz:**

### **a) Fraude à licitação - detenção, de 2 a 4 anos, e multa.**

Da análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, tenho que a culpabilidade se mostra normal à espécie. Não há notícia quanto ao registro de antecedentes. Da mesma forma, não há nada nos autos capaz de negativar a conduta social e a personalidade do acusado, tampouco os motivos, as consequências e as circunstâncias do crime. Não há falar em comportamento da vítima na hipótese.

Na ausência de circunstâncias desfavoráveis, portanto, fixo a pena-base em **02 anos de detenção**, a qual torno definitiva diante da inexistência de circunstâncias agravantes/atenuantes e de causas de aumento ou diminuição de pena. Assim, estabeleço o regime inicialmente aberto para fins de cumprimento de pena, na forma disposta no art. 33, § 2<sup>a</sup>, alínea 'c', do CP.

A fixação da pena de multa, *in casu*, deve orientar-se pelo disposto no artigo 99 da Lei de Licitações, *verbis* :

*Art. 99. A pena de multa cominada nos arts. 89 a 98 desta Lei consiste no pagamento de quantia fixada na sentença e calculada em índices percentuais, cuja base corresponderá ao valor da vantagem efetivamente obtida ou potencialmente auferível pelo agente.*

*§ 1º Os índices a que se refere este artigo não poderão ser inferiores a 2% (dois por cento), nem superiores a 5% (cinco por cento) do valor do contrato licitado ou celebrado com dispensa ou inexigibilidade de licitação.*

*§ 2º O produto da arrecadação da multa reverterá, conforme o caso, à Fazenda Federal, Distrital, Estadual ou Municipal.*

Considerando que no caso concreto não há qualquer demonstração acerca da vantagem efetivamente obtida ou potencialmente auferível pelo agente, na lição de André Guilherme Tavares de Freitas, cumpre ao julgador fixar a pena de multa no patamar mínimo de 2% estabelecido no §1º, em decorrência do princípio do *favor rei*, o qual, como bem explica Giuseppe Bettoli, "[...] nos casos em que não for possível uma interpretação unívoca, mas se conclua pela possibilidade de duas interpretações antagônicas de uma norma legal [...] a obrigação é escolher a interpretação mais favorável ao réu" [op. cit., p. 194].

Nesses termos, uma vez que a fraude à licitação envolveu a compra de uma nova retroescavadeira no valor de R\$95.200,00, fixo a pena de multa no valor de R\$1.904,00 (mil novecentos e quatro reais) a ser revertido à Fazenda Municipal de Pinhalzinho/SC.

Preenchidos os requisitos previstos no art. 44, *caput*, e § 2º do CP, substituo a pena corporal por duas restritivas de direitos, a saber: prestação de serviços à comunidade e prestação pecuniária.

Efetivamente, dentre as penas restritivas de direitos, a prestação de serviços à comunidade é a que melhor atinge as finalidades da substituição, porquanto afasta o condenado da prisão e dele exige um esforço a favor de entidade que atue em benefício do interesse público, tornando-o, assim, partícipe e colaborador desses programas e objetivos [Rui Rosado de Aguiar Júnior, *in Aplicação da pena*, AJURIS: Porto Alegre, 2002, p. 16].

Quanto ao valor da prestação pecuniária (art. 43, inc. I do CP), cumpre referir que o julgador, dentre os parâmetros estabelecidos pelo artigo 45, § 1º, do CP, deve considerar certos fatores, de modo a não tornar a prestação em pecúnia tão diminuta a ponto de mostrar-se inócula, nem tão excessiva de maneira a inviabilizar seu cumprimento. Nessa linha, tenho que tal prestação deve ser suficiente para a prevenção e reprevação do crime praticado, atentando-se ainda, para a extensão dos danos decorrentes do ilícito e para a situação econômica do condenado, a fim de que se possa viabilizar seu cumprimento. Levando-se em conta essas premissas no caso sob exame, fixo a prestação pecuniária em 05 (cinco) salários mínimos, cuja destinação e forma de pagamento ficam submetidas ao Juízo da Execução.

Por fim, cumpre verificar se permanece íntegra a pretensão punitiva do Estado quanto ao crime praticado por Luiz Hentz.

Com efeito, tendo em vista que Luiz foi condenado a dois anos de detenção, a prescrição ocorre em quatro anos (art. 109, V, CP), lapso já transcorrido entre a data dos fatos (fevereiro/abril de 1999) e o recebimento da denúncia (maio/2006), restando extinta sua punibilidade em face da prescrição retroativa.

Ante o exposto, voto por:

- a) declarar extinta a punibilidade de **Luiz Fernando de Oliveira Guedes**, forte no disposto no art. 107, I, do CPP;
- b) absolver **Cláudio Pedro Utzig** e **Luiz Hentz** da prática do crime previsto no artigo 89 da Lei nº 8.666/93, com base no disposto no artigo 386, V, do CPP;
- c) absolver **Cláudio Pedro Utzig** e **Eloi Trevisan** da prática do crime previsto no artigo 90 da Lei nº 8.666/93, com base no disposto no artigo 386, V, do CPP;
- d) condenar **Luiz Hentz** às penas de 02 anos de detenção e multa no valor de R\$1.904,00, por incurso nas sanções do artigo 90 da Lei nº 8.666/93, e, de ofício, declarar extinta sua punibilidade, com base nos artigos 109, V, 110 §§ 1º e 2º e 107, IV, todos do Código Penal.
- e) condenar **João Rodrigues** às penas de 03 anos, 01 mês e 15 dias de detenção, além de multa no valor de R\$460,00, pela prática do crime previsto no artigo 89 da Lei nº 8.666/93, e de 02 anos, 01 mês e 15 dias de detenção, além de multa no valor de R\$1.904,00, pela prática do crime previsto no artigo 90 da Lei nº 8.666/93, em concurso material, totalizando, pois, 5 (cinco) anos e 3 (três) meses de detenção e multa no valor de R\$2.365,00 (dois mil trezentos e sessenta e cinco reais), devendo a pena corporal ser cumprida em regime inicialmente semi-aberto (art. 33, § 2º, alínea 'b', do CP), sem possibilidade de substituição (art. 44, do CP), e a pena de multa revertida à Fazenda Municipal de Pinhalzinho/SC.

Transitada em julgado a decisão condenatória:

- a) lance-se o nome do acusado João Rodrigues no rol dos culpados (artigo 5º, LVII, da CF);
- b) oficie-se ao Tribunal Regional Eleitoral do Estado de Santa Catarina para os fins do artigo 15, III, da Carta Magna;
- c) forme-se o processo de execução;
- d) cumpra-se o disposto no artigo 809, parágrafo 3º, *in fine*, do CPP.

**Des. Federal TADAAQUI HIROSE**  
**Relator**

estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, e a Resolução nº 61/2007, publicada no Diário Eletrônico da 4a Região nº 295 de 24/12/2007. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <https://www.trf4.gov.br/trf4/processos/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **2891390v201** e, se solicitado, do código CRC **F15B9402**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): TADAAQUI HIROSE:38

Nº de Série do Certificado: 4435B08F

Data e Hora: 22/09/2009 17:59:27

---

### **AÇÃO PENAL Nº 2004.04.01.005062-5/SC**

**RELATOR : Des. Federal TADAAQUI HIROSE**

**AUTOR : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**

**REU : CLAUDIO PEDRO UTZIG**

**ADVOGADO : Claudio Pedro Utzig**

**REU : ELOI TREVISAN**

**ADVOGADO : Gelson Joel Simon e outros**

**REU : JOAO RODRIGUES**

**ADVOGADO : Gelson Joel Simon e outro**

**REU : LUIZ HENTZ**

**ADVOGADO : Gelson Joel Simon e outros**

**REU : LUIZ FERNANDO DE OLIVEIRA GUEDES**

**ADVOGADO : Luiz Antonio Costa e outro**

### **VOTO REVISÃO**

*Concessa maxima venia, divirjo do eminente Relator, manifestando-me pela absolvição de João Rodrigues da imputação pela prática dos delitos dos artigos 89 e 90 da Lei nº 8.666/93. Explico.*

Em relação à consumação do crime do artigo 90 da Lei nº 8.666/93, faço, desde já, a referência a precedente da 8ª Turma deste Tribunal, que, analisando o tema, assentou que o tipo penal em comento demanda a prova de obtenção da vantagem pecuniária, oriunda da adjudicação do objeto do procedimento licitatório, *in verbis*:

*"PENAL. PROCESSO PENAL. PECULATO-FURTO (ART. 312, § 1º, DO CP). DESCLASSIFICAÇÃO PARA PECULATO-APROPRIAÇÃO. CRIME DE*

*RESPONSABILIDADE. ARTIGO 1º, INCISO I, DL 201/67. AUSÊNCIA DE PROVAS. FRAUDE EM LICITAÇÃO. ARTIGO 90 DA LEI Nº 8.666/93. DOLO ESPECÍFICO. NÃO-COMPROVAÇÃO. ABSOLVIÇÃO. (...)*

*Para a perfectibilização do tipo previsto no artigo 90 da Lei nº 8.666/93 é necessária a comprovação do dolo genérico, consistente na vontade livre e consciente de fraudar o procedimento licitatório, e o dolo específico, que se configura na obtenção do proveito econômico. Ausente a prova de obtenção de vantagem pecuniária em desfavor do município ou de que os réus tenham enriquecido ilicitamente as custas do erário, não se tipifica o crime de fraude à licitação" (ACR nº 2003.04.01.037292-2/SC, desta Relatoria, D.E. de 08.01.2009) (grifei).*

Sobre o tipo penal em apreço ensina Paulo José da Costa Jr.:

*"Dois os verbos que integram o núcleo do tipo em exame: frustrar ou fraudar.*

*Duas as modalidades de conduta criminosa: a frustração e a fraude. O objeto de ambas é o caráter competitivo viciado. Indispensável a concorrência legítima dos preços, a competição honesta dos concorrentes, para o benefício estatal. (...)*

*Como se depreende da dicção normativa, o verbo é transitivo: é frustrado ou fraudado o caráter competitivo da licitação. O que se visa, em última análise, é a vantagem econômica decorrente da adjudicação do objeto da licitação, por preço evidentemente superior ao de mercado.*

*A fraude ou frustração serão obtidas mediante a utilização de qualquer expediente, tal como o ajuste ou a combinação. A enumeração das modalidades de expediente, como se vê da locução normativa, é meramente exemplificativa. Qualquer espécie de expediente poderá ser utilizada para a realização do tipo...." (in Direito Penal das Licitações. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2004, pp. 24/25).*

Quanto ao elemento anímico, o referido doutrinador observa que o tipo penal inscrito no artigo 90 da Lei de Licitações "é composto de duas modalidades de dolo: o genérico e o específico. O dolo genérico acha-se representado pela vontade consciente e livre de frustrar, ou de fraudar a concorrência do procedimento licitatório. O dolo específico acha-se configurado pelo intuito de obter para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação. Sem essa tendência interna transcendente, e obtenção de uma vantagem econômica com a adjudicação, não se perfaz o crime. Desse modo, fraudar a licitação para que determinada empresa venha a vencê-la, com o mero intuito de promovê-la, ausente a vantagem pecuniária, não tipifica o crime." (COSTA JR., Paulo José. ob. cit. 2 ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 27) (grifei).

Assim, exige-se para a configuração do tipo uma vantagem econômica decorrente da adjudicação do objeto da licitação. "Isto porque os crimes dos artigos 90 e 92 da Lei de Licitações, como, de resto, também o crime de peculato, são infrações penais que demandam, para sua caracterização, dano material. Prejuízo econômico para o ente administrativo. É o que ensinam os doutrinadores mais acatados, como Vicente Grecco Filho e Paulo José da Costa Jr. (Dos Crimes da Lei de Licitações - pág. 15 e seguintes - Ed. Saraiva, 1994 e Direito Penal das Licitações - pág. 20 e seguintes - Ed. Saraiva, 1994). Estes

*mesmos autores lembram poder ocorrer concurso de normas, ou de crimes, entre as infrações penais previstas na Lei de Licitações estudadas e os crimes de corrupção. Ou com o crime de peculato desviou ou uso indevido de verba pública, eu diria. Tudo como parece sustentar a acusação. Advertem, no entanto, que não pode haver concurso material entre estes delitos, devendo prevalecer o crime mais grave." (TJRS, Apelação Criminal nº 699800660, 4ª Câmara Criminal, Rel. Desembargador Vladimir Giacomuzzi, j. em 04.12.2003) (grifei).*

Na hipótese vertente, consoante assentado, mais de uma vez, no voto do Relator, mesmo diante da falta de clareza dos termos em que se deu a negociação da retroescavadeira, não há comprovação de dano patrimonial ao erário. Logo, verificada a ausência de uma das elementares do tipo penal do art. 90 da Lei nº 8.666/93, qual seja, a existência de vantagem econômica, o fato é atípico, sendo impositiva a absolvição dos denunciados **João Rodrigues e Luiz Hentz** (artigo 386, III, do CPP).

Já no que concerne ao delito do artigo 89 da Lei de Licitações, faço referência, de início, a julgado, proferido pela Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, que reconheceu a imprescindibilidade do dano ao Erário para a sua configuração, *in verbis*:

*"PROCESSO PENAL. LICITAÇÃO. DISPENSA. DENÚNCIA. REJEIÇÃO. FALTA DE JUSTA CAUSA.*

*1. O entendimento dominante no Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que o crime do art. 89 da Lei 8.666, de 1993, somente é punível quando produz resultado danoso ao erário.*

*2. Cabe realçar ainda que uma vez atestada a regularidade das contas e, ipso facto, da gestão, nela incluídas as transações envolvendo a necessidade ou dispensa de licitação, sob o exclusivo prisma do art. 89,*

*não haverá justa causa para ação penal, quando nada, pela ausência do elemento mínimo culpabilidade que viabiliza seja alguém submetido a um processo criminal, dada a falta de probabilidade ainda que potencial de uma condenação. Não se pode deixar de lado o entendimento de que somente a intenção dolosa, tem relevância para efeito de punição.*

*3. Denúncia rejeitada." (APn 375 - AP, Relator Ministro FERNANDO GONÇALVES, Corte Especial, DJ 24.04.2006) (grifei).*

Pois bem. Não obstante se encontre demonstrado nos autos que a alienação da retroescavadeira da Prefeitura Municipal de Pinhalzinho/SC se deu por via diversa da correta - leilão -, tenho que a realização de Tomada de Preços para a aquisição de maquinário novo afastou a ilicitude da conduta, porquanto vinculou a compra desse bem à alienação do usado.

O fato de a empresa adquirente da retroescavadeira ter vendido-a por um valor de R\$ 12.000, 00 (doze mil reais) a mais do que o da aquisição não me parece relevante para caracterizar o prejuízo à Administração, ou a supressão indevida do certame. A compra de um bem mais barato e a sua revenda por um preço superior denota, tão somente, a especialização da empresa nesse ramo de atividade, sendo que tal diferença nada mais representa do que a margem de lucro. Em verdade, o que ocorreu foi a aquisição de uma máquina nova com dação em pagamento de uma usada, aliada a pagamento do saldo. Não obstante tenha havido

a preterição de alguns dispositivos legais da Lei de Licitações, não foram afastadas as incertezas acerca da detecção de efetivo prejuízo.

Desse modo, não constituindo o fato sob exame infração penal, é de rigor a absolvição do denunciado **João Rodrigues** (artigo 386, III, do CPP).

Frente ao exposto, voto por absolver os réus de todas as imputações que lhe foram dirigidas, nos termos da fundamentação supra.

**Des. Federal PAULO AFONSO BRUM VAZ**  
**Revisor**

**AÇÃO PENAL Nº 2004.04.01.005062-5/SC**

**RELATOR : Des. Federal TADAAQUI HIROSE**  
**AUTOR : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**  
**REU : CLAUDIO PEDRO UTZIG**  
**ADVOGADO : Claudio Pedro Utzig**  
**REU : ELOI TREVISAN**  
**ADVOGADO : Gelson Joel Simon e outros**  
**REU : JOAO RODRIGUES**  
**ADVOGADO : Gelson Joel Simon e outro**  
**REU : LUIZ HENTZ**  
**ADVOGADO : Gelson Joel Simon e outros**  
**REU : LUIZ FERNANDO DE OLIVEIRA GUEDES**  
**ADVOGADO : Luiz Antonio Costa e outro**

**VOTO DIVERGENTE**

Do bem lançado voto do eminente Relator, respeitosamente divirjo. Não se percebe dos autos, como ressaltam os votos dos eminentes Relator e Revisor, prova certa de dano ao erário público nos imputadamente incorretos procedimentos de licitação, inclusive com notícia de seu acolhimento pelo Tribunal de Contas.

Discute-se na espécie somente a troca de retroescavadeira da Prefeitura, de um modelo mais antigo para outro novo, sem danos ao Município, que passa desde então a contar com novo equipamento, útil às obras públicas.

Assim, ainda que constatadas irregularidades nesse procedimento de troca do bem, não vejo configurado crime, como já resolveu em similar situação a 7ª Turma desta Corte:

*PENAL. CRIMES DE LICITAÇÕES. LEI N° 8666/93. DOLO. ELEMENTO SUBJETIVO INDISPENSÁVEL. NÃO-COMPROVAÇÃO. VANTAGEM INDEVIDA E DANO AO ERÁRIO. INEXISTÊNCIA. ABSOLVIÇÃO MANTIDA.*

1. *Os crimes tipificados pela Lei nº 8666/93 não admitem a modalidade culposa, sendo indispensável a comprovação do dolo e do resultado danoso ao Erário.*

2. *A não-comprovação do dolo, elemento essencial nos crimes previstos na Lei de Licitações, e do dano ao Erário, na medida em que não houve prejuízo ao ente público, apesar das irregularidades formais constatadas nas licitações - ou na ausência desse procedimento -, impõe a manutenção da sentença absolutória.*

*(ACR nº 2004.71.00.029546-0/RS, RELATOR NÉFI CORDEIRO, por unanimidade, j. 08 de julho de 2008)*

Muito claro nesse sentido foi julgado da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, relatado pelo eminente Ministro Luiz Fux:  
*AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. CONSTRUÇÃO DO TRT DE SÃO PAULO. DELITOS PREVISTOS NOS ARTS. 315 e 319 DO CÓDIGO PENAL ATINGIDOS PELA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO PUNITIVA. PERSECUÇÃO PENAL VOLTADA PARA O ART. 92 DA LEI 8.666/93. PRELIMINARES AFASTADAS. DENÚNCIA QUE NÃO LOGROU PROVAR O DOLO NO ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO, NECESSÁRIO À CONFIGURAÇÃO DE CRIME LICITATÓRIO. CONDUTA VISANDO TÃO-SOMENTE A CONCLUSÃO DO EMPREENDIMENTO. IMPROCEDÊNCIA DA PRETENSÃO PUNITIVA ESTATAL.*

1. *Ação penal originária veiculando as condutas descritas nos arts. 315 e 319 do Código Penal c/c art. 92 da Lei de Licitações e Contratos da Administração Pública.*

2. *Consumação da prescrição da pretensão punitiva quanto aos delitos previsto no Código Penal e persecução penal tão-somente voltada para o art. 92 da Lei 8.666/93.*

3. *A suspensão condicional do processo afastada e não oferecida na oportunidade da denúncia, exige o preenchimento de requisitos legais, dentre os quais a pena cominada em abstrato para cuja verificação influi os institutos do concurso de crimes e de crime continuado, mercê de a jurisprudência do Tribunal não conferi-la a quem seja imputado em outros processos em trâmite pela Corte. Nulidade incorrente (precedentes: HC 40780 - SP, Relator Ministro GILSON DIPP, Quinta turma, DJ de 13 de junho de 2005; REsp 623.587 - RS, Relator Ministro JOSÉ ARNALDO DA FONSECA, Quinta Turma, DJ de 22 de novembro de 2004; RHC 18.382 - RS, Relator Ministro GILSON DIPP, Quinta Turma, DJ de 05 de maio de 2006; REsp 712.022 - RS, Relator Ministro FELIX FISCHER, Quinta turma, DJ de 23 de maio de 2006).*

4. *A inépcia da denúncia pressupõe a descrição anômala da conduta de sorte a inviabilizar a defesa do imputado, fato incorreto, porquanto, além da indicação dos fatos conducentes à tipificação do delito, propiciou ampla defesa na qual houve impugnação específica da inexistência de favorecimento à licitante, bem como da inexistência de desvio de verbas em proveito próprio (precedentes: HC 85.631 - PI, Relator Ministro CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, DJ de 24 de fevereiro de 2006; Inq 1.937 - DF, Ministro JOAQUIM BARBOSA, Tribunal Pleno, DJ de 27 de fevereiro de 2004; HC 31.711 - SP, Relator Ministro FELIX FISCHER, Quinta Turma, DJ de 01º de julho de 2004).*

5. *O tipo previsto no artigo 92 da Lei 8.666/93 reclama dolo genérico, inadmitindo culpa ou dolo eventual posto dirigido ao administrador desonesto e não ao supostamente inábil. É que a intenção de desviar e favorecer são elementos do tipo, consoante a jurisprudência da Corte. Nesse sentido, concluiu o colegiado que:*

*AÇÃO PENAL. DENÚNCIA. RECEBIMENTO. LICITAÇÃO. AUSÊNCIA. REQUISITOS LEGAIS. ART. 89 DA LEI N° 8.666/93.*

1. *Ausentes elementos mínimos de prova capazes de configurar a presença do tipo do art. 89 da Lei nº 8.666/93, que requer o dolo, não há como dar início à ação penal.*

2. Denúncia rejeitada. (APn 281 - RR, Relator Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DIREITO, Corte Especial, DJ de 23 de maio de 2005)  
*PROCESSO PENAL. LICITAÇÃO. DISPENSA. DENÚNCIA. REJEIÇÃO. FALTA DE JUSTA CAUSA.*

1. O entendimento dominante no Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que o crime do art. 89 da Lei 8.666, de 1993, somente é punível quando produz resultado danoso ao erário.

2. Cabe realçar ainda que uma vez atestada a regularidade das contas e, *ipso facto*, da gestão, nela incluídas as transações envolvendo a necessidade ou dispensa de licitação, sob o exclusivo prisma do art. 89, não haverá justa causa para ação penal, quando nada, pela ausência do elemento mínimo culpabilidade que viabiliza seja alguém submetido a um processo criminal, dada a falta de probabilidade ainda que potencial de uma condenação. Não se pode deixar de lado o entendimento de que somente a intenção dolosa, tem relevância para efeito de punição.

3. Denúncia rejeitada. (APn 375 - AP, Relator Ministro FERNANDO GONÇALVES, Corte Especial, DJ de 24 de abril de 2006).

6. Deveras, a doutrina não discrepa do referido entendimento; senão, vejamos: No caput o elemento subjetivo é o dolo genérico, consistente na vontade livre e consciente em admitir, possibilitar ou dar causa a qualquer modificação ou vantagem ilegais em favor do contratado. O autor do crime deverá estar consciente da ilegalidade do seu comportamento. Assim também é o dolo no caso do parágrafo único. O contratado concorre livre e consciente para a modificação ou vantagem ilegais com o fito de obter vantagem indevida ou benefício injusto. No caso do contratado o dolo seria, ainda, específico, pois estaria ele com a modificação ou prorrogação visando uma vantagem indevida ou um benefício injusto. (in *Crimes na Licitação*, DIOGENES GASPARINI, Editora NDJ, 3ª Edição, págs. 120/121)

O crime não se aperfeiçoa simplesmente pela presença dos aspectos "descumprimento da norma administrativa" e "atribuição de vantagem indevida ao licitante. É necessário que o descumprimento da norma administrativa seja orientado pelo intento de atribuir vantagem indevida ao licitante. Pode-se caracterizar o crime mediante dolo genérico nas hipóteses de infração à ordem de pagamento ou ao prazo de cinco dias. Então, a conduta do sujeito é apta, por si só, a infringir valores jurídicos autônomos (in *Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos*, MARÇAL JUSTEN FILHO, Ed. Dialética, 10ª Edição, pág. 613)

É o dolo genérico, consubstanciado na vontade consciente e livre de admitir, possibilitar ou dar causa a qualquer modificação contratual ou vantagem em favor do adjudicatário. Evidentemente, para que o delito possa aperfeiçoar-se, no campo subjetivo, deverá o agente público estar consciente da ilegalidade do que está praticando, em detrimento do erário público e em favor do particular. Ou melhor, deverá ter consciência de que está agindo desprovido de qualquer autorização legal. (in *Direito Penal das Licitações*, PAULO JOSÉ DA COSTA JR., Editora Saraiva, 2ª Edição, pág. 39)

Os crimes tipificados pela Lei 8.666 não admitem a modalidade culposa; portanto, de acordo com o dispositivo geral, são sempre dolosos. Vale dizer, o tipo subjetivo desses crimes porta sempre o dolo, a livre, consciente e incondicionada vontade de praticar a conduta descrita no tipo subjetivo. Mas, além do dolo, o tipo subjetivo porta, também, intenção de intervir em uma pública licitação; essa intenção foi remotamente considerada como dolo específico, hoje inexistente.

No desenvolvimento da argumentação do tema que nos foi proposto para esta ocasião, havemos de, agora, partir da consideração de crime, ação ou omissão do homem assim considerada em virtude de lei, conceito legal que se presta aos termos da Lei federal das licitações e contratos da Administração Pública. são, portanto, crimes os comportamentos humanos enquadráveis em uma das características tipificadoras consignadas nos arts. 89 a 98 da Lei 8.666/93, importando o nexo causal entre o agir e a sua consequência e a circunstância antijurídica. (in *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, CARLOS ROBERTO M. PELLEGRINO, Editora Revista dos Tribunais, 42º Volme, pág. 150)

7. Aditamento ao contrato antecedido de autorização do Superior Tribunal do Trabalho, acompanhado pelo próprio MPF, que, após o ato lavrado, em comunicado intempestivo em confronto com a data da lavratura da escritura, interditou o negócio jurídico.

8. Deveras, o aditamento acoimado de ilegal resultou de pareceres técnicos cuja matéria escapava ao conhecimento do imputado por força de sua formação acadêmica, conjurando o elemento subjetivo do tipo, mercê de não ser apontado beneficiamento direto ao réu, senão desvio posterior atribuído a terceiro, a saber: a empreiteira.

9. O sancionamento de Tribunal de Contas não faz coisa julgada no crime, aliás, como explicita hodiernamente a Lei de Improbidade Administrativa (art. 21), sendo passível de revisão judicial a sua conclusão, à luz do princípio da inafastabilidade da jurisdição. Sob esse enfoque, o acórdão oriundo do Tribunal de Contas da União, mercê de responsabilizar as pessoas e a empresa indicadas no relatório pela recomposição do prejuízo, sob outro ângulo, reforça a presunção de inocência do réu, ao assentar que aditivo calcou-se em pareceres de perito técnico cuja especialização faltava, como evidente, ao magistrado ora imputado.

10. A dúvida sobre se o agente atuou com dolo eventual ou culpa, restando o delito punível tão-somente a título de dolo, na forma de jurisprudência da Corte e da doutrina do tema, impõem a aplicação da máxima *in dubio pro reo posto* decorrente dos princípios da reserva legal e da presunção de inocência. Sob esse ângulo, a doutrina e a jurisprudência preconizam:

*No processo criminal, máxime para condenar, tudo deve ser claro como a luz, certo como a evidência, positivo como qualquer expressão algébrica. Condenação exige certeza ..., não bastando a alta probabilidade..., sob pena de se transformar o princípio do livre convencimento em arbitrio (in RT. 619/267, sobre o escólio de CARRARA).*

**CRIMINAL. AÇÃO PENAL. DENÚNCIA. ADMISSIBILIDADE. POSSÍVEL FRAUDE À LICITAÇÃO. DISPENSA DE PROCEDIMENTO LICITATÓRIO NECESSÁRIO À CONTRATAÇÃO DE SERVIÇO DE PUBLICIDADE. MATERIALIDADE COMPROVADA. ASPECTOS DE FUNDO, LEVANTADOS NAS RESPOSTAS, QUE NÃO PODEM SER EXAMINADOS. NECESSIDADE DE INSTRUÇÃO PROCESSUAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA NÃO VERIFICADA. CLASSIFICAÇÃO QUE NÃO TEM ESPECIAL RELEVO. IMPROCEDÊNCIA DA ACUSAÇÃO, NA FORMA DE JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE, INOCORRENTE. EVENTUAL DÚVIDA QUE BENEFICIA A ACUSAÇÃO, NESTA FASE PROCESSUAL. TEMAS A SEREM ESCLARECIDOS QUE NÃO ENSEJAM A PRONTA DECLARAÇÃO DE IMPROCEDÊNCIA. "VISTO". IMPROPRIEDADE DE UM JUÍZO PRÉVIO SOBRE SEU CONTEÚDO E VALIDADE. MOMENTO IMPRÓPRIO PARA O EXAME DA CULPABILIDADE OU EXCLUSÃO DE CRIMINALIDADE. SUFICIENTES INDÍCIOS DE AUTORIA EVIDENCIADOS. AÇÃO PENAL PROPOSTA DEVIDO AO FORO ESPECIAL DE MEMBRO DE TRIBUNAL DE CONTAS ESTADUAL E EX-GOVERNADOR. DENÚNCIA RECEBIDA.**

(...)

*VIII. Na decisão final, a dúvida beneficia o réu e, nesta fase de recebimento da exordial, a dúvida beneficia a acusação.*

(...)

*XV. Denúncia recebida. (APn 195 - RO, Relator Ministro GILSON DIPP, Corte Especial, DJ de 15 de setembro de 2003) (grifamos)*

11. In casu, os autos permitem concluir que:

- a) o elemento subjetivo do tipo, o dolo não se verificou, porquanto a intenção do denunciado era a de implementar a obra que com o decurso do tempo e os acréscimos legais fizeram com que anuísse com o Termo Aditivo;
- b) a eventual ilicitude dos laudos técnicos aos quais impunha-se ao imputado curvar-se diante de sua incapacidade acadêmica, não contamina o seu atuar;
- c) as cautelas adotadas quer na atuação do Parquet em inquérito civil cuja desautorização da obra não foi comunicada tempestivamente antes da lavratura dos Termos Aditivos, quer nas constantes reuniões técnicas, encerram atitudes incompatíveis com o atuar doloso na sua definição científica;
- d) a ausência da prova do dolo, acrescida do rastreamento do Banco Central não apontando qualquer desvio em prol do denunciado, corroboram a ausência de prova conducente à condenação inequívoca;

e) ad argumentandum tantum, exsurgindo dúvida lindeira entre a inépcia e a culpabilidade impõe-se o afastamento da condenação, tese superada na jurisprudência da Corte, na lei, e na doutrina;

f) a Corte Especial é firme no sentido de que: I) o dolo genérico não é suficiente a levar o administrador à condenação por infração à Lei de Licitações (APn 261-PB, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ 05.12.2005); II) a insuficiência da prova leva à absolvição (APn 55-BA, Rel. p/ Acórdão Min. José de Jesus Filho, DJ 25.11.1996); "na decisão final, a dúvida beneficia o réu e, nesta fase de recebimento da exordial, a dúvida beneficia a acusação." (APn 195-RO, Rel. Min. Gilson Dipp, DJ 15.09.2003).

12. Ação Penal julgada improcedente.  
(APn 226/SP, Julgamento 01/08/2007)

Entendimento reiterado em outras oportunidades, como na APn 330/SP:

**AÇÃO PENAL. LICITAÇÃO. FRAUDE. DENÚNCIA. NÃO EVIDENCIAMENTO DO DOLO ESPECÍFICO E DO DANO. AUSÊNCIA DE DESCRIÇÃO DA PARTICIPAÇÃO INDIVIDUALIZADA DOS ACUSADOS. EXERCÍCIO DO DIREITO DE DEFESA.**

1. Denúncia oferecida pelo MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL, visando a apuração de supostos crimes relacionados à Concorrência 006/2003, promovida pelo Tribunal Regional Federal da 2ª Região, para a aquisição completa para ambiente de trabalho, compreendendo confecção, fornecimento e serviços de mão-de-obra especializada para instalação de móveis, cabeamento de dados, voz, elétrica e demais especificações no anexo do edital, para o Foro Trabalhista de 1ª Instância de São Paulo.

2. As ações criminais, que envolvem o cometimento de crimes previstos na Lei de Licitações, exigem, para a configuração do delito, a evidenciação do dolo específico e do dano ao erário, para que consubstanciem a justa causa para a condenação penal.

3. É que "cabe realçar, ainda que uma vez atestada a regularidade das contas e, ipso facto, da gestão, nela incluídas as transações envolvendo a necessidade ou dispensa de licitação, sob o exclusivo prisma do art. 89, não haverá justa causa para ação penal, quando nada, pela ausência do elemento mínimo culpabilidade que viabiliza seja alguém submetido a um processo criminal, dada a falta de probabilidade ainda que potencial de uma condenação. Não se pode deixar de lado o entendimento de que somente a intenção dolosa, tem relevância para efeito de punição." (APn 375/AP, Corte Especial, Rel. Min. FERNANDO GONÇALVES, DJU 24.04.06). Precedentes da Corte Especial: APn 281/PR, DJU 23.05.05 e APn 261/PB, DJU 02.03.05.

4. Os delitos plurissubjetivos, que veiculam crime de autoria coletiva, reclamam descrição individualizada da participação de cada um dos acusados no delito, para que possam eles exercitar sua defesa, sob pena de rejeição da peça inicial. Precedentes do STF: Inq 2.245/MG, Tribunal Pleno, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA, DJU 28.08.07; HC 83.947/AM, 2ª Turma, Rel. Min. CELSO DE MELLO, DJU 07.08.07; HC-extensão 87.768/RJ, 2ª Turma, Rel. Min. GILMAR MENDES, DJU 17.04.07; e HC 81.295/SP, 1ª Turma, ELLEN GRACIE, DJU 06.11.01.

5. Denúncia rejeitada.

(APn 330/SP, Relator p/ Acórdão Ministro LUIZ FUX, CORTE ESPECIAL, por maioria, j. 03/10/2007)

Ante o exposto, voto por absolver aos acusados.  
É o voto.

Des. Federal NÉFI CORDEIRO

---

Documento eletrônico assinado digitalmente por **Des. Federal NÉFI CORDEIRO**, , conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que instituiu a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, e a Resolução nº 61/2007, publicada no Diário Eletrônico da 4a Região nº 295 de 24/12/2007. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <https://www.trf4.gov.br/trf4/processos/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **3103629v2** e, se solicitado, do código CRC **C92F4F19**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): NEFI CORDEIRO:55321453934

Nº de Série do Certificado: 42C5AC5F

Data e Hora: 15/10/2009 17:22:01

---

### **AÇÃO PENAL Nº 2004.04.01.005062-5/SC**

**RELATOR : Des. Federal TADAAQUI HIROSE**

**AUTOR : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**

**REU : CLAUDIO PEDRO UTZIG**

**ADVOGADO : Claudio Pedro Utzig**

**REU : ELOI TREVISAN**

**ADVOGADO : Gelson Joel Simon e outros**

**REU : JOAO RODRIGUES**

**ADVOGADO : Gelson Joel Simon e outro**

**: Marlon Charles Bertol**

**REU : LUIZ HENTZ**

**ADVOGADO : Gelson Joel Simon e outros**

**REU : LUIZ FERNANDO DE OLIVEIRA GUEDES**

**ADVOGADO : Luiz Antonio Costa e outro**

### **VOTO-VISTA**

Pedi vista dos autos para melhor equacionar, dentre as posições já delineadas, o convencimento quanto à configuração dos crimes em relação aos acusados João Rodrigues e Luiz Hentz.

Primeiramente, consoante já havia assinalado na sessão que iniciou o julgamento, alinho-me ao entendimento da Relatoria no sentido de que, tutelando os delitos inscritos nos artigos 89 e 90 da Lei 8.666/93 a própria Administração Pública, desnecessária a comprovação de dano patrimonial ao erário para sua perfectibilização, uma vez demonstrado, sobretudo, o ferimento à moralidade administrativa, como é o caso.

De fato, conforme registra o preciso voto do Relator, evidenciado o dolo dirigido à fraude do caráter competitivo da licitação, com o fim especial de obter vantagem, ainda que não econômica, em especial, (I) pela consulta prévia à empresa Motormac sobre preço do bem a ser adquirido e o que seria dado como parte do pagamento, conforme interrogatório do réu Luiz Fernando de Oliveira Guedes (gerente, fls. 462-464 e 838-842); (II) pela efetivação da compra com valor na monta de R\$ 95.200,00, superando em muito aquele estimado no edital em R\$ 60.000,00, o qual não correspondeu à realidade da avaliação da máquina feita, em pesquisa informal e prévia, pela Prefeitura junto à empresa vencedora do certame, como afirmado no interrogatório do gerente da época (corréu); (III) por informações prestadas por *expert* às fls. 213-214 do IPL em apenso, obtidas mediante consulta oficial ao próprio departamento de vendas da Motormac, no sentido de que o valor da retroescavadeira adquirida pela municipalidade era equivalente, na época, a R\$ 86.000,00, inferior em R\$ 9.200,00 do total desembolsado; (IV) e, ainda, pelo fato de ter sido efetuado pagamento à vista, quando o usual daquele Município, em razão de contenção de contas anunciada pelo prefeito titular no final do ano de 1998, mesmo em casos de processos licitatórios de compra de bens em valores vultosamente inferiores ao implementado, por meio de convite, era a utilização de parcelamento ou pagamento a prazo, como fazem prova as notas das fls. 718-721, 751, 810, 811 e 812, além do fato de que o edital, que foi oficializado (fls. 281-282), ter previsto o uso dos recursos federais, entrega de retroescavadeira usada e somente o saldo à vista na entrega do bem, contrariando a forma de pagamento efetivamente perfectibilizada.

Aqui faço ressalva de que chegou a ser confeccionado um edital, que não restou assinado pelo prefeito em exercício (fls. 143-144), com proposta de pagamento do bem, e inclusive a respectiva nota de compra (fl. 150), com os R\$ 25.000,00 do fundo federal, com a entrega da retroescavadeira usada em valor mínimo de R\$ 23.000,00, R\$ 10.000,00, sendo metade em moeda na data da entrega e a outra metade em 30 (trinta) dias, e o saldo restante em 12 (doze) parcelas mensais, iguais e sucessivas, sem reajustes (fixas em R\$ 3.100,00), com vencimento até o décimo dia útil de cada mês.

Importa observar que os documentos - editais e notas de compra - foram elaborados em dois formatos: um com pagamento do saldo à vista e outro com pagamento do saldo parcelado. Até mesmo a única proposta trazida ao certame, que restou vencedora, foi direcionada de forma dúplice: uma com o valor do bem em R\$ 95.200,00 (fls. 283-285) - esta homologada - e a outra com o valor em R\$ 97.200,00 (fls. 145-147).

Além, disso, é de se ressaltar, como bem pontuado pela Relatoria, que o aviso de licitação data de 03-02-1999 na edição publicada no Diário Oficial do Estado (fl. 301) e de 05-2-1999 no formato publicado em periódico (fl. 300), datas anteriores à abertura do processo licitatório, com assinatura em 08-02-1999.

Ainda, oportuno destacar que, em face da composição de parcela expressiva da quantia necessária à aquisição do bem ter-se dado por recursos advindos do Contrato de Repasse 0082232-87/98 da Caixa Econômica Federal, devia ter sido publicado o edital, também, no Diário Oficial da União, consoante destacado pelo preclaro Relator, o que não ocorreu, sendo mais um indicativo patente da intenção de burla à competitividade do certame.

Tais elementos não deixam dúvida da quebra do princípio constitucional da isonomia, função precípua das licitações.

Ademais, há efetivamente Parecer Prévio do Tribunal de Contas do Estado de Santa Catarina, sob número 297/00, recomendando, à Câmara Municipal, a aprovação das contas da Prefeitura de Pinhalzinho relativas ao exercício de 1999, como sustentado oralmente na Tribuna por advogado de defesa e de acordo com pesquisa ao sítio oficial. Todavia, não foi ressaltado que os conselheiros, naquela ocasião, sugeriram que, quando do julgamento, fosse atentado pela vereança para as restrições remanescentes apontadas no Relatório da Instrução, ressalvando também que o resultado do Processo DEN-331011/82 não foi considerado na análise de contas por ausência de trânsito em julgado, considerando a pendência de decisão final daquela Corte de Contas até aquele momento. Sobre tais ressalvas, nada foi trazido pelos defensores, de modo que prevalecem em desfavor dos acusados.

Soma-se a isso o fato de não haver notícias de idêntica auditoria em sede do Tribunal de Contas da União, cuja necessidade se fazia presente em razão de utilização de recursos federais na aquisição do maquinário.

Em relação, especificamente, ao delito do artigo 89 da Lei 8.666/93, veja-o, de igual sorte, comprovado.

Saliento que não se tratou de simples dação em pagamento da retroescavadeira usada para completar o preço de compra da nova (primeiro fato), com eventual explicação de dispensa de licitação.

Com efeito, a documentação acostada evidencia que o bem em questão foi repassado previamente, o qual foi revendido pela empresa Motormac, que devolveu à Prefeitura o valor inicial da avaliação (R\$ 23.000,00), embora a venda tenha se efetivado em patamar superior (R\$ 28.120,00, conforme nota fiscal - fl. 29, ou R\$ 35.000,00, de acordo com o adquirente, fl. 472). Com a entrega da retroescavadeira nova, foram pagos os R\$ 95.200,00. Disso, extrai-se que não realizada a dação em pagamento, conforme previsão no edital.

Ademais, da prestação de contas pelo uso dos recursos federais (fl. 97 e 179-183), é verificável que o Município de Pinhalzinho integralizou o valor de R\$ 70.200,00 aos R\$ 25.000,00 repassados pela União. Para esse montante, desviou verbas inicialmente destinadas a poços artesianos (obras e instalações em R\$ 60.000,00 e transf. inst. privadas em R\$ 10.000,00) no total de R\$ 70.000,00, sob a rubrica de crédito adicional suplementar para a ampliação da patrulha agrícola mecanizada, por meio da Lei 1.273/99, datada de 26-02-1999 e tendo como signatário o prefeito em exercício (fl. 308), do que se deflui que os R\$ 23.000,00, ainda que retornados aos cofres municipais, não foram suporte para a compra do maquinário novo. É de se pontuar também que o projeto de lei respectivo data de 09-02-1999.

Por outro lado, já por ocasião do prefeito titular, em 15-3-1999, foi editada a Lei 1.277/99 (fl. 302), autorizando a alienação da máquina usada como parte do pagamento na aquisição de outro bem a integrar o patrimônio público da municipalidade, o que não se perfectibilizou.

Tais fatos, especialmente, comprovam que houve efetiva venda do bem público sem licitação, restando desconfigurada a alegada dação em pagamento para a aquisição do outro bem e malferindo as disposições editalícias e legais, bem assim, segundo se observa, ainda, com intermediação e vantagem da mesma empresa que logrou êxito no certame anteriormente examinado.

A título de esclarecimento, é de relevo que a própria Corte de Contas do Estado de Santa Catarina fornece informações para as prefeituras em relação aos procedimentos licitatórios, ressaltando a necessidade de leilão para a alienação de bens móveis inservíveis na forma do artigo 17, § 6º, da Lei 8.666/93, cujas cópias constam nas fls. 39-41 do IPL apenso.

Com estes fundamentos, acompanho integralmente o Relator.

Ante o exposto, voto por:

a) declarar extinta a punibilidade de **Luiz Fernando de Oliveira Guedes**, com apoio no artigo 107, I, do CPP;

b) absolver **Cláudio Pedro Utzig** e **Luiz Hentz** da prática do crime previsto no artigo 89 da Lei 8.666/93, com base no artigo 386, V, do CPP;

c) absolver **Cláudio Pedro Utzig** e **Eloi Trevisan** da prática do crime previsto no artigo 90 da Lei 8.666/93, com fundamento no artigo 386, V, do CPP;

d) condenar **Luiz Hentz**, pelo cometimento do delito inscrito no artigo 90 da Lei 8.666/93, às penas de 02 anos de detenção e multa no valor de

R\$1.904,00, e, de ofício, declarar extinta sua punibilidade, com base nos artigos 109, V, 110 §§ 1º e 2º e 107, IV, todos do Código Penal.

e) condenar **João Rodrigues**, pela prática dos crimes previstos nos artigo 89 e 90 da Lei 8.666/93, às penas totais de 5 (cinco) anos e 3 (três) meses de detenção e multa no valor de R\$2.365,00 (dois mil trezentos e sessenta e cinco reais), devendo a pena corporal ser cumprida em regime inicialmente semi-aberto (art. 33, § 2º, alínea 'b', do CP), sem possibilidade de substituição (art. 44, do CP), e a pena de multa revertida à Fazenda Municipal de Pinhalzinho/SC.

**Desembargador Federal VICTOR LUIZ DOS SANTOS LAUS**  
**Desembargador Federal**

---

Documento eletrônico assinado digitalmente por **Desembargador Federal VICTOR LUIZ DOS SANTOS LAUS, Desembargador Federal**, conforme MP nº 2.200-2/2001 de 24/08/2001, que instituiu a Infra-estrutura de Chaves Públicas Brasileira - ICP-Brasil, e a Resolução nº 61/2007, publicada no Diário Eletrônico da 4a Região nº 295 de 24/12/2007. A conferência da **autenticidade do documento** está disponível no endereço eletrônico <https://www.trf4.gov.br/trf4/processos/verifica.php>, mediante o preenchimento do código verificador **3170690v30** e, se solicitado, do código **CRC 5AAF4D0F**.

Informações adicionais da assinatura:

Signatário (a): VICTOR LUIZ DOS SANTOS LAUS:46  
Nº de Série do Certificado: 4435AF35  
Data e Hora: 17/12/2009 20:36:00

---

**EXTRATO DE ATA DA SESSÃO DE 15/10/2009**  
**AÇÃO PENAL Nº 2004.04.01.005062-5/SC**  
**ORIGEM: SC 200272020002820**

RELATOR : Des. Federal TADAAQUI HIROSE  
PRESIDENTE : ÉLCIO PINHEIRO DE CASTRO  
PROCURADOR : Dr.Jorge Luiz Gasparini da Silva  
REVISOR : Des. Federal PAULO AFONSO BRUM VAZ  
SUSTENTAÇÃO ORAL : Dr. Marlon Bertol, pelo réu João Rodrigues  
AUTOR : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
REU : CLAUDIO PEDRO UTZIG

ADVOGADO : Claudio Pedro Utzig

REU : ELOI TREVISAN

ADVOGADO : Gelson Joel Simon e outros

REU : JOAO RODRIGUES

ADVOGADO : Gelson Joel Simon e outro

REU : LUIZ HENTZ

ADVOGADO : Gelson Joel Simon e outros

REU : LUIZ FERNANDO DE OLIVEIRA GUEDES

ADVOGADO : Luiz Antonio Costa e outro

Certifico que este processo foi incluído na Pauta do dia 15/10/2009, na seqüência 2, disponibilizado no DE de 30/09/2009, da qual foi intimado(a) o MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL e as demais PROCURADORIAS FEDERAIS. Certifico, também, que os autos foram encaminhados ao revisor em 23/09/2009.

Certifico que o(a) 4<sup>a</sup> SEÇÃO, ao apreciar os autos do processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

INICIADO O JULGAMENTO, APÓS O VOTO DO DES. FEDERAL TADAAQUI HIROSE, RELATOR, NO SENTIDO DE: A) DECLARAR EXTINTA A PUNIBILIDADE DE LUIZ FERNANDO DE OLIVEIRA GUEDES, FORTE NO DISPOSTO NO ART. 107, I, DO CPP; B) ABSOLVER CLÁUDIO PEDRO UTZIG E LUIZ HENTZ DA PRÁTICA DO CRIME PREVISTO NO ARTIGO 89 DA LEI Nº 8.666/93, COM BASE NO DISPOSTO NO ARTIGO 386, V, DO CPP; C) ABSOLVER CLÁUDIO PEDRO UTZIG E ELOI TREVISAN DA PRÁTICA DO CRIME PREVISTO NO ARTIGO 90 DA LEI Nº 8.666/93, COM BASE NO DISPOSTO NO ARTIGO 386, V, DO CPP; D) CONDENAR LUIZ HENTZ ÀS PENAS DE 02 ANOS DE DETENÇÃO E MULTA NO VALOR DE R\$1.904,00, POR INCURSO NAS SANÇÕES DO ARTIGO 90 DA LEI Nº 8.666/93, E, DE OFÍCIO, DECLARAR EXTINTA SUA PUNIBILIDADE, COM BASE NOS ARTIGOS 109, V, 110 §§ 1º E 2º E 107, IV, TODOS DO CÓDIGO PENAL; E) CONDENAR JOÃO RODRIGUES ÀS PENAS DE 03 ANOS, 01 MÊS E 15 DIAS DE DETENÇÃO, ALÉM DE MULTA NO VALOR DE R\$460,00, PELA PRÁTICA DO CRIME PREVISTO NO ARTIGO 89 DA LEI Nº 8.666/93, E DE 02 ANOS, 01 MÊS E 15 DIAS DE DETENÇÃO, ALÉM DE MULTA NO VALOR DE R\$1.904,00, PELA PRÁTICA DO CRIME PREVISTO NO ARTIGO 90 DA LEI Nº 8.666/93, EM CONCURSO MATERIAL, TOTALIZANDO, 5 (CINCO) ANOS E 3 (TRÊS) MESES DE DETENÇÃO E MULTA NO VALOR DE R\$2.365,00 (DOIS MIL TREZENTOS E SESSENTA E CINCO REAIS), DEVENDO A PENA CORPORAL SER CUMPRIDA EM REGIME INICIALMENTE SEMI-ABERTO (ART. 33, § 2<sup>a</sup>, ALÍNEA 'B', DO CP), SEM POSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO (ART. 44, DO CP), E A PENA DE MULTA REVERTIDA À FAZENDA MUNICIPAL DE PINHALZINHO/SC, DIVERGIRAM OS DESEMBARGADORES FEDERAIS PAULO AFONSO BRUM VAZ E NÉFI CORDEIRO, PARA ABSOLVER TODOS OS RÉUS. PEDIU VISTA O DES. FEDERAL VICTOR LUIZ DOS SANTOS LAUS. AGUARDA O JUIZ

FEDERAL SEBASTIÃO OGÊ MUNIZ. USOU DA PALAVRA O REPRESENTANTE DO MINISTÉRIO PÚBLICO .

PEDIDO DE : Des. Federal VICTOR LUIZ DOS SANTOS LAUS  
VISTA

VOTANTE(S) : Des. Federal TADAAQUI HIROSE  
: Des. Federal NÉFI CORDEIRO  
: Des. Federal PAULO AFONSO BRUM VAZ

**Fádia Gonzalez Zanini**  
**Diretora de Secretaria**

**EXTRATO DE ATA DA SESSÃO DE 17/12/2009**  
**AÇÃO PENAL Nº 2004.04.01.005062-5/SC**  
**ORIGEM: SC 200272020002820**

RELATOR : Des. Federal TADAAQUI HIROSE  
PRESIDENTE : ÉLCIO PINHEIRO DE CASTRO  
PROCURADOR : Dr. Flávio Augusto de Andrade Strapason  
AUTOR : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
REU : CLAUDIO PEDRO UTZIG  
ADVOGADO : Claudio Pedro Utzig  
REU : ELOI TREVISAN  
ADVOGADO : Gelson Joel Simon e outros  
REU : JOAO RODRIGUES  
ADVOGADO : Gelson Joel Simon e outro  
: Marlon Charles Bertol  
REU : LUIZ HENTZ  
ADVOGADO : Gelson Joel Simon e outros  
REU : LUIZ FERNANDO DE OLIVEIRA GUEDES  
ADVOGADO : Luiz Antonio Costa e outro

Certifico que o(a) 4<sup>a</sup> SEÇÃO, ao apreciar os autos do processo em epígrafe, em sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

PROSSEGUINDO O JULGAMENTO, APÓS O VOTO-VISTA DO DES. FEDERAL VICTOR LUIZ DOS SANTOS LAUS E DO VOTO DO JUIZ FEDERAL SEBASTIÃO OGÊ MUNIZ, ACOMPANHANDO O RELATOR, A SEÇÃO, POR UNANIMIDADE, DECIDIU A) DECLARAR EXTINTA A PUNIBILIDADE QUANTO A LUIZ FERNANDO DE OLIVEIRA GUEDES; B) ABSOLVER CLÁUDIO PEDRO UTZIG E LUIZ HENTZ, COM RELAÇÃO AO CRIME PREVISTO NO ART. 89 DA LEI Nº 8.666; C) ABSOLVER CLÁUDIO

PEDRO UTZIG E ELÓI TREVISAN DO CRIME PREVISTO NO ART. 90 DA LEI Nº 8.666/93; E, POR MAIORIA, A) CONDENAR LUIZ HENTZ, PELO CRIME DO ART. 90 DA LEI Nº 8.666/93, E DECLARAR EXTINTA A PUNIBILIDADE, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR, NO QUE FOI ACOMPANHADO PELO DES. FEDERAL VICTOR LAUS E JUIZ SEBASTIÃO OGÊ MUNIZ, VENCIDOS OS DES. FEDERAIS PAULO AFONSO BRUM VAZ E NÉFI CORDEIRO; B) CONDENAR JOÃO RODRIGUES, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR, ACOMPANHADO PELO DES. FEDERAL VICTOR LAUS E PELO JUIZ FEDERAL SEBASTIÃO OGÊ MUNIZ, VENCIDOS OS DES. FEDERAIS PAULO AFONSO BRUM VAZ E NÉFI CORDEIRO.

RELATOR  
ACÓRDÃO : Des. Federal TADAAQUI HIROSE

VOTO VISTA : Des. Federal VICTOR LUIZ DOS SANTOS LAUS

VOTANTE(S) : Juiz Federal SEBASTIÃO OGÊ MUNIZ

**Fádia Gonzalez Zanini**  
**Diretora de Secretaria**

**DOC. 02**

26/09/2016 Vista à PGR para fins de intimação

26/09/2016

Publicado acórdão, DJE

[!\[\]\(a1f361090ddffdf9a3763af3034ac366\_img.jpg\) Inteiro teor do acórdão](#)

**DATA DE PUBLICAÇÃO DJE 26/09/2016 - ATA N° 142/2016, DJE nº 204, divulgado em 23/09/2016**

13/09/2016

Ata de Julgamento Publicada, DJE

ATA N° 2, de 02/09/2016, DJE nº 195, divulgado em 12/09/2016

02/09/2016

Juntada

Certidão de Julgamento da Sessão Virtual

02/09/2016

Não provido

[!\[\]\(04d4662c8b64cf3a573a02fa8e928102\_img.jpg\) Décisão de Julgamento](#)

Por PRIMEIRA  
TURMA

Decisão: A Turma, por unanimidade, negou provimento aos recursos, nos termos do voto do Relator. 1ª Turma, Sessão Virtual de 26.8 a 1º.9.2016.

02/09/2016

Finalizado Julgamento Virtual

26/08/2016

Iniciado Julgamento Virtual

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 1 de 44

02/09/2016

PRIMEIRA TURMA

**AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 696.533 SANTA CATARINA**

<b>RELATOR</b>	<b>: MIN. LUIZ FUX</b>
<b>AGTE.(S)</b>	<b>: JOÃO RODRIGUES</b>
<b>ADV.(A/S)</b>	<b>: ANTÔNIO NABOR AREIAS BULHÕES</b>
<b>ADV.(A/S)</b>	<b>: MARLON CHARLES BERTOL E OUTRO(A/S)</b>
<b>AGDO.(A/S)</b>	<b>: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL</b>
<b>PROC.(A/S)(ES)</b>	<b>: PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA</b>
<b>INTDO.(A/S)</b>	<b>: ELOI TREVISAN</b>
<b>ADV.(A/S)</b>	<b>: GÉLSON JOEL SIMON</b>
<b>INTDO.(A/S)</b>	<b>: LUIZ FERNANDO DE OLIVEIRA GUEDES</b>
<b>ADV.(A/S)</b>	<b>: LUIZ ANTONIO COSTA E OUTRO(A/S)</b>
<b>INTDO.(A/S)</b>	<b>: LUIZ HENTZ</b>
<b>ADV.(A/S)</b>	<b>: GÉLSON JOEL SIMON E OUTRO(A/S)</b>
<b>INTDO.(A/S)</b>	<b>: CLAUDIO PEDRO UTZIG</b>
<b>ADV.(A/S)</b>	<b>: ELIO LUÍS FROZZA</b>

**EMENTA:** PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RECURSO ESPECIAL. DIPLOMAÇÃO SUPERVENIENTE AO CARGO DE DEPUTADO FEDERAL. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA JULGAR AS INFRAÇÕES PENAIS CONTRA MEMBROS DO CONGRESSO NACIONAL. ART. 102, I, B, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. CRIMES DE DISPENSA IRREGULAR DE LICITAÇÃO E DE FRAUDE À LICITAÇÃO (ARTS. 89 E 90 DA LEI 8.666/93). VICE-PREFEITO MUNICIPAL. CONDENAÇÃO. ALEGADA INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. INEXISTÊNCIA. COMPETÊNCIA ATRAÍDA PELA MALVERSAÇÃO DE VERBA PÚBLICA FEDERAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA. INOCORRÊNCIA. AFERIÇÃO DE EVENTUAL PREJUÍZO CAUSADO AO ERÁRIO. ANÁLISE DA EXISTÊNCIA, OU NÃO, DO DOLO ESPECÍFICO DO PACIENTE DE LESAR OS COFRES PÚBLICOS E OBTER VANTAGEM ILÍCITA. EXAME DA REGULARIDADE, OU NÃO, DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. DOSIMETRIA. REVOLVIMENTO

**RE 696533 AGR / SC**

**DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. VEDAÇÃO. SÚMULA 279/STF. INCIDÊNCIA. NULIDADES. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. RECURSOS DESPROVIDOS.**

1. A Justiça Federal é competente para o julgamento de crimes relativos à desvio ou à apropriação de verba federal destinada à realização de serviços de competência privativa da União ou de competência comum da União e do ente beneficiário, ou de verba cuja utilização se submeta à fiscalização por órgão federal. Precedentes: (RE 464.621/RN, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJe 21/11/2008; RE 605.609-AgR, Primeira Turma, Relatora a Ministra Cármem Lúcia, DJe de 1º/02/2011; HC 81.994, Primeira Turma, Relator o Ministro Ilmar Galvão, DJ de 27/09/2012.).

2. O elemento definidor da competência do órgão judiciário, em se tratando de questão envolvendo suposta apropriação ou aplicação irregular de verbas públicas federais repassadas a Estados e Municípios, está no interesse lesado em decorrência da pretensa conduta criminosa.

3. O fato de a verba repassada ser proveniente de recursos federais e fiscalizada pela União, é suficiente para afirmar a existência de interesse desta e a consequente competência da Justiça Federal para apreciar o feito. Precedentes: RHC 98.564 Rel. Min. Eros Grau, Segunda Turma, DJe de 6/11/2009; HC 80.867, Rel. Min. Ellen Gracie, Primeira Turma, DJe de 12/04/2002; ACO 1.109/SP, Red. p/ acórdão, Min. Luiz Fux, DJe de 7/3/2012.

4. A verba federal repassada ao Município não se incorporou definitivamente ao patrimônio da municipalidade, tendo em vista que o Contrato de Repasse não conferiu autonomia ao ente municipal para administrá-la de forma discricionária; mas, ao revés, previu, expressamente, a necessidade de prestação de contas à União.

5. *“É apta a denúncia que bem individualiza a conduta do réu, expondo de forma pormenorizada o fato criminoso, preenchendo, assim, os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal. Basta que, da leitura da peça acusatória, possam-se vislumbrar todos os elementos indispensáveis à existência de crime em tese, com autoria definida, de modo a permitir o pleno exercício do contraditório e*

**RE 696533 AGR / SC**

*da ampla defesa*" (AP 396, Pleno, Relatora a Ministra Cármem Lúcia, DJe de 28/4/2011). No mesmo sentido: HC 109.942, Primeira Turma, Relatora a Ministra Cármem Lúcia, DJe de 1º/08/2012; HC 108.645, Primeira Turma, Relatora a Ministra Cármem Lúcia, DJe de 1º/02/2012; HC 103.104, Primeira Turma, Relator o Ministro Marco Aurélio, DJe de 14/02/2012; RHC 101358, Segunda Turma, Relatora a Ministra Ellen Gracie, DJ de 10.09.10.

6. No caso *sub examine*, a denúncia descreve de forma minuciosa e individualizada as condutas praticadas pelo recorrente, destacando, inclusive, ser ele "*o principal responsável pela fraude na licitação, como Prefeito Municipal em exercício de Pinhalzinho, eis que autorizou e chancelou todo o processo licitatório*"

7. A aferição de eventual prejuízo causado ao erário, a análise da existência, ou não, do dolo específico do recorrente de lesar os cofres públicos e obter para si vantagem ilícita, bem como o exame da regularidade, ou não, do procedimento licitatório realizado, demandaria o revolvimento do contexto fático-probatório, inviável na via do recurso extraordinário e do recurso especial, nos termos da Súmula 279 do Supremo Tribunal Federal, *verbis*: "*para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário*".

8. O entendimento fixado pelo Tribunal *a quo* está em consonância com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que para a configuração da conduta descrita nos arts. 89 e 90 da Lei de Licitações, o agente deve agir impulsionado por dolo, ou seja, consciente da ilegalidade do ato que está praticando, ignorando as exigências legais para a contratação direta, ou simulando a presença das mesmas. Precedentes: Inq 2.648/SP, Rel. Ministra Cármem Lúcia e Inq 2.482/MG, Red. p/ acórdão, Ministro Luiz Fux.

9. A nulidade no direito penal exige a demonstração do efetivo prejuízo para a defesa, consoante dispõe o artigo 563 do Código de Processo Penal, o que importa dizer que a desobediência às formalidades estabelecidas na legislação processual somente poderá implicar o reconhecimento da invalidade do ato quando a sua finalidade estiver

# Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 4 de 44

RE 696533 AGR / SC

comprometida em virtude do vício verificado. Precedentes.

10. A dosimetria da pena, bem como os critérios subjetivos considerados pelos órgãos inferiores para a sua realização, não são passíveis de aferição na via do recurso extraordinário e do recurso especial, por demandar minucioso exame fático e probatório. Incide, portanto, a Súmula 279 do Supremo Tribunal Federal. Precedentes: ARE 653.681-AgR, Relator o Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe 11/10/2011; AI 829.772-AgR, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, Segunda Turma, DJe 17/9/2012; ARE 784.966-AgR/PA, Relatora a Ministra Cármem Lúcia, Segunda Turma, DJe 26/3/2014; ARE 742.871-AgR, Relatora a Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, DJe 3.10.2013.

11. *In casu*, i) O recorrente – à época dos fatos, vice-prefeito do Município de Pinhalzinho/SC – foi denunciado como incursão nas sanções dos arts. 89 e 90 da Lei 8.666/93, por ter, no período em que exerceu a prefeitura, em substituição ao prefeito, dispensado, fora das hipóteses legais, a realização de procedimento licitatório para a alienação de uma retroescavadeira, bem como por ter fraudado a licitação efetuada para a compra de uma nova retroescavadeira.

ii) Após a instrução criminal, o recorrente foi condenado pelo Tribunal Regional Federal da 4<sup>a</sup> Região à pena de 3 (três) anos, 1 (um) mês e 15 (quinze) dias de detenção, pela prática do delito previsto no art. 89 da Lei 8.666/93 e a 2 (dois) anos, 1 (um) mês e 15 (quinze) dias de detenção, pela prática do crime tipificado no art. 90 do mesmo diploma legislativo. Fixou-se o regime semiaberto para o início do cumprimento das penas privativas de liberdade que, somadas, totalizam 5 (cinco) anos e 3 (três) meses de detenção.

iii) A Corte Regional assentou a competência da Justiça Federal para processar e julgar o feito, tendo em vista que os crimes de dispensa irregular de licitação e de fraude à licitação (arts. 89 e 90 da Lei 8.666/93, respectivamente) foram praticados em detrimento de verba pública federal. Isso porque a origem da verba utilizada pelo Município para a aquisição de bem móvel – em processo licitatório fraudulento – foi o Contrato de Repasse celebrado entre a Municipalidade – por meio do

# *Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 5 de 44

## **RE 696533 AGR / SC**

Fundo de Desenvolvimento Agropecuário - FUNDAPI - e a Caixa Econômica Federal.

iv) O Recurso Especial foi originariamente interposto para o Superior Tribunal de Justiça e, posteriormente, foi remetido ao Supremo Tribunal Federal, em razão da diplomação do recorrente no cargo de Deputado Federal.

12. O Supremo Tribunal Federal é competente para julgamento do recurso especial interposto contra o acórdão condenatório proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4<sup>a</sup> Região. É que após a interposição do recurso especial, o recorrente foi diplomado no cargo de Deputado Federal, o que atrai a competência desta Suprema Corte para julgamento das ações penais contra os membros do Congresso Nacional, nos termos do art. 102, I, b, da Constituição Federal. No julgamento da Questão de Ordem no Inquérito 1.070/TO, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, esta Corte entendeu que compete ao Supremo Tribunal Federal julgar o recurso especial quando há a superveniente diplomação do recorrente no cargo de Deputado Federal.

13. Agravo regimental no Recurso Extraordinário e Recurso especial desprovidos.

## **A C Ó R D Ã O**

A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, na conformidade da ata de julgamento virtual de 26/08 a 1º/09/2016, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 02 de setembro de 2016.

**LUIZ FUX – RELATOR**

*Documento assinado digitalmente*

# Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 6 de 44

02/09/2016

PRIMEIRA TURMA

## AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 696.533 SANTA CATARINA

RELATOR	: MIN. LUIZ FUX
AGTE.(S)	: JOÃO RODRIGUES
ADV.(A/S)	: ANTÔNIO NABOR AREIAS BULHÕES
ADV.(A/S)	: MARLON CHARLES BERTOL E OUTRO(A/S)
AGDO.(A/S)	: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA
INTDO.(A/S)	: ELOI TREVISAN
ADV.(A/S)	: GÉLSON JOEL SIMON
INTDO.(A/S)	: LUIZ FERNANDO DE OLIVEIRA GUEDES
ADV.(A/S)	: LUIZ ANTONIO COSTA E OUTRO(A/S)
INTDO.(A/S)	: LUIZ HENTZ
ADV.(A/S)	: GÉLSON JOEL SIMON E OUTRO(A/S)
INTDO.(A/S)	: CLAUDIO PEDRO UTZIG
ADV.(A/S)	: ELIO LUÍS FROZZA

## RELATÓRIO

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR):** *Ab initio*, ressalto que o presente relatório se refere tanto ao recurso especial interposto originariamente no Superior Tribunal de Justiça, quanto ao agravo regimental interposto contra decisão por mim proferida, em que neguei seguimento ao recurso extraordinário.

Colhe-se dos autos que o recorrente – à época dos fatos, vice-prefeito do Município de Pinhalzinho/SC – foi denunciado como incursão nas sanções dos arts. 89 e 90 da Lei 8.666/93, por ter, no período em que exerceu a prefeitura, em substituição ao prefeito, dispensado, fora das hipóteses legais, a realização de procedimento licitatório para a alienação de uma retroescavadeira, bem como por ter fraudado a licitação efetuada para a compra de uma nova retroescavadeira.

Concluída a instrução criminal, o recorrente foi condenado pelo

**RE 696533 AGR / SC**

Tribunal Regional Federal da 4<sup>a</sup> Região a 3 (três) anos, 1 (um) mês e 15 (quinze) dias de detenção, pela prática do delito previsto no art. 89 da Lei 8.666/93 e a 2 (dois) anos, 1 (um) mês e 15 (quinze) dias de detenção, pela prática do crime tipificado no art. 90 do mesmo diploma legislativo. Fixou-se o regime semiaberto para o início do cumprimento das penas privativas de liberdade que, somadas, totalizam 5 (cinco) anos e 3 (três) meses de detenção. O acórdão condenatório possui a seguinte ementa:

**“AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. DISPENSA ILEGAL DE LICITAÇÃO. FRAUDE AO CARÁTER COMPETITIVO DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. ARTS. 89 E 90 DA LEI Nº 8.666/93. CONFIGURAÇÃO.**

1. O tipo incriminador constante no artigo 90 da Lei 8.666/93 tem como um dos verbos-núcleo do tipo o ato de fraudar, vale dizer: burlar, enganar, iludir o caráter competitivo da licitação, de modo a acarretar a ausência de concorrentes (licitação deserta) ou a pouca quantidade destes, abrindo espaço, por conseguinte, à adjudicação direta do objeto ao único participante do certame. A competitividade, portanto, é atributo essencial a todo e qualquer certame licitatório; por isso, uma vez maculado este princípio - por força do ato fraudulento - não mais subsiste a licitação.

2. Demonstrada, pois, a vontade livre e consciente de fraudar o caráter competitivo do certame, bem como o fim especial de obter qualquer vantagem - seja ela pecuniária, social, política etc. -, decorrente da adjudicação do objeto da licitação, para si ou para outrem, estará perfectibilizado o crime descrito no art. 90 da Lei de Licitações.

3. A ausência de comprovação de dano ao erário público não se mostra essencial à caracterização da conduta delitiva descrita no artigo 90, porquanto referida figura típica visa tutelar não só o patrimônio público, mas, sobretudo, a moralidade administrativa expressa na regularidade do certame, além dos demais princípios licitatórios constitucionais dispostos no artigo 3º da L. 8.666/93. Trata-se, ademais, de crime formal, constituindo mero exaurimento a obtenção ou não da

**RE 696533 AGR / SC**

vantagem pretendida.

4. No que se refere ao delito de dispensa ilegal de licitação, segundo o entendimento recente do STJ, 'a simples leitura do caput do art. 89 da Lei nº 8.666/93 não possibilita qualquer conclusão no sentido de que para a configuração do tipo penal ali previsto exige-se qualquer elemento de caráter subjetivo diverso do dolo. Ou seja, dito em outras palavras, não há qualquer motivo para se concluir que o tipo em foco exige um ânimo, uma tendência, uma finalidade dotada de especificidade própria, e isso, é importante destacar, não decorre do simples fato de a redação do art. 89, caput, da Lei nº 8.666/93, ao contrário do que se passa, apenas à título exemplificativo, com a do art. 90 da Lei nº 8.666/93, não contemplar qualquer expressão como 'com o fim de', 'com o intuito de', 'a fim de', etc. Aqui, o desvalor da ação se esgota no dolo, é dizer, a finalidade, a razão que moveu o agente ao dispensar ou inexigir a licitação fora das hipóteses previstas em lei é de análise desnecessária'. 'Ainda, o crime se perfaz, com a mera dispensa ou afirmação de que a licitação é inexigível, fora das hipóteses previstas em lei, tendo o agente consciência dessa circunstância. Isto é, não se exige qualquer resultado naturalístico para a sua consumação (efetivo prejuízo para o erário, por exemplo) (Precedente)."

Irresignada, a defesa interpôs recurso extraordinário e recurso especial.

O Recurso Especial foi originariamente interposto para o Superior Tribunal de Justiça, sendo autuado como REsp 1.247.293 e, posteriormente, foi remetido ao Supremo Tribunal Federal, em razão da diplomação do recorrente no cargo de Deputado Federal.

Neste recurso especial, sustenta-se, em suma, a incompetência da Justiça Federal para processar e julgar a ação penal ao fundamento de que não há violação a bens ou direitos da União, posto que os recursos federais teriam sido repassados ao Município de Pinhalzinho mediante

# Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 9 de 44

**RE 696533 AGR / SC**

Contrato de Repasse e teriam sido incorporados ao patrimônio daquela Municipalidade. Aduz a existência de dissídio jurisprudencial entre o acórdão recorrido e o entendimento adotado por outros Tribunais.

Alega, ainda, que a denúncia oferecida é genérica, “*posto que não estabeleceu nexo causal entre o fato imputado e o suposto autor, atribuindo-lhe, na verdade, responsabilidade puramente objetiva, contrariando o art. 41 do Código de Processo Penal*”.

Argumenta, outrossim, que o delito previsto no art. 89 da Lei nº 8.666/1993, somente se configura quando houver dano ao erário e consoante destacou o Tribunal *a quo*, não há comprovação de dano no caso em análise. Afirma, assim, que a interpretação dada pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região viola o mencionado dispositivo legal. Destaca, também, que houve violação ao art. 90 da Lei de Licitações, “*tendo em vista a ausência da elementar consubstanciada na vantagem econômica para o suposto autor do crime*”.

Ressalta, ademais, a existência de ilegalidade da dosimetria da pena ao argumento de que “*a condição de prefeito e a alienação de bem móvel pertencente ao patrimônio público sem prévia licitação são elementares dos próprios tipos penais e suas aplicações configuram verdadeiro bis in idem, em afronta direta ao artigo 59 do Código Penal*”.

Salienta, por derradeiro, que o acórdão recorrido aplicou as penas de multa em desacordo com a previsão contida no art. 99 da Lei 8.666/1993.

A Procuradoria Geral da República manifestou-se pelo recebimento do recurso especial como *habeas corpus*, que deve ser parcialmente conhecido e, nessa extensão, denegado.

O recurso extraordinário, por sua vez, foi interposto com fundamento no art. 102, III, a, da Constituição Federal. Nas razões de

# Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 10 de 44

**RE 696533 AGR / SC**

apelo extremo, sustenta-se a preliminar de repercussão geral e, no mérito, aponta violação ao artigo 109, IV, da Constituição Federal, sob o fundamento de que “é indiscutível que o interesse da União a, em tese, atrair a competência da justiça federal reside no fato de os ilícitos atribuídos ao recorrente envolverem a utilização de recursos provenientes do ‘Contrato de Repasse nº. 8223287/92’, celebrado entre o Município de Pinhalzinho – por meio do Fundo de Desenvolvimento Agropecuário (FUNDAPI) – e o Ministério da Agricultura – via recursos da Caixa Econômica Federal. Todavia, o entendimento adotado pelo Tribunal a quo é totalmente equivocado. Isso porque, se a verba federal repassada ao município incorpora-se ao seu patrimônio, deixa, pois, de pertencer e, consequentemente, de ser de interesse da União.”

Requer, assim, o provimento do recurso extraordinário para declarar a incompetência da Justiça Federal para processar e julgar o feito, bem como seja decretada a nulidade do processo *ab initio*.

Em 30/04/2013, neguei seguimento ao recurso extraordinário, em decisão que possui a seguinte ementa:

“RECURSO EXTRAORDINÁRIO PENAL. DISPENSA ILEGAL DE LICITAÇÃO. FRAUDE AO CARÁTER COMPETITIVO DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. ARTS. 89 E 90 DA LEI Nº 8.666/93. CONFIGURAÇÃO. COMPRA DE RETROESCAVADEIRA POR PREFEITO, EM EXERCÍCIO, SEM A DEVIDA OBSERVÂNCIA DA LEI DE LICITAÇÃO. PARTE DA VERBA ORIUNDA DE REPASSE DA UNIÃO. RECURSO NÃO INCORPORADO AO PATRIMÔNIO DO MUNICÍPIO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. INTERESSE DA UNIÃO. VIOLAÇÃO AO ART. 109, INCISO IV, NÃO CARACTERIZADA.

1. A repercussão geral pressupõe recurso admissível sob o crivo dos demais requisitos constitucionais e processuais de admissibilidade (art. 323 do RISTF). Consectariamente, se o recurso é inadmissível por outro motivo, não há como se pretender seja reconhecida “a repercussão geral das questões

**RE 696533 AGR / SC**

constitucionais discutidas no caso" (art. 102, III, § 3º, da CF).

2. Compete à Justiça Federal o julgamento de crimes relativos a desvio ou à apropriação de verba federal destinada à realização de serviços de competência privativa da União ou de competência comum da União e do ente beneficiário, ou de verba cuja utilização se submeta à fiscalização por órgão federal. Precedentes: RE nº 605.609-AgR, Rel. Min. Cármel Lúcia, Primeira Turma, DJe 1º.2.2011 e HC nº. 81.994, Rel. Min. Ilmar Galvão, Primeira Turma, DJ de 27.9.2002.

3. *In casu*, o acórdão recorrido assentou:

**'AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. DISPENSA ILEGAL DE LICITAÇÃO. FRAUDE AO CARÁTER COMPETITIVO DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. ARTS. 89 E 90 DA LEI N° 8.666/93. CONFIGURAÇÃO.'**

1. *O tipo incriminador constante no artigo 90 da Lei 8.666/93 tem como um dos verbos-núcleo do tipo o ato de fraudar, vale dizer: burlar, enganar, iludir o caráter competitivo da licitação, de modo a acarretar a ausência de concorrentes (licitação deserta) ou a pouca quantidade destes, abrindo espaço, por conseguinte, à adjudicação direta do objeto ao único participante do certame. A competitividade, portanto, é atributo essencial a todo e qualquer certame licitatório; por isso, uma vez maculado este princípio - por força do ato fraudulento - não mais subsiste a licitação.* 2. *Demonstrada, pois, a vontade livre e consciente de fraudar o caráter competitivo do certame, bem como o fim especial de obter qualquer vantagem - seja ela pecuniária, social, política etc. -, decorrente da adjudicação do objeto da licitação, para si ou para outrem, estará perfectibilizado o crime descrito no art. 90 da Lei de Licitações.* 3. *A ausência de comprovação de dano ao erário público não se mostra essencial à caracterização da conduta delitiva descrita no artigo 90, porquanto referida figura típica visa tutelar não só o patrimônio público, mas, sobretudo, a moralidade administrativa expressa na regularidade do certame, além dos demais princípios licitatórios constitucionais dispostos no artigo 3º da L. 8.666/93.* Trata-se, ademais, de crime formal, constituindo mero exaurimento a obtenção ou não da vantagem pretendida. 4. *No que se refere ao delito de dispensa ilegal de licitação, segundo o entendimento recente do*

**RE 696533 AGR / SC**

*STJ, 'a simples leitura do caput do art. 89 da Lei nº 8.666/93 não possibilita qualquer conclusão no sentido de que para a configuração do tipo penal ali previsto exige-se qualquer elemento de caráter subjetivo diverso do dolo. Ou seja, dito em outras palavras, não há qualquer motivo para se concluir que o tipo em foco exige um ânimo, uma tendência, uma finalidade dotada de especificidade própria, e isso, é importante destacar, não decorre do simples fato de a redação do art. 89, caput, da Lei nº 8.666/93, ao contrário do que se passa, apenas à título exemplificativo, com a do art. 90 da Lei nº 8.666/93, não contemplar qualquer expressão como 'com o fim de', 'com o intuito de', 'a fim de', etc. Aqui, o desvalor da ação se esgota no dolo, é dizer, a finalidade, a razão que moveu o agente ao dispensar ou inexigir a licitação fora das hipóteses previstas em lei é de análise desnecessária'. 'Ainda, o crime se perfaz, com a mera dispensa ou afirmação de que a licitação é inexigível, fora das hipóteses previstas em lei, tendo o agente consciência dessa circunstância. Isto é, não se exige qualquer resultado naturalístico para a sua consumação (efetivo prejuízo para o erário, por exemplo) (Precedente)'.*

**4. NEGÓ SEGUIMENTO ao recurso extraordinário".**

Irresignada, a defesa do recorrente interpôs agravo regimental postulando a reconsideração da decisão agravada. Insiste, em suma, na tese de que, no caso, não há interesse da União, uma vez que "cuida a hipótese vertente de persecução penal pelo suposto cometimento de crime licitatório (e não de crime de responsabilidade ou de peculato), não havendo que se falar em competência da Justiça Federal para julgar e processar o presente procedimento criminal".

Requer, ao final, o provimento do agravo regimental para reconhecer a incompetência da Justiça Federal para o processamento e julgamento da ação penal.

É o relatório.

# Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 13 de 44

02/09/2016

PRIMEIRA TURMA

AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 696.533 SANTA CATARINA

## VOTO

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR):** Preliminarmente, assento a competência deste Supremo Tribunal Federal para julgamento do recurso especial interposto contra o acórdão condenatório proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região. É que após a interposição do recurso especial, o recorrente foi diplomado no cargo de Deputado Federal, o que atrai a competência desta Suprema Corte para julgamento das ações penais contra os membros do Congresso Nacional, nos termos do art. 102, I, b, da Constituição Federal.

Nesse sentido, destaca-se o julgamento da Questão de Ordem no Inquérito 1.070/TO, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, em que esta Corte entendeu que compete ao Supremo Tribunal Federal julgar o recurso especial quando há a superveniente diplomação do recorrente no cargo de Deputado Federal. Por oportuno, transcrevo a ementa deste julgado:

*"EMENTA: I. STF: competência originária para o processo penal contra membros do Congresso Nacional firmada com a diplomação, ocorrida no caso quando pendia de decisão do Superior Tribunal de Justiça recurso especial contra a rejeição de denúncia pelo Tribunal local: consequente transferência para o STF da competência para julgar o recurso especial, anulado - mediante habeas corpus de ofício - o acórdão do STJ que o provera, após a investidura parlamentar do acusado. II. Imunidade parlamentar formal e foro por prerrogativa de função: o afastamento do Deputado ou Senador do exercício do mandato, para investir-se nos cargos permitidos pela Constituição (art. 56, I) suspende-lhes a imunidade formal (cf. Inq. 104, 26.08.81, RTJ 99/477, que cancelou a Súmula 4), mas não o foro por prerrogativa de função (Inq. 780, 02.09.93, RTJ 153/503)" (Inq. 1.070-QO/TO, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Pleno, DJ de 11/10/2001).*

RE 696533 AGR / SC

Assentada a competência desta Corte, passo à análise do recurso especial e do agravo regimental no recurso extraordinário.

Conforme relatado, a defesa requer o provimento dos recursos com base nos seguintes argumentos: (i) a suposta incompetência da Justiça Federal para processar e julgar o caso; (ii) a decretação de nulidade do processo a partir da denúncia, por sua inépcia; (iii) a absolvição por atipicidade da conduta, por ausência de comprovação de dano ao erário; (iv) a decretação de nulidade do processo a partir do julgamento dos terceiros embargos de declaração, tendo em vista o art. 471, inciso I, do Código de Processo Civil, c/c o art. 84 do Código de Processo Penal; (v) decretação de nulidade do processo a partir do despacho de fls. 1270/1271, porque caracterizada ofensa aos artigos 619 e 620 do Código de Processo Penal; (vi) a eliminação da condenação das penas de multa; (vii) e o decote do aumento da pena proveniente da circunstância do crime, porque constitui elementar do próprio tipo penal.

Quanto à alegada incompetência da Justiça Federal, não assiste razão aos recorrentes.

Com efeito, o art. 109, IV, da Constituição Federal dispõe que é da competência da Justiça Federal processar e julgar *“as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas”*.

Consoante destaquei na decisão em que neguei seguimento ao recurso extraordinário, este Supremo Tribunal Federal firmou jurisprudência no sentido de que compete à Justiça Federal o julgamento de crimes relativos a desvio ou a apropriação de verba federal destinada à realização de serviços de competência privativa da União ou de competência comum da União e do ente beneficiário, ou de verba cuja utilização se submeta à fiscalização por órgão federal.

# Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 15 de 44

RE 696533 AGR / SC

Em casos semelhantes, esta Corte entendeu presente interesse da União e, por consequência, competência da Justiça Federal. Nesse sentido, cito os seguintes julgados de casos análogos, que envolviam fraude em licitação e desvio de verbas federais:

*“DIREITO PROCESSUAL PENAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. FRAUDE EM LICITAÇÃO E DESVIO DE VERBAS FEDERAIS. IMPROVIMENTO. 1. O recurso extraordinário se fundamenta no art. 102, III, a, da Constituição Federal, sob o argumento de que o acórdão recorrido teria violado o disposto no art. 109, IV, do texto constitucional, relativo à competência da justiça federal. 2. Esta Corte já teve oportunidade de apreciar matéria semelhante, relacionada à possível fraude à licitação envolvendo verbas federais, sujeitas à fiscalização pelo Tribunal de Contas da União. Tratava-se de possível fraude em licitações com desvio de verbas provenientes do FUNDEF, do FNDE e do FPM, em que se reconheceu interesse da União a ser preservado, evidenciando a competência da Justiça Federal para processar e julgar os crimes contra esse interesse (HC nº 80.867/PI, de minha relatoria, 1ª Turma, DJ 12.04.2002). 3. Concluo no sentido da correção do julgado da Corte local, ao confirmar decisão declinatória em favor da justiça federal. No caso, havendo concurso de crimes, a competência da justiça federal também alcançará os fatos supostamente criminosos que foram praticados em conexão com aqueles de competência da justiça federal. 4. Recurso extraordinário conhecido e improvido” (RE 464.621/RN, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJe 21/11/2008).*

*“AGRADO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. DESVIO OU APROPRIAÇÃO DE VERBA PÚBLICA. PRESTAÇÃO DE CONTAS A ÓRGÃO FEDERAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. PRECEDENTES. AGRADO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO” (RE 605.609-AgR, Primeira Turma, Relatora a Ministra Cármem Lúcia, DJe de 1º/02/2011 - grifei).*

**RE 696533 AGR / SC**

*“HABEAS CORPUS. DENÚNCIAS POR UTILIZAÇÃO INDEVIDA DE RECURSOS PROVENIENTES DE CONVÊNIO FIRMADO ENTRE MUNICÍPIO E A UNIÃO (art. 1.º, inc. II, do DL 201/67). ALEGAÇÃO DE INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL E DE BIS IN IDEM, UMA VEZ QUE O MESMO FATO OBJETO DA AÇÃO PENAL JÁ TERIA SIDO APRECIADO PELA JUSTIÇA ESTADUAL.*

*Hipótese em que a execução do convênio foi submetida à fiscalização do Ministério da Ação Social e do Tribunal de Contas da União, circunstância suficiente para demonstrar o interesse da União no bom e regular emprego dos recursos objeto do repasse e, consequentemente, o acerto da aplicação, ao caso, da norma constitucional de competência sob enfoque (art. 109, IV, da CF).*

*Inexistência de comprovação de que a alegação de bis in idem tenha sido suscitada perante o Superior Tribunal de Justiça, que sobre ela não se manifestou.*

*Habeas corpus conhecido em parte e nessa parte indeferido” (HC 81.994, Primeira Turma, Relator o Ministro Ilmar Galvão, DJ de 27/09/2012 - grifei).*

Destarte, os fatos narrados envolvem interesse público, qual seja, a natureza federal de recursos implementados que estão submetidos à prestação de contas perante a União.

Deveras, a competência para apreciar o feito é da Justiça Federal e não da Justiça Estadual, porquanto o elemento definidor da competência do órgão judiciário, em se tratando de questão envolvendo suposta apropriação ou aplicação irregular de verbas públicas federais repassadas a Estados e Municípios, está no interesse lesado em decorrência da pretensa conduta criminosa.

Ademais, a jurisprudência desta Corte consolidou entendimento segundo o qual o simples fato de a verba repassada ser proveniente de

# Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 17 de 44

RE 696533 AGR / SC

recursos federais e fiscalizada pela União, é suficiente para afirmar a existência de interesse desta e a consequente competência da Justiça Federal para apreciar o feito. Nesse sentido:

*"EMENTA: HABEAS CORPUS. DESVIO DE VERBAS DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE --- SUS. INTERESSE DA UNIÃO. ARTIGO 109, IV DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. SECRETÁRIO DE ESTADO. PRERROGATIVA DE FORO. ATRIBUIÇÃO DA PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA. Procedimentos administrativos criminais --- PACs --- instaurados para apurar supostos desvios de verbas do Sistema Único de Saúde --- SUS. Verbas federais sujeitas à fiscalização do Tribunal de Contas da União. Nítido interesse da União, a teor do artigo 109, IV da Constituição do Brasil. Envolvimento do Secretário de Saúde do Estado do Piauí, a atrair a competência do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, bem assim a atribuição da Procuradoria Regional da República. Ordem denegada". (RHC 98564, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 15/09/2009, DJe-208 DIVULG 05-11-2009 PUBLIC 06-11-2009 EMENT VOL-02381-04 PP-00976).*

*"EMENTA: HABEAS CORPUS. DENÚNCIAS POR UTILIZAÇÃO INDEVIDA DE RECURSOS PROVENIENTES DE CONVÊNIO FIRMADO ENTRE MUNICÍPIO E A UNIÃO (art. 1, inc. II, do DL 201/67). ALEGAÇÃO DE INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL E DE BIS IN IDEM, UMA VEZ QUE O MESMO FATO OBJETO DA AÇÃO PENAL JÁ TERIA SIDO APRECIADO PELA JUSTIÇA ESTADUAL. Hipótese em que a execução do convênio foi submetida à fiscalização do Ministério da Ação Social e do Tribunal de Contas da União, circunstância suficiente para demonstrar o interesse da União no bom e regular emprego dos recursos objeto do repasse e, consequentemente, o acerto da aplicação, ao caso, da norma constitucional de competência sob enfoque (art. 109, IV, da CF). Omissis. Habeas corpus conhecido em parte e nessa parte indeferido".*

# Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 18 de 44

RE 696533 AGR / SC

(HC 81994, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Primeira Turma, julgado em 06/08/2002, DJ 27-09-2002 PP-00115 EMENT VOL-02084-02 PP-00246).

*"EMENTA: "Habeas Corpus". Crime previsto no art. 2º, I do Decreto-lei nº 201/67. Prefeito municipal. Fraude em licitações. Desvio de verbas provenientes do FUNDEF, do FNDE e do FPM. Art. 71, VI da CF. Sujeição de quaisquer recursos repassados pela União a Estados, Distrito Federal e Municípios à fiscalização pelo Congresso Nacional, por intermédio do Tribunal de Contas da União. Presença de interesse da União a ser preservado, evidenciando a Competência da Justiça Federal para processar e julgar os crimes contra esse interesse (art. 109, IV da CF). Havendo concurso de infrações, essa competência também alcança os outros crimes. Precedentes citados: HHCC nºs 68.399, 74.788 e 78.728. 'Habeas corpus' deferido parcialmente." (HC 80867, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Primeira Turma, julgado em 18/12/2001, DJ 12-04-2002 PP-00053 EMENT VOL-02064-03 PP-00531).*

No mesmo sentido, cito, ainda, o julgado realizado pelo **Pleno** desta Corte na ACO 1.109/SP, Rel. Min. Ellen Gracie, Red. p/ acórdão, Min. Luiz Fux, DJe de 7/3/2012, *verbis*:

*"Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE ATRIBUIÇÕES. CARACTERIZAÇÃO. AUSÊNCIA DE DECISÕES DO PODER JUDICIÁRIO. COMPETÊNCIA DO STF. ART. 102, I, f, CF. FUNDEF. COMPOSIÇÃO. ATRIBUIÇÃO EM RAZÃO DA MATÉRIA. ART. 109, I E IV, CF. 1. Conflito negativo de atribuições entre órgãos de atuação do Ministério Público Federal e do Ministério Público Estadual a respeito dos fatos constantes de procedimento administrativo. 2. O art. 102, I, f, da Constituição da República recomenda que o presente conflito de atribuição entre os membros do Ministério Público Federal e do Estado de São Paulo subsuma-se à competência do Supremo Tribunal Federal. 3. A sistemática de formação do FUNDEF impõe, para a definição de atribuições entre o*

# Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 19 de 44

RE 696533 AGR / SC

*Ministério Público Federal e o Ministério Público Estadual, adequada delimitação da natureza cível ou criminal da matéria envolvida 4. A competência penal, uma vez presente o interesse da União, justifica a competência da Justiça Federal (art. 109, IV, CF/88) não se restringindo ao aspecto econômico, podendo justificá-la questões de ordem moral. In casu, assume peculiar relevância o papel da União na manutenção e na fiscalização dos recursos do FUNDEF, por isso o seu interesse moral (político-social) em assegurar sua adequada destinação, o que atrai a competência da Justiça Federal, em caráter excepcional, para julgar os crimes praticados em detrimento dessas verbas e a atribuição do Ministério Público Federal para investigar os fatos e propor eventual ação penal. 5. A competência da Justiça Federal na esfera cível somente se verifica quando a União tiver legítimo interesse para atuar como autora, ré, assistente ou oponente, conforme disposto no art. 109, inciso I, da Constituição. A princípio, a União não teria legítimo interesse processual, pois, além de não lhe pertencerem os recursos desviados (diante da ausência de repasse de recursos federais a título de complementação), tampouco o ato de improbidade seria imputável a agente público federal. 6. Conflito de atribuições conhecido, com declaração de atribuição ao órgão de atuação do Ministério Público Federal para averiguar eventual ocorrência de ilícito penal e a atribuição do Ministério Público do Estado de São Paulo para apurar hipótese de improbidade administrativa, sem prejuízo de posterior deslocamento de competência à Justiça Federal, caso haja intervenção da União ou diante do reconhecimento ulterior de lesão ao patrimônio nacional nessa última hipótese".*

*In casu, a Corte Regional assentou a competência da Justiça Federal para processar e julgar o feito, tendo em vista que os crimes de dispensa irregular de licitação e de fraude à licitação (arts. 89 e 90 da Lei 8.666/93, respectivamente) foram praticados em detrimento de verba pública federal. Isso porque a origem da verba utilizada pelo Município de Pinhalzinho para a adquisição da retroescavadeira – em procedimento licitatório fraudulento – foi o “Contrato de Repasse nº 82232-87/92, celebrado entre o Município de Pinhalzinho – por meio do Fundo de Desenvolvimento*

# Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 20 de 44

## RE 696533 AGR / SC

*Agropecuário (FUNDAPI) – e o Ministério da Agricultura – via recursos da Caixa Econômica Federal". Transcrevo o seguinte trecho do acórdão ora impugnado:*

“(…)

*De início, registro que a competência da Justiça Federal para processar e julgar o feito reside no fato de que a aquisição da retroescavadeira nova por parte da municipalidade teve como justificativa o 'Contrato de Repasse nº 82232-87/92', celebrado entre o Município de Pinhalzinho – por meio do Fundo de Desenvolvimento Agropecuário (FUNDAPI) – e o Ministério da Agricultura – via recursos da Caixa Econômica Federal (fl. 07 do IP) -, exsurgindo daí a hipótese de infração penal praticada em detrimento de bens, serviços ou interesses da União ou suas entidades autárquicas ou empresas públicas, tal como preconiza o art. 109, inciso IV, da CF/88. (...)."*

Acrescente-se, ainda, que, ao contrário do que alega o impetrante, a verba federal repassada ao Município não se incorporou definitivamente ao patrimônio da municipalidade, tendo em vista que o Contrato de Repasse não conferiu autonomia ao ente municipal para administrá-la de forma discricionária; mas, ao contrário, previu, expressamente, a necessidade de prestação de contas à União, *verbis*:

“(…)

### CLÁUSULA DÉCIMA PRIMEIRA – DA PRESTAÇÃO DE CONTAS

11.1. - A prestação de Contas Final referente ao total dos recursos de que trata a Cláusula Quarta deverá ser apresentada à CONTRATANTE até 60 (sessenta) dias após a data de liberação da última parcela transferida.

11.1 – As faturas, recibos, notas fiscais e quaisquer outros documentos comprobatórios de despesas serão emitidos em nome do CONTRATADO, devidamente identificados com o número do Contrato de Repasse, e mantidos em arquivo, em boa ordem, no próprio local em que forem contabilizados, à disposição dos órgãos de controle interno e externo, pelo prazo

**RE 696533 AGR / SC**

de 05 (cinco) anos, contados da aprovação da prestação ou tomadas de contas, da CONTRATANTE, relativa ao exercício da concessão.

11.1.1 – A CONTRATANTE poderá solicitar o encaminhamento de cópias dos comprovantes de despesas, ou de outros documentos, a qualquer momento, sempre que julgar conveniente.

11.2 – Constatada a irregularidade ou inadimplência na apresentação do Relatório a que se refere o *caput* desta Cláusula, o CONTRATADO será notificado para que, no prazo de 30 (trinta) dias, a contar do recebimento da notificação, adote as providências para sanar a irregularidade ou cumprir a obrigação.

11.2.1 – Decorrido o prazo sem que a irregularidade tenha sido sanada ou cumprida a obrigação, a CONTRATANTE comunicará o fato, de imediato, ao respectivo órgão responsável pelo controle interno, providenciando junto ao órgão de contabilidade analítica a instauração de Tomada de Contas Especial.”

Conclui-se, nesse contexto, que, no caso *sub examine*, a competência para conhecer e julgar o feito é da Justiça Federal.

No tocante à alegação de inépcia da denúncia, observa-se que o Plenário desta Corte decidiu que “é apta a denúncia que bem individualiza a conduta do réu, expondo de forma pormenorizada o fato criminoso, preenchendo, assim, os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal. Basta que, da leitura da peça acusatória, possam-se vislumbrar todos os elementos indispensáveis à existência de crime em tese, com autoria definida, de modo a permitir o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa” (AP 396, Pleno, Relatora a Ministra Cármem Lúcia, DJ de 28.04.11). No mesmo sentido, os seguintes julgados: HC 109.942, Primeira Turma, Relatora a Ministra Cármem Lúcia, DJe de 1º.08.12; HC 108.645, Primeira Turma, Relatora a Ministra Cármem Lúcia, DJe de 1º.02.12; HC 103.104, Primeira Turma, Relator o Ministro Marco Aurélio, DJe de 14.02.12; RHC 101358, Segunda Turma, Relatora a

**RE 696533 AGR / SC**

Ministra Ellen Gracie, DJ de 10.09.10, entre outros.

No caso *sub examine*, a denúncia descreve de forma minuciosa e individualizada as condutas praticadas pelo paciente, destacando, inclusive, ser ele “*o principal responsável pela fraude na licitação, como Prefeito Municipal em exercício de Pinhalzinho, eis que autorizou e chancelou todo o processo licitatório*”. Transcrevo o seguinte trecho da peça acusatória:

“No dia 8 de fevereiro de 1999, o Prefeito Municipal em exercício de Pinhalzinho, João Rodrigues, autorizou a realização de processo licitatório nº 01/99, tendo em vista a compra de uma retroescavadeira, tração 4x4, no valor de R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) – fl. 9, e, como forma de pagamento a entrega de uma retroescavadeira, marca Maxion Simples, tração 4x4, modelo 750 M, Série RRO 1000218, pelo valor mínimo de R\$ 23.000,00 (vinte e três mil reais), e aplicação da verba do Ministério da Agricultura – Contrato de Repasse nº 0082232/87/98 MA/CEF (fls. 10-11; item 4.4).

Ocorre que a requisição de compras e serviços, emanada do Secretário de Agricultura, Luiz Hentz, fl. 07, foi datada de 08.02.99, mesmo dia da solicitação de compra e serviço (fl. 08), emanada do mesmo secretário, é o mesmo dia em que foi bloqueado o recurso pelo então Prefeito Municipal em exercício, João Rodrigues, fl. 09. E mais, fls. 10 e 11, consta o edital de tomada de preços, do dia 10.02.99, onde já consta a avaliação da retroescavadeira a ser entregue no negócio pela prefeitura, por 23 mil reais. Ocorre que o Decreto Municipal que nomeou a comissão para proceder a avaliação da retroescavadeira usada, é do dia 12.02.99 (fl. 16). Quer dizer o edital já saiu com o valor da retroescavadeira, antes da instituição da comissão. Resultado: o valor da avaliação é o mesmo que consta do edital pretérito, quando o lógico é primeiro a nomeação da comissão, depois a avaliação, e depois a publicação do edital contendo a avaliação.

Não por outra razão quem sabe o Decreto 009/99, da lavra do então Prefeito Municipal em exercício João Rodrigues, só foi

**RE 696533 AGR / SC**

publicado no Mural da Prefeitura (vide depoimento a fl. 152).

O que interessa mais a coletividade de Pinhalzinho é o Projeto de Lei 002/99, de 09.02.99, da lavra do então Prefeito em exercício supra referido, tirou 70 mil reais da verba da ampliação do programa de poços artesianos, para a compra da retroescavadeira.

De fls. 12 a 14 consta a correspondência da empresa MOTOMARC – Distribuidora de Máquinas e Motores Ltda., com sede em São José/SC, distante 650 Km de Pinhalzinho, datada de 26.02.99, onde consta já a aceitação da retroescavadeira usada pelo valor da avaliação, sendo que o preço da retroescavadeira nova já salta a estimativa de 60 mil para 92.500 reais.

De salientar que a licitação ocorreu através da modalidade de tomada de preços (art. 22 da Lei de Licitações), sendo que segundo consta do processo de licitação, somente a empresa em questão se interessou pelo negócio. Não houve concorrentes.

(...)

O denunciado JOÃO RODRIGUES é o principal responsável pela fraude na licitação, como Prefeito Municipal em exercício de Pinhalzinho, eis que autorizou e chancelou todo o processo licitatório.

(...)."

Noutro giro, em relação à alegação de atipicidade da conduta do paciente no que diz respeito aos tipos penais denunciados, verifica-se que o Tribunal Regional Federal da 4<sup>a</sup> Região entendeu que, no caso, restou comprovado o dolo específico no cometimento dos crimes, bem como o intuito de obter vantagem, conforme se observa dos seguintes trechos abaixo transcritos:

"(...)

Demonstrada, pois, a vontade livre e consciente de fraudar o caráter competitivo do certame, bem como o fim especial de obter qualquer vantagem - seja ela pecuniária, social, política etc. -, decorrente da adjudicação do objeto da

**RE 696533 AGR / SC**

licitação, para si ou para outrem, estará perfectibilizado o crime descrito no art. 90 da Lei de Licitações.

(...)

Na visão do MPF, a fraude resta evidenciada, primeiramente, no exíguo prazo em que realizadas as etapas do processo licitatório, a saber: a requisição/solicitação de compra e o bloqueio dos recursos financeiros ocorreram indistintamente em 08.02.1999, enquanto que o edital de tomada de preços foi assinado na mesma data de sua publicação em jornal local e no Diário Oficial, ou seja, em 10.02.1999, havendo divergência, ainda, entre a efetiva data da assinatura do edital e as datas constantes nas publicações.

De igual modo, o valor estimado da retroescavadeira e o fato de o pagamento do bem ter sido efetivado de forma diversa da prevista no edital comprovariam a existência de fraude na licitação. Isso porque, quando da requisição de compra, foi estimado o valor do bem como sendo de R\$60.000,00; a retroescavadeira, contudo, acabou sendo adquirida por R\$95.200,00, sendo que somente uma empresa, a MOTORMAC, representada por Luiz Fernando de Oliveira Guedes, apresentou proposta.

(...)

No exame do caso dos autos, tem-se que, em 08.02.1999, o à época Secretário Municipal da Agricultura Luiz Hentz iniciou a "**Requisição de Compras e Serviços nº 01/99**", objetivando a compra da Retroescavadeira Traçada 4X4 (fl. 07 do IP). Também em 08.02.1999, Luiz Hentz **autuou** a "**Solicitação de Compra/Serviço nº01/99**", dando início ao procedimento licitatório, modalidade "Tomada de Preços", para a compra da máquina, constando como "estimativa do valor" a quantia de 60 mil reais (fl. 08 do IP). Ainda no dia **08 de fevereiro de 1999**, o prefeito em exercício, João Rodrigues, autorizou o processo licitatório, oportunidade em que determinou o bloqueio do valor estimado do bem (fl. 09 do IP).

Em **10.02.1999**, João Rodrigues assinou o respectivo Edital de Tomada de Preços (fls. 10-1). Também em **10.02.1999**, o

**RE 696533 AGR / SC**

assessor jurídico do Município, Claudio Pedro Utzig, lançou parecer pela lisura do certame (fl. 28 do IP). Na mesma data foram publicados os Avisos de Licitação em jornal local e no Diário Oficial de Santa Catarina (fls. 30-1).

No tocante aos Avisos publicados, há divergência acerca das datas neles constantes: enquanto no Aviso publicado em periódico de grande circulação consta a data de **05.02.1999** (fl. 30 do IP), o mesmo Aviso publicado no Diário Oficial/SC data de **03.02.1999** (fl. 31 do IP). Além disso, ambas as datas precedem à autorização para a abertura do procedimento licitatório - assinada em **08.02.1999** -, cujo edital somente foi assinado em **10.02.1999**.

Ora, sendo o Aviso um breve resumo do edital não poderia ter sido assinado antes do documento do qual decorre. Significa dizer que, antes mesmo da instauração do certame, a Prefeitura já havia encaminhado os resumos dos editais para publicação, o que contraria o disposto no artigo 38 da Lei 8.666/93,

(...)

A discrepância entre o valor estimado para a compra da retroescavadeira (R\$60.000,00) e o preço efetivamente pago pela Administração Municipal (R\$95.200,00) é outro fator que não se coaduna com os princípios da Publicidade, da Impessoalidade, da Moralidade e da Economicidade inerentes a todo processo licitatório.

(...)

De outra parte, o valor alegadamente pago pela retroescavadeira à época não encontra respaldo na estimativa de preço fornecida pela própria licitante, qual seja, R\$86.000,00, conforme apurou o laudo pericial de fls. 213-4 do IP.

Colhendo-se outros elementos do depoimento do gerente da licitante, observa-se que Luiz Fernando Guedes, ao ser questionado se a Motormac tinha como ajudar na montagem do procedimento licitatório ou interferir na licitação antes da publicação do edital, assim respondeu (fl. 842):

'[...] A gente costumava ser consultado antes, sobre se

**RE 696533 AGR / SC**

tínhamos máquina, tal, e a maneira que a gente tinha para entregar, quanto era, quanto é que custava, como é que podia fazer a venda e tal. E esta era a ajuda que a gente podia dar, porque quem faz o edital é a Prefeitura [...]'

Tal prática, sem dúvida, afeta a competitividade da licitação, pois não se pode dizer que as empresas previamente consultadas concorrem em igualdade de condições com as demais, cuja ciência do objeto e demais termos do procedimento só ocorre quando da publicação do edital. Trata-se de comportamento que põe em risco a observância do princípio constitucional da isonomia, o qual integra a função precípua da licitação (artigo 3º da Lei de Licitações)

(....)

Em efetivo, diferentemente do que sustenta a defesa, o procedimento licitatório empreendido pela Administração Municipal de Pinhalzinho/SC não seguiu todos os trâmites e princípios norteadores dos certames públicos. Mais do que isso: a instauração e a conclusão de procedimento licitatório repleto de irregularidades - pois que realizado com incomum expediência para a compra de bem não emergencial -, no exato período de substituição do prefeito titular e com a participação de uma única licitante (a qual fora informalmente consultada antes da instauração do certame) são fatores que refletem a adoção de expedientes lesivos ao cunho competitivo da licitação.

Assim, não tenho dúvidas de que os meios ora explicitados foram empreendidos visando a obtenção de proveito decorrente das práticas inusitadas adotadas na licitação em apreço (seja no que se refere à dação em pagamento de patrimônio público na aquisição de novo bem, seja no tocante à venda de patrimônio público não declarada em prestação de contas, com posterior reversão do preço pago aos cofres públicos, de maneira a integralizar o valor da compra da nova retroescavadeira), tudo a ser revertido em favor dos acusados.

(....)

RE 696533 AGR / SC

Aliás, a venda do patrimônio público sem prévia licitação está comprovada na nota fiscal de venda emitida pela Prefeitura em favor da Motormac, datada de **11.03.1999** (fl. 30), sendo que em **13 e 14 de março de 1999**, data em que publicado o decreto municipal que nomeava e designava a comissão especial de avaliação com a *"incumbência de proceder a avaliação de retro escavadeira marca Maxion, registrada no patrimônio municipal sob o nº 1413, 4X2, série RR 1000218, em regular estado de conservação [...]"* (fl. 38 do IP), o bem "a ser avaliado e posteriormente alienado" já havia sido, inclusive, revendido pela Motormac - a qual, no dia seguinte, viria a depositar na conta do Município os efetivamente já avaliados 23 mil reais!

(...)

O acusado **João Rodrigues** era vice-prefeito do município de Pinhalzinho/SC, sendo que no período entre **01.02.1999** a **02.03.1999**, substituiu o prefeito Darci Fiorini por conta de suas férias regulamentares (fls. 36-7). A par disso, e consoante amplamente demonstrado na prova produzida, certo é que se valeu do trintídeo em que substituiu o titular da administração municipal para, nesse exíguo interstício, alienar patrimônio público sem licitação prévia e autorizar a compra de bem móvel, com a conclusão do respectivo procedimento licitatório com rapidez e agilidade incomuns para certame de substituição de máquina agrícola. Dessa feita, coube ao prefeito Darci, quando do retorno ao cargo, a tarefa de homologar o procedimento já realizado.

(...) Nessa senda, tem-se que João Rodrigues, no período em substituiu interinamente o prefeito, não estava obrigado a promover certame licitatório, já que não configurada nenhuma das hipóteses emergenciais dispostas no art. 24 da Lei 8.666/93. Optou por fazê-lo, no entanto, tornando-se, assim, responsável pelos atos praticados durante sua gestão nas esferas administrativa, civil e penal. Logo, se é certo que não possuía conhecimento suficiente sobre a Administração Pública, que sopesasse tal inaptidão quando do registro de sua candidatura (já que de acordo com o art. 48, §1º da Lei Orgânica do

**RE 696533 AGR / SC**

Município de Pinhalzinho não poderá o vice-prefeito se recusar a substituir o Prefeito, sob pena de extinção de mandato) ou, na melhor das hipóteses, que aguardasse o retorno do titular da pasta para a condução do certame”.

Destarte, a aferição de eventual prejuízo causado ao erário e a análise da existência, ou não, do dolo específico do paciente de lesar os cofres públicos e obter para si vantagem ilícita, bem como o exame da regularidade, ou não, do procedimento licitatório realizado, demandaria o revolvimento do contexto fático-probatório, inviável nas vias do recurso especial e do recurso extraordinário, nos termos da Súmula 279/STF. Nesse sentido, as seguintes decisões:

*“Embargos de declaração em agravo interposto nos próprios autos de recurso extraordinário. 2. Decisão monocrática. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental. 3. Penal e Processo Penal. 4. Crime do art. 92 da Lei 8.666/93. 5. Alegação de ausência de dolo e de assinatura no termo aditivo do contrato objeto da ação penal. Impossibilidade. Revolvimento de fatos e provas. Enunciado 279 da Súmula do STF. 6. Não violação ao art. 5º, incisos LIV e LV, da Constituição. 7. Agravo regimental a que se nega provimento”* (ARE 700.219-ED/PR, Segunda Turma, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJe de 13/09/2013).

*“Embargos de declaração em agravo interposto nos próprios autos do recurso extraordinário. 2. Decisão monocrática. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental. 3. Penal e Processo Penal. 3. Crime de peculato-desvio. Artigo 312, caput, do CP. 4. Alegação de ausência de dolo para configuração do crime. Impossibilidade. Revolvimento de fatos e provas dos autos. Enunciado 279 da Súmula do STF. 5. Ausência de violação ao princípio da individualização da pena. 6. Agravo regimental a que se nega provimento”* (ARE 699.634-ED/RS, Segunda Turma, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJe de 19/02/2013).

“Ementa: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO

RE 696533 AGR / SC

EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PENAL E PROCESSO PENAL. AÇÃO PENAL. DENÚNCIA. PROCEDÊNCIA. CRIME DE LAVAGEM E OCULTAÇÃO DE VALORES ART. 1º, § 1º, INCISO II, DA LEI N. 9.613/98. ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ART. 5º, LV, LIII E LVII, DA CARTA FEDERAL. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA REFLEXA. REEXAME DE FATOS E PROVAS. SÚMULA N. 279 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. DECISÃO QUE SE MANTÉM POR SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS. 1. A repercussão geral pressupõe recurso admissível sob o crivo dos demais requisitos constitucionais e processuais de admissibilidade (art. 323 do RISTF). Consecutariamente, se o recurso é inadmissível por outro motivo, não há como se pretender seja reconhecida "a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso" (art. 102, III, § 3º, da CF). 2. A violação reflexa e oblíqua da Constituição Federal decorrente da necessidade de análise de malferimento de dispositivo infraconstitucional torna inadmissível o recurso extraordinário. Precedentes. 3. A Súmula 279/STF dispõe *verbis*: *Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário*. 4. É que o recurso extraordinário não se presta ao exame de questões que demandam revolvimento do contexto fático-probatório dos autos, adstringindo-se à análise da violação direta da ordem constitucional. (...). 6. Agravo regimental a que se NEGA PROVIMENTO" (ARE 686.707-AgR/ES, Primeira Turma, Rel. Ministro Luiz Fux, DJe de 30/11/2012).

"EMENTA: CRIMINAL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. IMPUTAÇÃO DA PRÁTICA DE CRIME DE APLICAÇÃO INDEVIDA DE VERBAS PÚBLICAS, PREVISTO NO ART. 1º, INC. III, DO DECRETO-LEI N. 201/670. DENÚNCIA QUE NÃO DEMONSTROU O ELEMENTO SUBJETIVO DO DOLO INDISPENSÁVEL À CARACTERIZAÇÃO DO DELITO. REEXAME DE MATÉRIA PROBATÓRIA: INCIDÊNCIA DA SÚMULA 279 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE

**RE 696533 AGR / SC**

*NEGA PROVIMENTO. 1. Não é possível, na via extraordinária, o reexame de fatos e provas do processo, na forma do enunciado 279 da Súmula do Supremo Tribunal Federal. 2. Agravo regimental ao qual se nega provimento" (AI 700.929-AgR/SC, Primeira Turma, Rel. a Ministra Cármem Lúcia, DJe de 19/09/2008).*

Ademais, o entendimento fixado pelo Tribunal *a quo* está em consonância com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que para a configuração da conduta descrita no art. 89 da Lei de Licitações, o agente deve agir impulsionado por dolo, ou seja, consciente da ilegalidade do ato que está praticando, ignorando as exigências legais para a contratação direta, ou simulando a presença delas. Nesse sentido, destaca-se os seguintes julgados:

**“EMENTA: INQUÉRITO. DENÚNCIA OFERECIDA PELA SUPOSTA PRÁTICA DO CRIME PREVISTO NO ART. 24, INC. X, DA LEI N. 8.666/93. AQUIVAMENTO DA DENÚNCIA NA ORIGEM. INTERPOSIÇÃO DE RECURSO EM SENTIDO ESTRITO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO. REMESSA DOS AUTOS A ESTE SUPREMO TRIBUNAL. JULGAMENTO DO FEITO NO ESTADO EM QUE SE ENCONTRA. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO NÃO PROVIDO. 1. Dada a incidência do princípio *tempus regit actum*, são válidos todos os atos processuais praticados na origem, antes da diplomação do parlamentar, devendo o feito prosseguir perante essa Corte na fase em que se encontrava: Precedentes. 2. Inviabilidade do Recurso em Sentido Estrito: a configuração do crime de dispensa irregular de licitação exige a demonstração da efetiva intenção de burlar o procedimento licitatório, o que não se demonstrou na espécie vertente. 3. Recurso ao qual se nega provimento” (Inq 2.648/SP, Rel. Ministra Cármem Lúcia - grifei).**

**“PROCESSO PENAL. INQUÉRITO. ENVOLVIMENTO DE PARLAMENTAR FEDERAL. CRIME DE DISPENSA IRREGULAR DE LICITAÇÃO (ART. 89 DA LEI N° 8.666/93).**

RE 696533 AGR / SC

AUDIÇÃO PRÉVIA DO ADMINISTRADOR À PROCURADORIA JURÍDICA, QUE ASSENTOU A INEXIGIBILIDADE DA LICITAÇÃO. AUSÊNCIA DO ELEMENTO SUBJETIVO DOLO. ART. 395, INCISO III, DO CPP. INEXISTÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. (...) 2. *O dolo, consubstanciado na vontade livre e consciente de praticar o ilícito penal, não se faz presente quando o acusado da prática do crime do art. 89 da Lei nº 8.666/93 ('Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade') atua com fulcro em parecer da Procuradoria Jurídica no sentido da inexigibilidade da licitação. (...) 4. Denúncia rejeitada por falta de justa causa – art. 395, III, do Código de Processo Penal'* (Inq 2.482/MG, Red. p/ acórdão, Ministro Luiz Fux – grifei).

Em relação às supostas nulidades suscitadas pela defesa nos julgamentos dos terceiros embargos de declaração julgados pelo Tribunal Regional Federal da 4<sup>a</sup> Região, em razão de que à época do julgamento, o recorrente já havia renunciado do cargo de prefeito e não mais ostentaria a prerrogativa de foro para ser julgado pela Corte Regional.

Não se verifica no caso qualquer nulidade. Como o julgamento já havia sido iniciado e proferido o acórdão condenatório pelo Tribunal Regional Federal da 4<sup>a</sup> Região, os embargos de declaração opostos devem ser apreciados pela própria Corte Regional, que foi órgão prolator dos acórdão embargados.

Ademais, a nulidade no direito penal exige a demonstração do efetivo prejuízo para a defesa, consoante dispõe o artigo 563 do Código de Processo Penal, o que importa dizer que a desobediência às formalidades estabelecidas na legislação processual somente poderá implicar o reconhecimento da invalidade do ato quando a sua finalidade estiver comprometida em virtude do vício verificado. Nesse sentido, cito os seguintes precedentes:

# Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 32 de 44

RE 696533 AGR / SC

*"Ementa: PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. RECURSO ORDINÁRIO. CRIME DE TRÁFICO INTERNACIONAL DE PESSOA PARA FIM DE EXPLORAÇÃO SEXUAL COMINADO COM CRIME DE QUADRILHA OU BANDO. CP, ARTS. 231, § 1º, E 288. INTIMAÇÃO PESSOAL DO DEFENSOR PÚBLICO ACERCA DA EXPEDIÇÃO DE CARTA PRECATÓRIA PARA OITIVA DE TESTEMUNHA DE ACUSAÇÃO REALIZADA. NÃO COMPARECIMENTO DO DEFENSOR PÚBLICO. NOMEAÇÃO DE DEFENSOR DATIVO. NULIDADE RELATIVA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. ORDEM DENEGADA. 1. Preliminarmente, o *habeas corpus* não é substitutivo de recurso ordinário. A utilização promíscua do remédio heróico deve ser combatida, sob pena de banalização da garantia constitucional, tanto mais quando não há teratologia a eliminar, como no caso em exame. 2. A intimação do advogado para a inquirição de testemunhas no juízo deprecado é desnecessária quando realizada a intimação da expedição da carta precatória. Cabe ao impetrante acompanhar toda a tramitação da precatória perante o juízo deprecado, a fim de tomar conhecimento da data designada para a diligência. (Precedentes: HC 89186, Rel. Ministro EROS GRAU, SEGUNDA TURMA, DJ 06/11/2006; HC 84098/MA, Rel. Ministro ELLEN GRACIE, SEGUNDA TURMA, DJ 20/04/2004). 3. É cediço na Corte que: "EMENTA: HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. INQUIRIÇÃO DE TESTEMUNHAS NO JUÍZO DEPRECADO. INTIMAÇÃO. PRESCINDIBILIDADE. INTIMAÇÃO DA EXPEDIÇÃO DA CARTA PRECATÓRIA. INCERTEZA. NULIDADE ARGÜIDA HÁ MAIS DE DEZ ANOS DO TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. PRECLUSÃO. A intimação do advogado para a inquirição de testemunhas no juízo deprecado é desnecessária; imprescindível apenas a intimação da expedição da carta precatória. No caso, havendo incerteza quanto à intimação da expedição da carta precatória, afigura-se correta a aplicação, pelo Tribunal a quo, da Súmula 155/STF, que proclama ser relativa a nulidade do processo criminal por falta de intimação da Carta Precatória para a inquirição*

**RE 696533 AGR / SC**

*de testemunha. A defesa do paciente silenciou sobre o tema nas alegações finais e no recurso de apelação, suscitando a nulidade após dez anos do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, quando já flagrantemente acobertada pela preclusão. Ordem denegada.' (HC 89186, Rel. Ministro EROS GRAU, SEGUNDA TURMA, DJ 06/11/2006). 4. A instância a quo assentou que a Defensoria Pública foi pessoalmente intimada da expedição da carta precatória para a inquirição da testemunha, e que, tendo em vista o não comparecimento do Defensor Público naquele ato, procedeu o Juízo Singular à nomeação de defensor *ad hoc*, justamente para garantir a defesa dos interesses do acusado. 5. A doutrina do tema assenta, *verbis*: 'Intimada a defesa da expedição de precatória, desnecessária nova intimação da data designada para a realização da audiência no juízo deprecado (nesse sentido: Súmula 273 do STJ). Essa providência não é tida por lei como essencial ao exercício da defesa, por considerar que, primordialmente, cabe ao defensor inteirar-se naquele juízo sobre a data escolhida para a realização da prova.' (in Jesus, Damásio E. - Código de Processo Anotado, 23ª edição atualizada, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 195). 6. No caso, tendo sido realizada a intimação da expedição da carta precatória e a nomeação de defensor *ad hoc* para a realização do ato, afigura-se correta a aplicação, pelo Tribunal a quo, da Súmula nº 155 do Supremo Tribunal Federal, que proclama, *verbis*: 'É relativa a nulidade do processo criminal por falta de intimação da expedição de precatória para inquirição de testemunha.' 7. É cediço na Corte que: a) no processo penal vigora o princípio geral de que somente se proclama a nulidade de um ato processual quando há a efetiva demonstração de prejuízo, nos termos do que dispõe o art. 563 CPP, *verbis*: 'Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa'; b) nesse mesmo sentido é o conteúdo do Enunciado da Súmula nº 523 do Supremo Tribunal Federal: 'No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu.' 8. A doutrina assenta, *verbis*: 'Constitui seguramente a viga mestra do sistema das nulidades e decorre da idéia geral de que as formas processuais*

RE 696533 AGR / SC

*representam tão-somente um instrumento para correta aplicação do direito; sendo assim, a desobediência às formalidades estabelecidas pelo legislador só deve conduzir ao reconhecimento da invalidade do ato quando a própria finalidade pela qual a forma foi instituída estiver comprometida pelo vício' (in Grinover, Ada Pellegrini - As nulidades no processo penal, Revista dos Tribunais, 7ª EDIÇÃO, 2001, p. 28). 9. É que o processo penal pátrio, no que tange à análise das nulidades, adota o Sistema da Instrumentalidade das Formas, em que o ato é válido se atingiu seu objetivo, ainda que realizado sem obediência à forma legal. Tal sistema de apreciação das nulidades está explicitado no item XVII da Exposição de Motivos do Código de Processo Penal, segundo o qual 'não será declarada a nulidade de nenhum ato processual, quando este não haja influído concretamente na decisão da causa ou na apuração da verdade substancial. Somente em casos excepcionais é declarada insanável a nulidade.' 10. Outrossim, é cediço na Corte que: '(...) O princípio do *pas de nullité sans grief*-corolário da natureza instrumental do processo – exige, sempre que possível, a demonstração de prejuízo concreto à parte que suscita o vício, ainda que a sanção prevista seja a de nulidade absoluta do ato' (HC 93868/PE, Rel. Ministra CARMEN LÚCIA, PRIMEIRA TURMA, DJe 16/12/2010). À guisa de exemplo, demais precedentes: HC 98403/AC, Rel. Ministro AYRES BRITTO, SEGUNDA , DJe 07/10/2010; HC 94.817, Rel. Ministro GILMAR MENDES, SEGUNDA TURMA, DJe 02/09/2010; HC 98403/AC, Rel. Ministro AYRES BRITTO, SEGUNDA TURMA, DJe 07/10/2010; HC 94.817, Rel. Ministro GILMAR MENDES, SEGUNDA TURMA, DJe 02/09/2010. 11. In casu, colhe-se que não houve a efetiva demonstração de prejuízo para a defesa. A impetrante se limita a defender que '(...) não há como provar como seria a audiência se um defensor com verdadeiro conhecimento do processo tivesse participado da audiência. O prejuízo é óbvio. Não meramente presumido, mas certo, muito embora indemonstrável'. 12. Parecer do parquet pela denegação da ordem. Ordem denegada." (HC 104.767,*

# Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 35 de 44

RE 696533 AGR / SC

Primeira Turma, Rel. Ministro Luiz Fux, DJe de 17/08/2011).

*"Ementa: HABEAS CORPUS. ALEGAÇÃO DE NULIDADE. INTERROGATÓRIO REALIZADO NO MESMO DIA DA CITAÇÃO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO À DEFESA. PRECEDENTES. RÉU QUE FOI ASSISTIDO DURANTE TODA A INSTRUÇÃO CRIMINAL, APRESENTANDO DEFESA PRÉVIA, PEDIDO DE DILIGÊNCIAS COMPLEMENTARES E ALEGAÇÕES FINAIS. ORDEM DENEGADA. 1. À luz da norma inscrita no art. 563 do CPP e da Súmula 523/STF, a jurisprudência desta Corte firmou o entendimento de que, para o reconhecimento de nulidade dos atos processuais, relativa ou absoluta, exige-se a demonstração do efetivo prejuízo causado à parte (pas de nullité sans grief). Precedentes. 2. A sentença condenatória revela que o paciente apresentou defesa prévia, solicitou diligências complementares e apresentou alegações finais. Esses fatos demonstram que foi assistido, não só no interrogatório, mas durante toda a ação penal, quando teve a oportunidade de utilizar-se de todos os meios de defesa previstos em nossa legislação processual penal, em atendimento aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. 3. Ordem denegada." (HC 104.648, Segunda Turma, Relator o Ministro Teori Zavascki, DJe de 26/11/2013 - grifei)*

*"EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL. ALEGAÇÃO DE NULIDADE NA TRAMITAÇÃO DA AÇÃO PENAL. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DE PROVAS. RECURSO DESPROVIDO. 1. Inexistência de nulidade. Presença do advogado do Recorrente na audiência para oitiva deste e de testemunha da acusação, designada em razão da carta juntada pelo corréu Leandro Lucas. 2. A confissão do Recorrente na carta que teria escrito mediante coação, apresentada pelo corréu Leandro Lucas, não foi levada em consideração para a condenação por destoar do conjunto probatório dos autos. 3. O princípio do pas de nullité sans grief exige, sempre que possível,*

# Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 36 de 44

RE 696533 AGR / SC

*a demonstração de prejuízo concreto pela parte que suscita o vício. Precedentes. Prejuízo não demonstrado pela defesa. 4. Impossibilidade de reexame de fatos e provas em recurso ordinário em habeas corpus. 5. Recurso ao qual se nega provimento.” (RHC 117.674, Segunda Turma, Relatora a Ministra Cármem Lúcia, DJe de 07/10/2013).*

*“Ementa: HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO. INVERSÃO DA ORDEM DE INQUIRIÇÃO DAS TESTEMUNHAS. ARTIGO 212 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. ARGUIÇÃO DE NULIDADE. PREJUÍZO. DEMONSTRAÇÃO. AUSÊNCIA. ORDEM DENEGADA. I – Não é de se acolher a alegação de nulidade em razão da não observância do procedimento de formulação de perguntas às testemunhas, estabelecida pelo art. 212 do CPP, com redação conferida pela Lei 11.690/2008. Isso porque a defesa não se desincumbiu do ônus de demonstrar o prejuízo decorrente da inversão da ordem de inquirição das testemunhas. II – Esta Corte vem assentando que a demonstração de prejuízo, a teor do art. 563 do CPP, é essencial à alegação de nulidade, seja ela relativa ou absoluta, eis que ‘o âmbito normativo do dogma fundamental da disciplina das nulidades pas de nullité sans grief comprende as nulidades absolutas’ (HC 85.155/SP, Rel. Min. Ellen Gracie). Precedentes. III – O acórdão ora questionado está em perfeita consonância com decisões de ambas as Turmas desta Corte no sentido de que a inobservância do procedimento previsto no art. 212 do CPP pode gerar, quando muito, nulidade relativa, cujo reconhecimento não prescinde da demonstração do prejuízo para a parte que a suscita. IV – Ordem denegada.” (HC 117.102, Segunda Turma, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 13/08/2013).*

*“Ementa: PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. QUADRILHA OU BANDO (ART. 288 DO CP). AUDIÊNCIA DE OITIVA DE TESTEMUNHAS REALIZADA NO JUÍZO DEPRECADO. PACIENTE SOB CUSTÓDIA. AUSÊNCIA DE REQUISIÇÃO.*

# Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 37 de 44

RE 696533 AGR / SC

ALEGAÇÃO DE NULIDADE ABSOLUTA. IMPROCEDÊNCIA. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. A *declaração de nulidade no direito penal não prescinde da demonstração do efetivo prejuízo para a defesa, consoante dispõe o artigo 563 do Código de Processo Penal, o que importa dizer que a desobediência às formalidades estabelecidas na legislação processual somente poderá implicar o reconhecimento da invalidade do ato quando a sua finalidade estiver comprometida em virtude do vício verificado.* Precedentes: HC 68.436, Primeira Turma, Relator o Ministro Celso de Mello, DJ de 27.03.92; HC 95.654, Segunda Turma, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJ de 15.10.10; HC 84.442, Primeira Turma, Relator o Ministro Carlos Britto, DJ de 25.02.05; HC 75.225, Primeira Turma, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 19.12.97; RHC 110.056, Primeira Turma, Relator o Ministro Luiz Fux, DJ de 09.05.12. 2. A ausência do acusado na audiência de instrução não constitui vício insanável apto a ensejar a nulidade absoluta do processo, posto tratar-se de nulidade relativa, exigindo-se, para o seu reconhecimento, a demonstração de prejuízo à defesa. 3. In casu, o paciente encontra-se sob custódia e o Juízo deprecante deixou de requisitá-lo para participar de audiência de oitiva de testemunhas no Juízo deprecado, em razão de dificuldades enfrentadas pelo Estado de São Paulo em 'promover o transporte e a devida escolta de presos', assegurando, todavia, a presença de seu defensor no ato. 4. O defensor do paciente compareceu ao ato processual, tendo, inclusive, formulado reperguntas, comprovando a inexistência de prejuízo para a defesa ('*pas de nullités sans grief*'). 5. A possibilidade de o réu não comparecer à audiência é uma expressão do direito constitucional ao silêncio (art. 5º, LXIII, da CF/88), pois '*nemo tenetur se deterege*'. 6. Recurso ordinário em habeas corpus a que se nega provimento." (RHC 109.978, Primeira Turma, de que fui Relator, DJ de 08.08.13).

"EMENTA HABEAS CORPUS. PROCESSO PENAL. SUBSTITUTIVO DE RECURSO CONSTITUCIONAL. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. TRÁFICO DE DROGAS.

# Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 38 de 44

RE 696533 AGR / SC

PROCEDIMENTO PREVISTO NO ART. 38 DA LEI 10.409/2002. INOBSERVÂNCIA. NULIDADE RELATIVA. FALTA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO. 1. *Contra a denegação de habeas corpus por Tribunal Superior prevê a Constituição Federal remédio jurídico expresso, o recurso ordinário. Diante da dicção do art. 102, II, a, da Constituição da República, a impetração de novo habeas corpus em caráter substitutivo escamoteia o instituto recursal próprio, em manifesta burla ao preceito constitucional.* 2. É relativa a nulidade decorrente da inobservância do rito processual estabelecido na Lei 10.409/2002, sendo imprescindível comprovação de efetivo prejuízo. 3. *O princípio maior que rege a matéria é de que não se reconhece nulidade sem prejuízo, conforme o art. 563 do Código de Processo Penal.* 4. *Habeas corpus extinto sem resolução de mérito.*" (HC 111.825, Primeira Turma, Redatora para o Acórdão a Ministra Rosa Weber, DJe de 17.10.13).

"EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. PENAL. PROCESSUAL PENAL. ALEGAÇÃO DE NULIDADES NO JULGAMENTO DO RECORRENTE NO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA: IMPROCEDÊNCIA E PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. RECURSO NÃO PROVIDO. 1. Não se comprova nos autos a tempestividade dos embargos de declaração opostos pelo Recorrente no Superior Tribunal de Justiça. 2. Ao julgar as Ações Diretas de Inconstitucionalidade ns. 2.797 e 2.860, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, o Plenário do Supremo Tribunal Federal declarou, por maioria, a inconstitucionalidade dos parágrafos 1º e 2º do art. 84 do Código de Processo Penal, inseridos pela Lei n. 10.628, de 24 de dezembro de 2002. A aposentadoria do Recorrente faz cessar a competência penal da Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça para julgar autoridades dotadas de prerrogativa de foro ou de função. 3. Os arts. 11, inc. X e 71 do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça não preceituam qualquer ilegalidade em razão das ações ajuizadas pelo Recorrente naquele Tribunal terem sido julgados por relatores e órgãos distintos. 4. O princípio do *pas de nullité sans grief exige, sempre que possível, a demonstração de prejuízo concreto pela parte que suscita o*

**RE 696533 AGR / SC**

*vício. Precedentes. Prejuízo não demonstrado pela defesa. 5. Recurso ao qual se nega provimento" (RHC 101.886/SP, Rel. Ministra Cármem Lúcia, Segunda Turma, DJe de 11/03/2012).*

Da mesma forma, não há qualquer violação aos arts. 619 e 620 do Código de Processo Penal, pois da análise dos autos verifica-se que o Tribunal Regional Federal da 4ª Região enfrentou as questões necessárias ao deslinde do caso, concluindo que caberia àquela Corte à apreciação dos terceiros embargos de declaração opostos contra o acórdão condenatório e deles não conheceu. A defesa interpôs, ainda, agravo regimental que foi apreciado pelo colegiado da Corte Regional.

Quanto à suposta violação ao art. 59 do Código Penal, em razão da exasperação da pena do recorrente pelo reconhecimento de circunstâncias judiciais desfavoráveis, também não prospera a irresignação.

No caso dos autos, a dosimetria da pena imposta ao paciente encontra-se devida e suficientemente motivada, não justificando qualquer correção ou reparo por este Supremo Tribunal Federal.

Verifica-se que a dosimetria da pena imposta ao paciente ficou assim fundamentada:

**“1. João Rodrigues:**

**1.a) Dispensa ilegal de licitação - detenção, de 3 a 5 anos, e multa.**

Da análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, tenho que a culpabilidade se mostra normal à espécie. Não há notícia quanto ao registro de antecedentes. Da mesma forma, não há nada nos autos capaz de negativar a conduta social e a personalidade do acusado, tampouco os motivos e as consequências do crime. **O fato de o agente valer-se do período em que substituiu interinamente o prefeito para alienar bem móvel pertencente ao patrimônio público sem prévia licitação constitui particularidade que autoriza a**

RE 696533 AGR / SC

**negativação das circunstâncias delitivas.** Não há falar em comportamento da vítima na hipótese.

**Havendo, portanto, apenas um vetor desfavorável, esta Turma adota o termo médio para a fixação da pena-base,** o qual é obtido por meio da soma das penas mínima e máxima abstratamente cominadas com o produto dividido por dois, subtraindo-se daí o mínimo legal cominado, cujo resultado deve ser dividido por oito - número de circunstâncias previstas no art. 59 do CP -, exsurgindo, pois, o *quantum* de acréscimo para cada vetor. **Com base nesse raciocínio, fixo a pena-base em 03 anos, 01 mês e 15 dias de detenção, a qual torno definitiva** diante da ausência de circunstâncias agravantes e/ou atenuantes, bem como de outras causas de aumento ou diminuição de pena.

(...)

**1.b) Fraude à licitação - detenção, de 2 a 4 anos, e multa.**

Da análise das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal, tenho que a culpabilidade se mostra normal à espécie. Não há notícia quanto ao registro de antecedentes. Da mesma forma, não há nada nos autos capaz de negativar a conduta social e a personalidade do acusado, tampouco os motivos as consequências do crime. **O fato de o agente valer-se do período em que substituiu interinamente o prefeito para alienar bem móvel pertencente ao patrimônio público sem prévia licitação constitui particularidade que autoriza a negativação das circunstâncias delitivas.** Não há falar em comportamento da vítima na hipótese.

**Havendo, portanto, apenas um vetor desfavorável, esta Turma adota o termo médio para a fixação da pena-base,** o qual é obtido por meio da soma das penas mínima e máxima abstratamente cominadas com o produto dividido por dois, subtraindo-se daí o mínimo legal cominado, cujo resultado deve ser dividido por oito - número de circunstâncias previstas no art. 59 do CP -, exsurgindo, pois, o *quantum* de acréscimo para cada vetor. **Com base nesse raciocínio, fixo a pena-base em 02 anos, 01 mês e 15 dias de detenção,** a qual torno

RE 696533 AGR / SC

definitiva diante da ausência de circunstâncias agravantes e/ou atenuantes, bem como de outras causas de aumento ou diminuição de pena

(...)

Tratando-se de dois crimes praticados mediante mais de uma ação ou omissão, aplicável a João Rodrigues a regra do concurso material, totalizando a soma das penas em **5 (cinco) anos e 3 (três) meses de detenção e multa no valor de R\$2.365,00 (dois mil trezentos e sessenta e cinco reais)"** (grifei).

Não reputo verificada, na espécie, qualquer irregularidade ou excesso, sobretudo à luz da orientação da Corte no sentido de que em relação à análise das circunstâncias judiciais, concluir de forma diversa das instâncias originárias demandaria o reexame dos fatos e provas, o que não pode ser validamente adotado em recurso extraordinário e recurso especial. Incide, portanto, a Súmula 279 do Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido:

*"Agravo regimental em recurso extraordinário com agravo. 2. Reanálise de fatos e provas. Impossibilidade. Súmula 279. 3. Circunstâncias judiciais desfavoráveis. Imposição de regime inicial de cumprimento de pena mais gravoso que o previsto no art. 33, § 2º, do Código Penal. 4. Possibilidade. 5. Ausência de argumentos suficientes para infirmar a decisão recorrida. 6. Agravo regimental a que se nega provimento" (ARE 653.681-AgR, Relator o Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe 11.10.2011).*

*"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. MATÉRIA CRIMINAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DO ART. 59 DO CÓDIGO PENAL. AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA REFLEXA. REEXAME DE FATOS E PROVAS. SÚMULA 279. CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. NÃO CABIMENTO. Ausência de*

# Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 42 de 44

RE 696533 AGR / SC

*prequestionamento. Questão não ventilada no acórdão recorrido e que não foi suscitada em embargos de declaração. Óbice previsto pelos enunciados das Súmulas 282 e 356/STF. O Supremo Tribunal Federal já reconheceu a ausência de repercussão geral da matéria ora debatida, o que inviabiliza o recurso extraordinário por falta de requisito para seu regular processamento. Esta Corte tem o entendimento no sentido de que as questões relativas à individualização da pena configuram ofensa reflexa ao texto constitucional, por demandar exame prévio da legislação infraconstitucional. Inviável o recurso extraordinário quando as alegações de violação a dispositivos constitucionais exigem o reexame de fatos e provas (Súmula 279/STF). Incabível a concessão de habeas corpus de ofício por não haver, nos autos, elementos que autorizem tal medida. Agravo regimental a que se nega provimento" (AI 829.772-AgR, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, Segunda Turma, DJe 17.9.2012 - grifei).*

**"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PROCESSUAL PENAL. PENAL. 1. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS NS. 282 E 356 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 2. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DO ART. 59 DO CÓDIGO PENAL. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. REEXAME DE FATOS E PROVAS. SÚMULA N. 279 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 3. DOSIMETRIA DA PENA. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA CONSTITUCIONAL INDIRETA. 4. ACÓRDÃO SUFICIENTEMENTE FUNDAMENTADO. 5. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO" (ARE 784.966-AgR/PA, Relatora a Ministra Cármem Lúcia, Segunda Turma, DJe 26.3.2014).**

**"EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DIREITO PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. 1. ANÁLISE DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS: ART. 59 DO CÓDIGO PENAL. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA N. 279 DO**

# Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 43 de 44

RE 696533 AGR / SC

**SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 2. DOSIMETRIA DA PENA. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA CONSTITUCIONAL INDIRETA. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO" (ARE 776.742-AgR, Relatora a Ministra Cármem Lúcia, Segunda Turma, DJe 11.12.2013 - grifei).**

**"EMENTA: DIREITO PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. TENTATIVA DE HOMICÍDIO. JÚRI. PENA REDIMENSIONADA PELO TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DOSIMETRIA DA PENA. AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. REEXAME DE FATOS E PROVAS. OFENSA REFLEXA. 1. Segundo a jurisprudência desta Suprema Corte, desnecessário o exame detalhado de cada argumento suscitado pela parte a ensejar ofensa ao art. 93, IX, da Constituição Federal. 2. Inadequada a interposição do extraordinário para rever dosimetria da pena, matéria de cunho eminentemente infraconstitucional. Ofensa à Constituição Federal, se existente, seria meramente indireta, ou reflexa, a depender de interpretação da legislação ordinária. Precedentes. 3. O recurso extraordinário não se presta para o reexame de fatos e provas da causa. Súmula 279/STF. 4. Agravo regimental conhecido e não provido" (ARE 742.871-AgR, Relatora a Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, DJe 3.10.2013, grifei).**

Por fim, quanto à violação ao art. 99 da Lei 8.666/1993, não prospera a irresignação. O Tribunal *a quo* aplicou a pena de multa no patamar mínimo de 2% (dois por cento) do valor do contrato, conforme previsto no art. 99, § 1º, da Lei de licitações.

*Ex positis*, nego provimento ao agravo regimental no recurso extraordinário, bem como ao recurso especial.

É como voto.

# Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 44 de 44

## PRIMEIRA TURMA

### EXTRATO DE ATA

#### **AG. REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 696.533**

PROCED. : SANTA CATARINA

**RELATOR : MIN. LUIZ FUX**

AGTE. (S) : JOÃO RODRIGUES

ADV. (A/S) : ANTÔNIO NABOR AREIAS BULHÕES (1465A/DF)

ADV. (A/S) : MARLON CHARLES BERTOL (10693/SC) E OUTRO (A/S)

AGDO. (A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROC. (A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

INTDO. (A/S) : ELOI TREVISAN

ADV. (A/S) : GÉLSON JOEL SIMON (16971/SC)

INTDO. (A/S) : LUIZ FERNANDO DE OLIVEIRA GUEDES

ADV. (A/S) : LUIZ ANTONIO COSTA (15287/SC) E OUTRO (A/S)

INTDO. (A/S) : LUIZ HENTZ

ADV. (A/S) : GÉLSON JOEL SIMON (16971/SC) E OUTRO (A/S)

INTDO. (A/S) : CLAUDIO PEDRO UTZIG

ADV. (A/S) : ELIO LUÍS FROZZA (5230/SC)

**Decisão:** A Turma, por unanimidade, negou provimento aos recursos, nos termos do voto do Relator. 1<sup>a</sup> Turma, Sessão Virtual de 26.8 a 1º.9.2016.

Composição: Ministros Luís Roberto Barroso (Presidente), Marco Aurélio, Luiz Fux, Rosa Weber e Edson Fachin. Disponibilizou processos para esta Sessão a Ministra Cármem Lúcia. Não participou do julgamento desses processos o Presidente por sucedê-la na Primeira Turma.

Carmen Lilian Oliveira de Souza  
Secretária da Primeira Turma

**DOC. 03**

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 1 de 12

31/03/2017

PRIMEIRA TURMA

**EMB.DECL. NO AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 696.533 SANTA CATARINA**

<b>RELATOR</b>	<b>:MIN. LUIZ FUX</b>
<b>EMBTE.(S)</b>	<b>:JOÃO RODRIGUES</b>
<b>ADV.(A/S)</b>	<b>:ANTONIO NABOR AREIAS BULHÖES</b>
<b>ADV.(A/S)</b>	<b>:MARLON CHARLES BERTOL E OUTRO(A/S)</b>
<b>EMBDO.(A/S)</b>	<b>:MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL</b>
<b>PROC.(A/S)(ES)</b>	<b>:PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA</b>
<b>INTDO.(A/S)</b>	<b>:ELOI TREVISAN</b>
<b>ADV.(A/S)</b>	<b>:GÉLSON JOEL SIMON</b>
<b>INTDO.(A/S)</b>	<b>:LUIZ FERNANDO DE OLIVEIRA GUEDES</b>
<b>ADV.(A/S)</b>	<b>:LUIZ ANTONIO COSTA E OUTRO(A/S)</b>
<b>INTDO.(A/S)</b>	<b>:LUIZ HENTZ</b>
<b>ADV.(A/S)</b>	<b>:GÉLSON JOEL SIMON E OUTRO(A/S)</b>
<b>INTDO.(A/S)</b>	<b>:CLAUDIO PEDRO UTZIG</b>

**EMENTA: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. JULGAMENTO CONJUNTO EM AMBIENTE ELETRÔNICO DE AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO E RECURSO ESPECIAL EM RAZÃO DE DIPLOMAÇÃO SUPERVENIENTE AO CARGO DE DEPUTADO FEDERAL. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA JULGAR AS INFRAÇÕES PENAIS CONTRA MEMBROS DO CONGRESSO NACIONAL. RESOLUÇÃO Nº 587/2016 DO STE. RESERVA DE JULGAMENTO EM AMBIENTE ELETRÔNICO PARA AGRAVOS INTERNOS E EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE JULGAMENTO DE RECURSO ESPECIAL EM AMBIENTE VIRTUAL. SUBMISSÃO DO RECURSO A JULGAMENTO EM AMBIENTE PRESENCIAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS PARA DETERMINAR NOVO JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL PERANTE A PRIMEIRA TURMA DESTA CORTE.**

# *Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 2 de 12

## **RE 696533 AGR-ED / SC**

1. O julgamento de recurso especial deve se dar em ambiente físico, diante da inexistência de norma regimental que autorize o julgamento pelos meios eletrônicos.

2. O Supremo Tribunal Federal é competente para julgamento do recurso especial interposto contra o acórdão condenatório proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4<sup>a</sup> Região, quando, após a interposição do recurso especial, o recorrente foi diplomado no cargo de Deputado Federal, o que atrai a competência desta Suprema Corte para julgamento das ações penais contra os membros do Congresso Nacional.

3. O Recurso Especial foi originariamente interposto para o Superior Tribunal de Justiça e, posteriormente, remetido ao Supremo Tribunal Federal em razão da diplomação do recorrente no cargo de Deputado Federal.

4. **Embargos de declaração acolhidos** para determinar novo julgamento do recurso especial, em ambiente presencial, perante a 1<sup>a</sup> Turma desta Corte.

## **A C Ó R D Ã O**

A Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, na conformidade da ata de julgamento virtual de 24 a 30/03/2017, por unanimidade, acolheu os embargos de declaração para determinar novo julgamento do recurso especial, em ambiente presencial, perante a Primeira Turma desta Corte, nos termos do voto do Relator.

Brasília, 31 de março de 2017.

**LUIZ FUX – RELATOR**

*Documento assinado digitalmente*

# Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 3 de 12

31/03/2017

PRIMEIRA TURMA

## EMB.DECL. NO AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 696.533 SANTA CATARINA

<b>RELATOR</b>	<b>: MIN. LUIZ FUX</b>
<b>EMBTE.(S)</b>	<b>: JOÃO RODRIGUES</b>
<b>ADV.(A/S)</b>	<b>: ANTONIO NABOR AREIAS BULHOES</b>
<b>ADV.(A/S)</b>	<b>: MARLON CHARLES BERTOL E OUTRO(A/S)</b>
<b>EMBDO.(A/S)</b>	<b>: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL</b>
<b>PROC.(A/S)(ES)</b>	<b>: PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA</b>
<b>INTDO.(A/S)</b>	<b>: ELOI TREVISAN</b>
<b>ADV.(A/S)</b>	<b>: GÉLSON JOEL SIMON</b>
<b>INTDO.(A/S)</b>	<b>: LUIZ FERNANDO DE OLIVEIRA GUEDES</b>
<b>ADV.(A/S)</b>	<b>: LUIZ ANTONIO COSTA E OUTRO(A/S)</b>
<b>INTDO.(A/S)</b>	<b>: LUIZ HENTZ</b>
<b>ADV.(A/S)</b>	<b>: GÉLSON JOEL SIMON E OUTRO(A/S)</b>
<b>INTDO.(A/S)</b>	<b>: CLAUDIO PEDRO UTZIG</b>

## RELATÓRIO

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR):** Trata-se de embargos de declaração opostos por JOÃO RODRIGUES contra acórdão que restou assim ementado:

"PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RECURSO ESPECIAL. DIPLOMAÇÃO SUPERVENIENTE AO CARGO DE DEPUTADO FEDERAL. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA JULGAR AS INFRAÇÕES PENais CONTRA MEMBROS DO CONGRESSO NACIONAL. ART. 102, I, B, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. CRIMES DE DISPENSA IRREGULAR DE LICITAÇÃO E DE FRAUDE À LICITAÇÃO (ARTS. 89 E 90 DA LEI 8.666/93). VICE-PREFEITO MUNICIPAL. CONDENAÇÃO. ALEGADA INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. INEXISTÊNCIA. COMPETÊNCIA ATRAÍDA PELA MALVERSAÇÃO DE VERBA PÚBLICA FEDERAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA. INOCORRÊNCIA. AFERIÇÃO DE EVENTUAL

# Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 4 de 12

RE 696533 AGR-ED / SC

PREJUÍZO CAUSADO AO ERÁRIO. ANÁLISE DA EXISTÊNCIA, OU NÃO, DO DOLO ESPECÍFICO DO PACIENTE DE LESAR OS COFRES PÚBLICOS E OBTER VANTAGEM ILÍCITA. EXAME DA REGULARIDADE, OU NÃO, DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. DOSIMETRIA. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. VEDAÇÃO. SÚMULA 279/STF. INCIDÊNCIA. NULIDADES. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. RECURSOS DESPROVIDOS.

1. A Justiça Federal é competente para o julgamento de crimes relativos à desvio ou à apropriação de verba federal destinada à realização de serviços de competência privativa da União ou de competência comum da União e do ente beneficiário, ou de verba cuja utilização se submeta à fiscalização por órgão federal. Precedentes: (RE 464.621/RN, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJe 21/11/2008; RE 605.609-AgR, Primeira Turma, Relatora a Ministra Cármem Lúcia, DJe de 1º/02/2011; HC 81.994, Primeira Turma, Relator o Ministro Ilmar Galvão, DJ de 27/09/2012.).

2. O elemento definidor da competência do órgão judiciário, em se tratando de questão envolvendo suposta apropriação ou aplicação irregular de verbas públicas federais repassadas a Estados e Municípios, está no interesse lesado em decorrência da pretensa conduta criminosa.

3. O fato de a verba repassada ser proveniente de recursos federais e fiscalizada pela União, é suficiente para afirmar a existência de interesse desta e a consequente competência da Justiça Federal para apreciar o feito. Precedentes: RHC 98.564 Rel. Min. Eros Grau, Segunda Turma, DJe de 6/11/2009; HC 80.867, Rel. Min. Ellen Gracie, Primeira Turma, DJe de 12/04/2002; ACO 1.109/SP, Red. p/ acórdão, Min. Luiz Fux, DJe de 7/3/2012.

4. A verba federal repassada ao Município não se incorporou definitivamente ao patrimônio da municipalidade, tendo em vista que o Contrato de Repasse não conferiu autonomia ao ente municipal para administrá-la de forma discricionária; mas, ao revés, previu, expressamente, a necessidade de prestação de contas à União.

5. “É apta a denúncia que bem individualiza a conduta do réu, expondo de forma pormenorizada o fato criminoso, preenchendo,

# Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 5 de 12

## RE 696533 AGR-ED / SC

assim, os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal. Basta que, da leitura da peça acusatória, possam-se vislumbrar todos os elementos indispensáveis à existência de crime em tese, com autoria definida, de modo a permitir o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa" (AP 396, Pleno, Relatora a Ministra Cármén Lúcia, DJe de 28/4/2011). No mesmo sentido: HC 109.942, Primeira Turma, Relatora a Ministra Cármén Lúcia, DJe de 1º/08/2012; HC 108.645, Primeira Turma, Relatora a Ministra Cármén Lúcia, DJe de 1º/02/2012; HC 103.104, Primeira Turma, Relator o Ministro Marco Aurélio, DJe de 14/02/2012; RHC 101358, Segunda Turma, Relatora a Ministra Ellen Gracie, DJ de 10.09.10.

6. No caso sub examine, a denúncia descreve de forma minuciosa e individualizada as condutas praticadas pelo recorrente, destacando, inclusive, ser ele "o principal responsável pela fraude na licitação, como Prefeito Municipal em exercício de Pinhalzinho, eis que autorizou e chancelou todo o processo licitatório"

7. A aferição de eventual prejuízo causado ao erário, a análise da existência, ou não, do dolo específico do recorrente de lesar os cofres públicos e obter para si vantagem ilícita, bem como o exame da regularidade, ou não, do procedimento licitatório realizado, demandaria o revolvimento do contexto fático-probatório, inviável na via do recurso extraordinário e do recurso especial, nos termos da Súmula 279 do Supremo Tribunal Federal, verbis: "para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário".

8. O entendimento fixado pelo Tribunal a quo está em consonância com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que para a configuração da conduta descrita nos arts. 89 e 90 da Lei de Licitações, o agente deve agir impulsionado por dolo, ou seja, consciente da ilegalidade do ato que está praticando, ignorando as exigências legais para a contratação direta, ou simulando a presença das mesmas. Precedentes: Inq 2.648/SP, Rel. Ministra Cármén Lúcia e Inq 2.482/MG, Red. p/ acórdão, Ministro Luiz Fux.

9. A nulidade no direito penal exige a demonstração do efetivo prejuízo para a defesa, consoante dispõe o artigo 563 do Código de Processo Penal, o que importa dizer que a desobediência às formalidades estabelecidas na legislação processual somente poderá

# Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 6 de 12

## RE 696533 AGR-ED / SC

*implicar o reconhecimento da invalidade do ato quando a sua finalidade estiver comprometida em virtude do vício verificado. Precedentes.*

10. *A dosimetria da pena, bem como os critérios subjetivos considerados pelos órgãos inferiores para a sua realização, não são passíveis de aferição na via do recurso extraordinário e do recurso especial, por demandar minucioso exame fático e probatório. Incide, portanto, a Súmula 279 do Supremo Tribunal Federal. Precedentes: ARE 653.681-AgR, Relator o Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe 11/10/2011; AI 829.772-AgR, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, Segunda Turma, DJe 17/9/2012; ARE 784.966-AgR/PA, Relatora a Ministra Cármem Lúcia, Segunda Turma, DJe 26/3/2014; ARE 742.871-AgR, Relatora a Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, DJe 3.10.2013.*

11. *In casu, i) O recorrente – à época dos fatos, vice-prefeito do Município de Pinhalzinho/SC – foi denunciado como incursão nas sanções dos arts. 89 e 90 da Lei 8.666/93, por ter, no período em que exerceu a prefeitura, em substituição ao prefeito, dispensado, fora das hipóteses legais, a realização de procedimento licitatório para a alienação de uma retroescavadeira, bem como por ter fraudado a licitação efetuada para a compra de uma nova retroescavadeira.*

*ii) Após a instrução criminal, o recorrente foi condenado pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região à pena de 3 (três) anos, 1 (um) mês e 15 (quinze) dias de detenção, pela prática do delito previsto no art. 89 da Lei 8.666/93 e a 2 (dois) anos, 1 (um) mês e 15 (quinze) dias de detenção, pela prática do crime tipificado no art. 90 do mesmo diploma legislativo. Fixou-se o regime semiaberto para o início do cumprimento das penas privativas de liberdade que, somadas, totalizam 5 (cinco) anos e 3 (três) meses de detenção.*

*iii) A Corte Regional assentou a competência da Justiça Federal para processar e julgar o feito, tendo em vista que os crimes de dispensa irregular de licitação e de fraude à licitação (arts. 89 e 90 da Lei 8.666/93, respectivamente) foram praticados em detrimento de verba pública federal. Isso porque a origem da verba utilizada pelo Município para a aquisição de bem móvel – em processo licitatório fraudulento – foi o Contrato de Repasse celebrado entre a*

# Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 7 de 12

## RE 696533 AGR-ED / SC

*Municipalidade – por meio do Fundo de Desenvolvimento Agropecuário – FUNDAPI – e a Caixa Econômica Federal.*

*iv) O Recurso Especial foi originariamente interposto para o Superior Tribunal de Justiça e, posteriormente, foi remetido ao Supremo Tribunal Federal, em razão da diplomação do recorrente no cargo de Deputado Federal.*

12. O Supremo Tribunal Federal é competente para julgamento do recurso especial interposto contra o acórdão condenatório proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região. É que após a interposição do recurso especial, o recorrente foi diplomado no cargo de Deputado Federal, o que atrai a competência desta Suprema Corte para julgamento das ações penais contra os membros do Congresso Nacional, nos termos do art. 102, I, b, da Constituição Federal. No julgamento da Questão de Ordem no Inquérito 1.070/TO, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, esta Corte entendeu que compete ao Supremo Tribunal Federal julgar o recurso especial quando há a superveniente diplomação do recorrente no cargo de Deputado Federal.

13. *Agravo regimental no Recurso Extraordinário e Recurso especial desprovidos.*"

Inconformado com a decisão supra, o embargante interpôs o presente recurso, requerendo, em síntese:

*"(i) reconhecer-se a insubsistência do julgamento do recurso especial sem a devida inclusão do feito em pauta presencial e sem a consequente observância do devido processo legal, pois não tem cabimento na espécie o seu julgamento em sessão virtual;*

*(ii) sucessivamente, reconhecer-se que, segundo a orientação dessa col. Suprema Corte, a moldura fática reconhecida na origem não enseja a perfectibilização dos crimes de dispensa irregular e de fraude à licitação;*

*(iii) sucessivamente, reconhecer-se a ilegalidade da exasperação da pena a partir de dados ínsitos aos tipos penais de que se cuida;*

*(iv) sucessivamente, reconhecer-se a existência de um único crime, alterando-se, consequentemente, o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade e passando-se ao exame*

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 8 de 12

**RE 696533 AGR-ED / SC**

*das condições objetivas e subjetivas para a substituição a que se refere o art. 44 do Código Penal.*

*Por fim, desde já o embargante requer que o presente recurso não seja julgado em ambiente virtual, considerada a indiscutível relevância das matérias suscitadas. "*

Após, houve pedido de destaque no julgamento do presente recurso, para fins de sua exclusão do julgamento em ambiente eletrônico.

É o relatório.

31/03/2017

PRIMEIRA TURMA

**EMB.DECL. NO AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 696.533 SANTA CATARINA**

**V O T O**

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR):** Por meio dos presentes embargos de declaração, a defesa sustenta que as razões apontadas no agravo regimental não foram devidamente enfrentadas, aduzindo “[a] manifesta contrariedade ao devido processo legal decorre tanto da não inclusão do recurso especial na pauta virtual destinado exclusivamente aos recursos de embargos de declaração e de agravo regimental [...]”, e, sucessivamente, que (i) os fatos reconhecidos na origem não configuram o crime de dispensa irregular e fraude à licitação; (ii) a ilegalidade da exasperação da pena; e (iii) a existência de crime único, alterando-se a reprimenda aplicada.

Com razão o embargante quanto ao julgamento do recurso especial pelo meio eletrônico, senão vejamos.

Em relação ao julgamento realizado em ambiente eletrônico, revela notar que, nos termos da Resolução nº 587, de 29/07/2016, o julgamento do recurso especial interposto não deveria ter sido realizado em ambiente virtual, o qual está reservado ao julgamento de agravos internos e embargos de declaração. Nesse sentido, confira-se o texto do artigo 1º da referida Resolução, *verbis*:

*“Art. 1º Os agravos internos e embargos de declaração poderão, a critério do relator, ser submetidos a julgamento em ambiente eletrônico, por meio de sessões virtuais, observadas as respectivas competências das Turmas ou do Plenário.”*

Consectariamente, ressoa inequívoco que a inclusão em plenário virtual do recurso especial conjuntamente com o agravo regimental em recurso extraordinário revelou-se inadequada, de modo a justificar a pretensão deduzida nestes aclaratórios, por desobediência à forma de

# Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 10 de 12

**RE 696533 AGR-ED / SC**

julgamento do aludido recurso.

Contudo, há que se ressaltar que o *decisum* resta incólume no que tange ao agravo regimental no recurso extraordinário, máxime em razão da regularidade quanto ao seu julgamento em ambiente eletrônico, restando preclusa a matéria neste ponto.

Por essa mesma razão, o pedido do recorrente no sentido de que o presente recurso “*não seja julgado em ambiente virtual*” não prospera. Deveras, a Resolução nº 587, a qual restou transcrita na petição pelo próprio recorrente (fl. 6), estabelece que os “*agravos internos e embargos de declaração poderão, a critério do relator, ser submetidos a julgamento em ambiente eletrônico*”.

Por fim, revela notar que ao recurso especial foi originariamente interposto para o Superior Tribunal de Justiça e, posteriormente, foi remetido ao Supremo Tribunal Federal, em razão da diplomação do recorrente no cargo de Deputado Federal. Esta Corte é competente para julgamento do recurso especial interposto contra o acórdão condenatório proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, porquanto após a interposição do recurso especial, o recorrente foi diplomado no cargo de Deputado Federal, o que atrai a competência desta Suprema Corte para julgamento das ações penais contra os membros do Congresso Nacional, nos termos do art. 102, I, ‘b’, da Constituição Federal, consoante decidido no julgamento da Questão de Ordem no Inquérito 1.070/TO, Rel. Min. Sepúlveda Pertence.

Logo, merece acolhida no ponto a pretensão recursal nos presentes embargos de declaração, com a atribuição de efeitos infringentes, para submissão do recurso especial a novo julgamento pelo meio físico, ficando prejudicados os pedidos sucessivos.

*Ex positis, ACOLHO os embargos de declaração, com efeitos*

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 11 de 12

**RE 696533 AGR-ED / SC**

infringentes, para determinar a submissão do recurso especial a novo julgamento, pela modalidade presencial, perante a 1<sup>a</sup> Turma desta Corte.

**É o voto.**

# Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 12 de 12

## PRIMEIRA TURMA

### EXTRATO DE ATA

#### **EMB. DECL. NO AG. REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO 696.533**

PROCED. : SANTA CATARINA

**RELATOR : MIN. LUIZ FUX**

EMBTE. (S) : JOÃO RODRIGUES

ADV. (A/S) : ANTONIO NABOR AREIAS BULHOES (1109/AL, 1465-A/DF, 2251-A/RJ)

ADV. (A/S) : MARLON CHARLES BERTOL (10693/SC) E OUTRO (A/S)

EMBDO. (A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROC. (A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

INTDO. (A/S) : ELOI TREVISAN

ADV. (A/S) : GÉLSON JOEL SIMON (16971/SC)

INTDO. (A/S) : LUIZ FERNANDO DE OLIVEIRA GUEDES

ADV. (A/S) : LUIZ ANTONIO COSTA (15287/SC) E OUTRO (A/S)

INTDO. (A/S) : LUIZ HENTZ

ADV. (A/S) : GÉLSON JOEL SIMON (16971/SC) E OUTRO (A/S)

INTDO. (A/S) : CLAUDIO PEDRO UTZIG

**Decisão:** A Turma, por unanimidade, acolheu os embargos de declaração para determinar novo julgamento do recurso especial, em ambiente presencial, perante a Primeira Turma desta Corte, nos termos do voto do Relator. Primeira Turma, Sessão Virtual de 24 a 30.3.2017.

Composição: Ministros Marco Aurélio (Presidente), Luiz Fux, Rosa Weber, Luís Roberto Barroso e Alexandre de Moraes.

Disponibilizou processo para esta Sessão o Ministro Edson Fachin, não tendo participado do julgamento desse processo o Ministro Alexandre de Moraes por sucedê-lo na Primeira Turma.

Carmen Lilian Oliveira de Souza  
Secretária da Primeira Turma

**DOC. 04**

# Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 1 de 123

06/02/2018

PRIMEIRA TURMA

## RECURSO EXTRAORDINÁRIO 696.533 SANTA CATARINA

RELATOR	: MIN. LUIZ FUX
REDATOR DO ACÓRDÃO	: MIN. ROBERTO BARROSO
RECTE.(S)	: JOÃO RODRIGUES
ADV.(A/S)	: ANTONIO NABOR AREIAS BULHOES E OUTRO(A/S)
ADV.(A/S)	: MARLON CHARLES BERTOL E OUTRO(A/S)
RECD.(A/S)	: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA
INTDO.(A/S)	: ELOI TREVISAN
ADV.(A/S)	: GÉLSON JOEL SIMON E OUTRO(A/S)
INTDO.(A/S)	: LUIZ FERNANDO DE OLIVEIRA GUEDES
ADV.(A/S)	: LUIZ ANTONIO COSTA E OUTRO(A/S)
INTDO.(A/S)	: LUIZ HENTZ
ADV.(A/S)	: GÉLSON JOEL SIMON E OUTRO(A/S)
INTDO.(A/S)	: CLAUDIO PEDRO UTZIG

EMENTA: RECURSO ESPECIAL. PRERROGATIVA DE FORO. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. TERMO INICIAL. DEMAIS TESES RECURSAIS REJEITADAS. IMEDIATA EXECUÇÃO DA PENA.

### I. TERMO INICIAL DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA

1. A prescrição da pretensão executória pressupõe a inéria do titular do direito de punir. Se o seu titular se encontrava impossibilitado de exercê-lo em razão do entendimento anterior do Supremo Tribunal Federal que vedava a execução provisória da pena, não há falar-se em inéria do titular da pretensão executória.

2. O entendimento defensivo de que a prescrição da pretensão executória se inicia com o trânsito em julgado para a acusação viola o direito fundamental à inafastabilidade da jurisdição, que

**RE 696533 / SC**

pressupõe a existência de uma tutela jurisdicional efetiva, ou melhor, uma justiça efetiva.

3. A verificação, em concreto, de manobras procrastinatórias, como sucessiva oposição de embargos de declaração e a renúncia do recorrente ao cargo de prefeito que ocupava, apenas reforça a ideia de que é absolutamente desarrazoada a tese de que o início da contagem do prazo prescricional deve se dar a partir do trânsito em julgado para a acusação. Em verdade, tal entendimento apenas fomenta a interposição de recursos com fim meramente procrastinatório, frustrando a efetividade da jurisdição penal.

4. Desse modo, se não houve ainda o trânsito em julgado para ambas as partes, não há falar-se em prescrição da pretensão executória.

**II. DEMAIS TESES VENTILADAS NO RECURSO ESPECIAL.**

5. As teses de mérito do recurso especial já foram examinadas pelo Supremo Tribunal Federal por duas vezes. Uma, em sessão virtual posteriormente anulada pela Turma para trazer a matéria à discussão presencial. Outra, pelo Ministro Luiz Fux, em habeas corpus impetrado pelo ora recorrente.

6. Ressalto, no ponto, que os tipos penais em análise não exigem a ocorrência de dano ao erário. Como se sabe, a regra para a contratação pelo poder público é que os contratos sejam precedidos de procedimento licitatório, assegurando a concorrência entre os participantes, com o objetivo de obter a proposta mais vantajosa para a Administração Pública. Por esta razão, as hipóteses de inexigibilidade ou dispensa de licitação são taxativas e não podem ser ampliadas. O bem jurídico tutelado aqui é, em última instância, a própria moralidade administrativa e o interesse público, prescindindo a consumação dos

# *Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 3 de 123

**RE 696533 / SC**

delitos em análise, repita-se, da ocorrência de dano ao erário, uma vez que o interesse público já foi lesado pela ausência de higidez no procedimento licitatório.

7. De todo modo, a análise acerca da ocorrência de dano ao erário ou da presença de dolo específico exigem o revolvimento de fatos e provas, o que é vedado no âmbito dos recursos excepcionais (SUM 7/STJ e SUM 279/STF).

## III. CONCLUSÃO

8. Recurso especial não conhecido. Determinação de imediata execução da pena imposta pelo Tribunal Regional Federal da 4<sup>a</sup> Região, a quem delegada a execução da pena. Expedição de mandado de prisão.

## **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a presidência do Ministro Alexandre de Moraes, na conformidade da ata de julgamento, por maioria de votos, em não conhecer do Recurso Especial, vencidos, integralmente, o Ministro Luiz Fux, Relator, e, parcialmente, em relação à condenação do art. 90 da Lei 8.666/1993, o Ministro Marco Aurélio. Na sequência, por maioria de votos, acordam em determinar a imediata execução da pena, com expedição de mandado de prisão, tudo nos termos do voto do Ministro Luís Roberto Barroso, Redator para o acórdão, vencidos os Ministros Marco Aurélio e Rosa Weber.

Brasília, 6 de fevereiro de 2018.

**MINISTRO LUIS ROBERTO BARROSO - REDATOR P/O ACÓRDÃO**

**DOC. 05**

# Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 1 de 123

06/02/2018

PRIMEIRA TURMA

## RECURSO EXTRAORDINÁRIO 696.533 SANTA CATARINA

<b>RELATOR</b>	<b>: MIN. LUIZ FUX</b>
<b>REDATOR DO ACÓRDÃO</b>	<b>: MIN. ROBERTO BARROSO</b>
<b>RECTE.(S)</b>	<b>: JOÃO RODRIGUES</b>
<b>ADV.(A/S)</b>	<b>: ANTONIO NABOR AREIAS BULHOES E OUTRO(A/S)</b>
<b>ADV.(A/S)</b>	<b>: MARLON CHARLES BERTOL E OUTRO(A/S)</b>
<b>RECD0.(A/S)</b>	<b>: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL</b>
<b>PROC.(A/S)(ES)</b>	<b>: PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA</b>
<b>INTDO.(A/S)</b>	<b>: ELOI TREVISAN</b>
<b>ADV.(A/S)</b>	<b>: GÉLSON JOEL SIMON E OUTRO(A/S)</b>
<b>INTDO.(A/S)</b>	<b>: LUIZ FERNANDO DE OLIVEIRA GUEDES</b>
<b>ADV.(A/S)</b>	<b>: LUIZ ANTONIO COSTA E OUTRO(A/S)</b>
<b>INTDO.(A/S)</b>	<b>: LUIZ HENTZ</b>
<b>ADV.(A/S)</b>	<b>: GÉLSON JOEL SIMON E OUTRO(A/S)</b>
<b>INTDO.(A/S)</b>	<b>: CLAUDIO PEDRO UTZIG</b>

EMENTA: RECURSO ESPECIAL. PRERROGATIVA DE FORO. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. TERMO INICIAL. DEMAIS TESES RECURSAIS REJEITADAS. IMEDIATA EXECUÇÃO DA PENA.

### I. TERMO INICIAL DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA

1. A prescrição da pretensão executória pressupõe a inéria do titular do direito de punir. Se o seu titular se encontrava impossibilitado de exercê-lo em razão do entendimento anterior do Supremo Tribunal Federal que vedava a execução provisória da pena, não há falar-se em inéria do titular da pretensão executória.

2. O entendimento defensivo de que a prescrição da pretensão executória se inicia com o trânsito em julgado para a acusação viola o direito fundamental à inafastabilidade da jurisdição, que

**RE 696533 / SC**

pressupõe a existência de uma tutela jurisdicional efetiva, ou melhor, uma justiça efetiva.

3. A verificação, em concreto, de manobras procrastinatórias, como sucessiva oposição de embargos de declaração e a renúncia do recorrente ao cargo de prefeito que ocupava, apenas reforça a ideia de que é absolutamente desarrazoada a tese de que o início da contagem do prazo prescricional deve se dar a partir do trânsito em julgado para a acusação. Em verdade, tal entendimento apenas fomenta a interposição de recursos com fim meramente procrastinatório, frustrando a efetividade da jurisdição penal.

4. Desse modo, se não houve ainda o trânsito em julgado para ambas as partes, não há falar-se em prescrição da pretensão executória.

## II. DEMAIS TESES VENTILADAS NO RECURSO ESPECIAL.

5. As teses de mérito do recurso especial já foram examinadas pelo Supremo Tribunal Federal por duas vezes. Uma, em sessão virtual posteriormente anulada pela Turma para trazer a matéria à discussão presencial. Outra, pelo Ministro Luiz Fux, em habeas corpus impetrado pelo ora recorrente.

6. Ressalto, no ponto, que os tipos penais em análise não exigem a ocorrência de dano ao erário. Como se sabe, a regra para a contratação pelo poder público é que os contratos sejam precedidos de procedimento licitatório, assegurando a concorrência entre os participantes, com o objetivo de obter a proposta mais vantajosa para a Administração Pública. Por esta razão, as hipóteses de inexigibilidade ou dispensa de licitação são taxativas e não podem ser ampliadas. O bem jurídico tutelado aqui é, em última instância, a própria moralidade administrativa e o interesse público, prescindindo a consumação dos

# *Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 3 de 123

**RE 696533 / SC**

delitos em análise, repita-se, da ocorrência de dano ao erário, uma vez que o interesse público já foi lesado pela ausência de higidez no procedimento licitatório.

7. De todo modo, a análise acerca da ocorrência de dano ao erário ou da presença de dolo específico exigem o revolvimento de fatos e provas, o que é vedado no âmbito dos recursos excepcionais (SUM 7/STJ e SUM 279/STF).

## III. CONCLUSÃO

8. Recurso especial não conhecido. Determinação de imediata execução da pena imposta pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, a quem delegada a execução da pena. Expedição de mandado de prisão.

## A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a presidência do Ministro Alexandre de Moraes, na conformidade da ata de julgamento, por maioria de votos, em não conhecer do Recurso Especial, vencidos, integralmente, o Ministro Luiz Fux, Relator, e, parcialmente, em relação à condenação do art. 90 da Lei 8.666/1993, o Ministro Marco Aurélio. Na sequência, por maioria de votos, acordam em determinar a imediata execução da pena, com expedição de mandado de prisão, tudo nos termos do voto do Ministro Luís Roberto Barroso, Redator para o acórdão, vencidos os Ministros Marco Aurélio e Rosa Weber.

Brasília, 6 de fevereiro de 2018.

**MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - REDATOR P/O ACÓRDÃO**

06/02/2018

PRIMEIRA TURMA

**RECURSO EXTRAORDINÁRIO 696.533 SANTA CATARINA**

**ESCLARECIMENTO**

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR)** - Senhor, Presidente, egrégia Turma, ilustre Representante do Ministério Público, Senhores Advogados presentes e estudantes.

Senhor Presidente, aqui, há, digamos assim, uma peculiaridade muito interessante, no momento em que interpôs o recurso especial, o réu tornou-se Deputado Federal e houve a indesejável oscilação da competência de foro.

De sorte que o que nós vamos julgar, na verdade, é o recurso especial, porque, como ele tinha direito ao recurso especial e o interpôs, depois, então, virá o recurso extraordinário. Essa é a primeira observação que eu faço, o julgamento é do recurso especial.

A segunda observação que eu faço é importante, porque, hoje, nós temos de julgar este caso, pois senão haverá prescrição. Isso é muito importante também que seja destacado.

Em terceiro lugar, como já fizemos, aqui, em outras oportunidades, tendo em vista a minha percepção do caso, eu apliquei a regra segundo a qual o juiz não decretará a nulidade se puder julgar o mérito a favor da parte. Aqui, interessa essa nulificação.

Então, é por isso que eu superei as preliminares e vou trazer direto o julgamento do mérito do recurso especial, segundo a minha ótica, no sentido do provimento, porque nós já estamos na sessão necessária no sentido do provimento do recurso especial, porque entendo configurada a tipicidade das figuras.

Acho importante isso, para otimizar os trabalhos, a sustentação do advogado, da tribuna, que se faz necessária; porque, aqui, o diálogo nós sempre mantemos, e o Ministro Barroso tem uma divergência. E esse processo, então, sofreu idas e vindas, e houve um provimento de embargos de declaração para trazer o recurso especial a julgamento exatamente porque houve uma anomalia no rito desses recursos.

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 5 de 123

**RE 696533 / SC**

Então, o fato de eu ter trazido o recurso especial a julgamento não impede, evidentemente, pela vez primeira, que os Colegas possam eventualmente aferir um requisito de admissibilidade ausente ou qualquer coisa nesse sentido. Como eu entendi que vou julgar no sentido do provimento do recurso, eu não vou declarar a nulidade e trouxe o julgamento no mérito.

Queria fazer só esse esclarecimento para dizer que hoje nós temos, necessariamente, de alguma maneira, de julgar o caso.

# Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 6 de 123

06/02/2018

PRIMEIRA TURMA

## RECURSO EXTRAORDINÁRIO 696.533 SANTA CATARINA

RELATOR	: MIN. LUIZ FUX
REDATOR DO ACÓRDÃO	: MIN. ROBERTO BARROSO
RECTE.(S)	: JOÃO RODRIGUES
ADV.(A/S)	: ANTONIO NABOR AREIAS BULHOES E OUTRO(A/S)
ADV.(A/S)	: MARLON CHARLES BERTOL E OUTRO(A/S)
RECD0.(A/S)	: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA
INTDO.(A/S)	: ELOI TREVISAN
ADV.(A/S)	: GÉLSON JOEL SIMON E OUTRO(A/S)
INTDO.(A/S)	: LUIZ FERNANDO DE OLIVEIRA GUEDES
ADV.(A/S)	: LUIZ ANTONIO COSTA E OUTRO(A/S)
INTDO.(A/S)	: LUIZ HENTZ
ADV.(A/S)	: GÉLSON JOEL SIMON E OUTRO(A/S)
INTDO.(A/S)	: CLAUDIO PEDRO UTZIG

## RELATÓRIO

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR):** Trata-se de recurso especial interposto, originariamente no Superior Tribunal de Justiça, por JOÃO RODRIGUES, com fundamento no art. 105, III, "a" e "c", da CF, em face de acórdão condenatório proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4<sup>a</sup> Região nos autos da Ação Penal Originária de nº 2004.04.01.005062-5/SC, nos termos da seguinte ementa:

*"AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. DISPENSA ILEGAL DE LICITAÇÃO. FRAUDE AO CARÁTER COMPETITIVO DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. ARTS. 89 E 90 DA LEI N° 8.666/93. CONFIGURAÇÃO.*

*1. O tipo incriminador constante no artigo 90 da Lei 8.666/93 tem como um dos verbos-núcleo do tipo o ato de fraudar, vale dizer: burlar, enganar, iludir o caráter competitivo da licitação, de modo a*

**RE 696533 / SC**

*acarretar a ausência de concorrentes (licitação deserta) ou a pouca quantidade destes, abrindo espaço, por conseguinte, à adjudicação direta do objeto ao único participante do certame. A competitividade, portanto, é atributo essencial a todo e qualquer certame licitatório; por isso, uma vez maculado este princípio - por força do ato fraudulento - não mais subsiste a licitação.*

*2. Demonstrada, pois, a vontade livre e consciente de fraudar o caráter competitivo do certame, bem como o fim especial de obter qualquer vantagem - seja ela pecuniária, social, política etc. -, decorrente da adjudicação do objeto da licitação, para si ou para outrem, estará perfectibilizado o crime descrito no art. 90 da Lei de Licitações.*

*3. A ausência de comprovação de dano ao erário público não se mostra essencial à caracterização da conduta delitiva descrita no artigo 90, porquanto referida figura típica visa tutelar não só o patrimônio público, mas, sobretudo, a moralidade administrativa expressa na regularidade do certame, além dos demais princípios licitatórios constitucionais dispostos no artigo 3º da L. 8.666/93. Trata-se, ademais, de crime formal, constituindo mero exaurimento a obtenção ou não da vantagem pretendida.*

*4. No que se refere ao delito de dispensa ilegal de licitação, segundo o entendimento recente do STJ, a simples leitura do caput do art. 89 da Lei nº 8.666/93 não possibilita qualquer conclusão no sentido de que para a configuração do tipo penal ali previsto exige-se qualquer elemento de caráter subjetivo diverso do dolo. Ou seja, dito em outras palavras, não há qualquer motivo para se concluir que o tipo em foco exige um ânimo, uma tendência, uma finalidade dotada de especificidade própria, e isso, é importante destacar, não decorre do simples fato de a redação do art. 89, caput, da Lei nº 8.666/93, ao contrário do que se passa, apenas à título exemplificativo, com a do art. 90 da Lei nº 8.666/93, não contemplar qualquer expressão como 'com o fim de', 'com o intuito de', 'a fim de', etc. Aqui, o desvalor da ação se esgota no dolo, é dizer, a finalidade, a razão que moveu o agente ao dispensar ou inexigir a licitação fora das hipóteses previstas em lei é de análise desnecessária. Ainda, o crime se perfaz, com a mera dispensa ou afirmação de que a licitação é inexigível, fora das hipóteses*

# Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 8 de 123

RE 696533 / SC

*previstas em lei, tendo o agente consciência dessa circunstância. Isto é, não se exige qualquer resultado naturalístico para a sua consumação (efetivo prejuízo para o erário, por exemplo) (Precedente)."*

Colhe-se dos autos que o ora recorrente, então Vice-Prefeito do Município de Pinhalzinho/SC, foi, originariamente perante o Juízo da Vara Federal de Chapecó/SC, conjuntamente com outros acusados, denunciado como incursão nas sanções dos artigos 89 e 90 da Lei 8.666/93, sob a acusação de que, em fevereiro de 1999, quando se encontrava no exercício transitório do cargo de Prefeito, fraudara licitação efetuada para a aquisição de uma retroescavadeira, bem como dispensara, fora das hipóteses legais, a realização de procedimento licitatório para a alienação de uma retroescavadeira usada, dada em pagamento pelo Município para fins de aquisição daquela primeira máquina. Na ocasião, as condutas imputadas ao ora recorrente foram assim descritas pelo Ministério Público Federal na peça acusatória:

*"[...] No dia 8 de fevereiro de 1999, o Prefeito Municipal em exercício de Pinhalzinho, João Rodrigues, autorizou a realização de processo licitatório n.º 01/99, tendo em vista a compra de uma retroescavadeira, tração 4X4, no valor de R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) - fl. 9, e, como forma de pagamento a entrega de uma retroescavadeira, marca Maxion Simples, tração 4x2, modelo 750 M, Série RRO 1000218, pelo valor mínimo de R\$ 23.000,00 (vinte e três mil reais), e aplicação da verba do Ministério da Agricultura - Contrato de Repasse n.º 0082232-87/98 MA/CEF (fls. 10-11; item 4.4).*

*Ocorre que a requisição de compras e serviços, emanada do Secretário de Agricultura, Luiz Hentz, fl. 07, foi datada de 08.09.99, mesmo dia da solicitação de compra e serviço (fl. 08), emanada do mesmo secretário, é o mesmo dia que foi bloqueado o recurso pelo então Prefeito Municipal em exercício, João Rodrigues. E mais, fls. 10 e 11, consta o edital de tomada de preços, do dia 10.02.99, onde já*

# Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 9 de 123

RE 696533 / SC

*consta a avaliação da retroescavadeira a ser entregue no negócio pela prefeitura, por 23 mil reais. Ocorre que o Decreto Municipal que nomeou a comissão para proceder a avaliação da retroescavadeira usada, é do dia 12.02.99 (fl. 16). Quer dizer o edital já saiu com o valor da retroescavadeira, antes da instituição da comissão. Resultado: o valor da avaliação é o mesmo que consta no edital pretérito, quando o lógico e o legal é primeiro a nomeação da comissão, depois a avaliação, e depois a publicação do edital contendo a avaliação.*

*Não por outra razão quem sabe o Decreto 009/99, da lavra do então Prefeito Municipal em exercício João Rodrigues, só foi publicado no Mural da Prefeitura (vide depoimento a fl. 152).*

*O que interessa mais a coletividade de Pinhalzinho é que o Projeto de Lei 002/99, de 09.02.99, da lavra do então Prefeito em exercício supra referido, tirou 70 mil reais da verba da ampliação do programa de poços artesianos, para a compra da retroescavadeira.*

*De fls. 12 a 14 consta correspondência da empresa MOTORMAC - Distribuidora de Máquinas e Motores Ltda., com sede em São José/SC., distante 650 km de Pinhalzinho, datada de 26.02.99, onde consta já a aceitação da retroescavadeira usada pelo valor da avaliação, sendo que o preço da retroescavadeira nova já salta da estimativa de 60 mil para 92.500 reais.*

*De salientar que a licitação ocorreu através da modalidade de tomada de preços (art. 22 da Lei de Licitações), sendo que segundo consta do processo de licitação, somente a empresa em questão se interessou pelo negócio. Não houve concorrentes. Para se ter uma idéia veja-se a certidão do trânsito em julgado a fl. 144, onde consta que nenhum dos participantes interpôs recurso e o parecer jurídico a fl. 145 onde se assevera que só uma empresa do ramo apresentou proposta e que aberta a proposta a MOTORMAC foi declarada vencedora.*

*A fl. 21 consta Boletim Mensal de Despesa para a empresa MOTORMAC, no valor de 95.200,00 mil reais à vista, sem vinculação ao número de cheque, diferentemente das demais rubricas, sendo que na nota de compra a fl. 15 consta como forma de pagamento uma entrada mais 12 parcelas mensais de 3 mil e cem reais.*

*No parecer jurídico de fl. 26, que entendeu ter sido escorreita a*

# Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 10 de 123

RE 696533 / SC

*licitação, não há menção alguma a alienação da retroescavadeira usada como pagamento parcial da retroescavadeira nova, sendo que a negociação não foi de forma clara, tanto que somando 23 mil da retroescavadeira usada, mais 25 mil do convênio federal, atingiria a 48 mil reais, e somando-se os 60 mil reais do empenho, o valor total chegaria a 108 mil reais. Observe que na nota de compra a fl. 15 apenas consta o valor total de 95 mil e duzentos reais, sem constar o abatimento da retroescavadeira usada, e sem constar o valor da entrada, haja vista que consta uma entrada mais 12 parcelas fixas de 3 mil e 100 reais. Assim, com o cômputo da retroescavadeira usada de 23 mil reais, a compra deveria ter sido feita por 71 mil e 800 reais na nota de compra de fl. 15, ou então que constasse da nota a entrega da retroescavadeira usada. E ainda de observar que o valor inicial da retroescavadeira nova passou de 60 mil reais para 92.500 reais, sendo que em relação a retroescavadeira usada não ocorreu qualquer majoração.*

*O edital de licitação, publicado no Diário Oficial e em jornal de Chapecó, fls. 30 e 31, consta apenas a tomada de preços, e não há menção a retroescavadeira usada no negócio.*

*A avaliação da retroescavadeira usada, pertencente ao patrimônio do Município de Pinhalzinho, foi efetuada pela comissão em 12.02.03, sendo que o preço já constava do edital anterior do dia 10.02.03, sendo que a Lei Municipal autorizando a alienação do bem público, fl. 32, data de 15.03.99, vindo a publicação à imprensa em 14.04.99, sendo que o art. 3º da lei, ainda firma que o preço da alienação será aquele promovido pela comissão, com o verbo no futuro.*

*Ainda neste diapasão, pelo decreto de fls. 42/44 foi estipulado a indisponibilidade das verbas municipais, em 20.11.98, vindo a ocorrer já em janeiro de 99 a aquisição da retroescavadeira nova.*

*No depoimento do denunciado LUIZ FERNANDO DE OLIVEIRA GUEDES, fl. 188, gerente na época dos fatos da empresa MOTORMAC, confirma que foi recebido um cheque da Prefeitura no valor de 95.200,00 reais, e ainda mais a retroescavadeira usada, que teria sido vendida a empresário da cidade de Pinhalzinho, Remildo Schultz. Desta forma a compra teria sido por 115.500,00 reais, e levando em conta que a avaliação da retroescavadeira usada tenha sido*

# Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 11 de 123

RE 696533 / SC

*de acordo com o preço de mercado.*

*A retroescavadeira em questão foi adquirida por REMÍDIO SHULTZ, fl. 198, no mesmo ano de 1999, como alegado, por 35 mil reais (doze mil reais a mais do valor da avaliação).*

*A fl. 22 consta a origem federal da verba de 25.702,07 reais, advindo do convênio PRODESA/CEF.*

*Portanto, os denunciados fraudaram, mediante ajuste, o caráter competitivo do procedimento licitatório n.º 01/99, com o intuito de obterem para si e para o denunciado LUIZ FERNANDO vantagem decorrente da adjudicação de uma retroescavadeira, ano 99, marca Case, modelo M 580 L, tração 4x4, e assim incidiram nas penas do art. 90 da Lei 8.666/93.*

*(...)*

*O denunciado JOÃO RODRIGUES é o principal responsável pela fraude na licitação, como Prefeito Municipal em exercício de Pinhalzinho, eis que autorizou e chancelou todo o processo licitatório.*

*(...)*

*Em relação a alienação da retroescavadeira era mister ocorrer após a prévia autorização legal do legislativo municipal, e a posterior avaliação, o leilão partindo do preço mínimo (neste sentido decisões do TCE de fls. 49/41), e não o contrário do que foi feito, sem licitação, a alienação da retroescavadeira usada.*

*E ainda foi eleita a forma de licitação de tomada de preços, sem que tenha sido comprovado existência de qualquer prévio cadastro de empresas do ramo.*

*Assim, os denunciados CLAUDIO UTZIG, como procurador do Município de Pinhalzinho, ELOI TREVISAN, como presidente da comissão de licitação, JOAO RODRIGUES, como prefeito municipal em exercício e LUIZ HENTZ, como Secretário da Agricultura, dispensaram licitação fora das hipóteses previstas na lei e ainda frustaram o caráter competitivo da licitação, sendo que o empresário se aproveitou de tal fato [...]."*

O magistrado de 1<sup>a</sup> instância, ao receber a peça, declinou, com fundamento no art. 29, X, da CF, da competência ao TRF da 4<sup>a</sup> Região, considerando a prerrogativa de foro do ora recorrente, Prefeito Municipal

**RE 696533 / SC**

à época dos fatos descritos.

Concluída a instrução criminal na Corte Regional, o ora recorrente, nos termos da ementa supratranscrita, foi condenado à pena 3 (três) anos, 1 (um) mês e 15 (quinze) dias de detenção pela prática do crime previsto no art. 89 da Lei 8.666/93 e à pena de 2 (dois) anos, 1 (um) mês e 15 (quinze) dias de detenção pela prática do crime tipificado no art. 90 do mesmo diploma legislativo. Na ocasião, restou fixado o regime semiaberto para o início do cumprimento das penas privativas de liberdade que, somadas, totalizam 5 (cinco) anos e 3 (três) meses de detenção.

Irresignada, a defesa interpôs, concomitantemente, recurso extraordinário e recurso especial.

No recurso extraordinário, sustentou-se preliminar de repercussão geral e, no mérito, alegou-se violação ao art. 109, IV, da CF, sob o fundamento de que não haveria interesse da União a atrair a competência da Justiça Federal.

No recurso especial, alegou-se, em suma: (a) dissídio jurisprudencial quanto à incompetência da Justiça Federal, considerando a existência de precedentes do STJ no sentido de que não haveria violação a bens ou direitos da União nos casos em que a verba pública por aquela repassada houver sido incorporada ao patrimônio do Município, situação que se amoldaria à destinação conferida à verba utilizada para aquisição da máquina agrícola objeto da licitação discutidas nos autos; (b) violação ao art. 41 do CPP, sob a alegação de que a denúncia oferecida é genérica, *posto que não estabeleceu nexo causal entre o fato imputado e o suposto autor, atribuindo-lhe, na verdade, responsabilidade puramente objetiva, contrariando o art. 41 do Código de Processo Penal*; (c) dissídio jurisprudencial quanto ao art. 41 do CPP; (d) violação ao art. 89 da Lei nº 8.666/93, sob a alegação de que o tipo penal em questão somente se configura quando houver dano

RE 696533 / SC

ao erário, circunstância reconhecida pelo acórdão recorrido como não comprovada; (e) violação ao art. 90 da Lei nº 8.666/93, sob a alegação de que o tipo penal em questão somente se configura quando estiver presente o dolo específico de auferir vantagem econômica para si ou para outrem, circunstância reconhecida pelo acórdão recorrido como não comprovada em relação ao ora recorrente; (f) dissídio jurisprudencial quanto ao art. 89 da Lei nº 8.666/93; (g) violação aos artigos 471, I, do CPC e 3º e 84 do CPP; (h) violação aos artigos 619 e 620 do CPP; (i) violação ao art. 59 do CP, sob a alegação de existência de ilegalidade na dosimetria da pena ao argumento de que *a condição de prefeito e a alienação de bem móvel pertencente ao patrimônio público sem prévia licitação são elementares dos próprios tipos penais e suas aplicações configuram verdadeiro bis in idem, em afronta direta ao artigo 59 do Código Penal*; (j) dissídio jurisprudencial quanto ao art. 59 do CP; e (l) violação ao art. 99 da Lei nº 8.666/93, sob a alegação de aplicação das penas de multa em desacordo com o referido dispositivo legal.

Em 30/04/2013, neguei seguimento ao recurso extraordinário, em decisão que possui a seguinte ementa:

*"RECURSO EXTRAORDINÁRIO PENAL. DISPENSA ILEGAL DE LICITAÇÃO. FRAUDE AO CARÁTER COMPETITIVO DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. ARTS. 89 E 90 DA LEI Nº 8.666/93. CONFIGURAÇÃO. COMPRA DE RETROESCAVADEIRA POR PREFEITO, EM EXERCÍCIO, SEM A DEVIDA OBSERVÂNCIA DA LEI DE LICITAÇÃO. PARTE DA VERBA ORIUNDA DE REPASSE DA UNIÃO. RECURSO NÃO INCORPORADO AO PATRIMÔNIO DO MUNICÍPIO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. INTERESSE DA UNIÃO. VIOLAÇÃO AO ART. 109, INCISO IV, NÃO CARACTERIZADA.*

*1. A repercussão geral pressupõe recurso admissível sob o crivo dos demais requisitos constitucionais e processuais de admissibilidade (art. 323 do RISTF). Consecutariamente, se o recurso é inadmissível por outro motivo, não há como se pretender seja reconhecida a*

# Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 14 de 123

RE 696533 / SC

*repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso (art. 102, III, § 3º, da CF).*

2. Compete à Justiça Federal o julgamento de crimes relativos a desvio ou à apropriação de verba federal destinada à realização de serviços de competência privativa da União ou de competência comum da União e do ente beneficiário, ou de verba cuja utilização se submeta à fiscalização por órgão federal. Precedentes: RE nº 605.609-AgR, Rel. Min. Carmen Lúcia, Primeira Turma, DJe 1º.2.2011 e HC nº. 81.994, Rel. Min. Ilmar Galvão, Primeira Turma, DJ de 27.9.2002.

3. In casu, o acórdão recorrido assentou:

**AÇÃO PENAL ORIGINÁRIA. DISPENSA ILEGAL DE LICITAÇÃO. FRAUDE AO CARÁTER COMPETITIVO DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. ARTS. 89 E 90 DA LEI N° 8.666/93. CONFIGURAÇÃO.**

1. O tipo incriminador constante no artigo 90 da Lei 8.666/93 tem como um dos verbos-núcleo do tipo o ato de fraudar, vale dizer: burlar, enganar, iludir o caráter competitivo da licitação, de modo a acarretar a ausência de concorrentes (licitação deserta) ou a pouca quantidade destes, abrindo espaço, por conseguinte, à adjudicação direta do objeto ao único participante do certame. A competitividade, portanto, é atributo essencial a todo e qualquer certame licitatório; por isso, uma vez maculado este princípio - por força do ato fraudulento - não mais subsiste a licitação. 2. Demonstrada, pois, a vontade livre e consciente de fraudar o caráter competitivo do certame, bem como o fim especial de obter qualquer vantagem - seja ela pecuniária, social, política etc. -, decorrente da adjudicação do objeto da licitação, para si ou para outrem, estará perfectibilizado o crime descrito no art. 90 da Lei de Licitações. 3. A ausência de comprovação de dano ao erário público não se mostra essencial à caracterização da conduta delitiva descrita no artigo 90, porquanto referida figura típica visa tutelar não só o patrimônio público, mas, sobretudo, a moralidade administrativa expressa na regularidade do certame, além dos demais princípios licitatórios constitucionais dispostos no artigo 3º da L. 8.666/93. Trata-se, ademais, de crime formal, constituindo mero exaurimento a obtenção ou não da vantagem pretendida. 4. No que se refere ao delito de dispensa ilegal de licitação, segundo o entendimento recente do

RE 696533 / SC

*STJ, a simples leitura do caput do art. 89 da Lei nº 8.666/93 não possibilita qualquer conclusão no sentido de que para a configuração do tipo penal ali previsto exige-se qualquer elemento de caráter subjetivo diverso do dolo. Ou seja, dito em outras palavras, não há qualquer motivo para se concluir que o tipo em foco exige um ânimo, uma tendência, uma finalidade dotada de especificidade própria, e isso, é importante destacar, não decorre do simples fato de a redação do art. 89, caput, da Lei nº 8.666/93, ao contrário do que se passa, apenas à título exemplificativo, com a do art. 90 da Lei nº 8.666/93, não contemplar qualquer expressão como 'com o fim de', 'com o intuito de', 'a fim de', etc. Aqui, o desvalor da ação se esgota no dolo, é dizer, a finalidade, a razão que moveu o agente ao dispensar ou inexigir a licitação fora das hipóteses previstas em lei é de análise desnecessária. Ainda, o crime se perfaz, com a mera dispensa ou afirmação de que a licitação é inexigível, fora das hipóteses previstas em lei, tendo o agente consciência dessa circunstância. Isto é, não se exige qualquer resultado naturalístico para a sua consumação (efetivo prejuízo para o erário, por exemplo) (Precedente).*

*4. NEGO SEGUIMENTO ao recurso extraordinário."*

Paralelamente, o recurso especial, que fora originariamente dirigido ao Superior Tribunal de Justiça e que, naquela Corte Superior, fora autuado como REsp 1.247.293, foi, em razão da diplomação do ora recorrente no cargo de Deputado Federal, remetido para julgamento perante o Supremo Tribunal Federal.

Irresignada com a decisão monocrática que negara seguimento ao recurso extraordinário, a defesa do ora recorrente interpôs agravo regimental, insistindo, em suma, na tese de que, no caso, não há interesse da União, uma vez que cuida a hipótese vertente de persecução penal pelo suposto cometimento de crime licitatório (e não de crime de responsabilidade ou de peculato), não havendo que se falar em competência da Justiça Federal para julgar e processar o presente procedimento criminal.

A Primeira Turma deste Tribunal, então, em julgamento

RE 696533 / SC

concomitante realizado no Plenário Virtual na data de 02/09/2016, negou provimento tanto ao agravo regimental no recurso extraordinário quanto ao recurso especial, nos termos da ementa abaixo transcrita:

*"EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RECURSO ESPECIAL. DIPLOMAÇÃO SUPERVENIENTE AO CARGO DE DEPUTADO FEDERAL. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA JULGAR AS INFRAÇÕES PENAIS CONTRA MEMBROS DO CONGRESSO NACIONAL. ART. 102, I, B, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. CRIMES DE DISPENSA IRREGULAR DE LICITAÇÃO E DE FRAUDE À LICITAÇÃO (ARTS. 89 E 90 DA LEI 8.666/93). VICE-PREFEITO MUNICIPAL. CONDENAÇÃO. ALEGADA INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. INEXISTÊNCIA. COMPETÊNCIA ATRAÍDA PELA MALVERSAÇÃO DE VERBA PÚBLICA FEDERAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA. INOCORRÊNCIA. AFERIÇÃO DE EVENTUAL PREJUÍZO CAUSADO AO ERÁRIO. ANÁLISE DA EXISTÊNCIA, OU NÃO, DO DOLO ESPECÍFICO DO PACIENTE DE LESAR OS COFRES PÚBLICOS E OBTER VANTAGEM ILÍCITA. EXAME DA REGULARIDADE, OU NÃO, DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. DOSIMETRIA. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. VEDAÇÃO. SÚMULA 279/STF. INCIDÊNCIA. NULIDADES. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. RECURSOS DESPROVIDOS.*

1. *A Justiça Federal é competente para o julgamento de crimes relativos à desvio ou à apropriação de verba federal destinada à realização de serviços de competência privativa da União ou de competência comum da União e do ente beneficiário, ou de verba cuja utilização se submeta à fiscalização por órgão federal. Precedentes: (RE 464.621/RN, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJe 21/11/2008; RE 605.609-AgR, Primeira Turma, Relatora a Ministra Cármem Lúcia, DJe de 1º/02/2011; HC 81.994, Primeira Turma, Relator o Ministro Ilmar Galvão, DJ de 27/09/2012.).*

2. *O elemento definidor da competência do órgão judiciário, em se tratando de questão envolvendo suposta apropriação ou aplicação*

**RE 696533 / SC**

*irregular de verbas públicas federais repassadas a Estados e Municípios, está no interesse lesado em decorrência da pretensa conduta criminosa.*

3. *O fato de a verba repassada ser proveniente de recursos federais e fiscalizada pela União, é suficiente para afirmar a existência de interesse desta e a consequente competência da Justiça Federal para apreciar o feito. Precedentes: RHC 98.564 Rel. Min. Eros Grau, Segunda Turma, DJe de 6/11/2009; HC 80.867, Rel. Min. Ellen Gracie, Primeira Turma, DJe de 12/04/2002; ACO 1.109/SP, Red. p/ acórdão, Min. Luiz Fux, DJe de 7/3/2012.*

4. *A verba federal repassada ao Município não se incorporou definitivamente ao patrimônio da municipalidade, tendo em vista que o Contrato de Repasse não conferiu autonomia ao ente municipal para administrá-la de forma discricionária; mas, ao revés, previu, expressamente, a necessidade de prestação de contas à União.*

5. *“É apta a denúncia que bem individualiza a conduta do réu, expondo de forma pormenorizada o fato criminoso, preenchendo, assim, os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal. Basta que, da leitura da peça acusatória, possam-se vislumbrar todos os elementos indispensáveis à existência de crime em tese, com autoria definida, de modo a permitir o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa” (AP 396, Pleno, Relatora a Ministra Cármem Lúcia, DJe de 28/4/2011). No mesmo sentido: HC 109.942, Primeira Turma, Relatora a Ministra Cármem Lúcia, DJe de 1º/08/2012; HC 108.645, Primeira Turma, Relatora a Ministra Cármem Lúcia, DJe de 1º/02/2012; HC 103.104, Primeira Turma, Relator o Ministro Marco Aurélio, DJe de 14/02/2012; RHC 101358, Segunda Turma, Relatora a Ministra Ellen Gracie, DJ de 10.09.10.*

6. *No caso sub examine, a denúncia descreve de forma minuciosa e individualizada as condutas praticadas pelo recorrente, destacando, inclusive, ser ele “o principal responsável pela fraude na licitação, como Prefeito Municipal em exercício de Pinhalzinho, eis que autorizou e chancelou todo o processo licitatório”*

7. *A aferição de eventual prejuízo causado ao erário, a análise da existência, ou não, do dolo específico do recorrente de lesar os cofres públicos e obter para si vantagem ilícita, bem como o exame da*

**RE 696533 / SC**

*regularidade, ou não, do procedimento licitatório realizado, demandaria o revolvimento do contexto fático-probatório, inviável na via do recurso extraordinário e do recurso especial, nos termos da Súmula 279 do Supremo Tribunal Federal, verbis: “para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário”.*

8. O entendimento fixado pelo Tribunal a quo está em consonância com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que para a configuração da conduta descrita nos arts. 89 e 90 da Lei de Licitações, o agente deve agir impulsionado por dolo, ou seja, consciente da ilegalidade do ato que está praticando, ignorando as exigências legais pura e contrariação direta, ou simulando a presença das mesmas. Precedentes: Inq 2.648/SP, Rel. Ministra Cármem Lúcia e Inq 2.482/MG, Red. p/ acórdão, Ministro Luiz Fux.

9. A nulidade no direito penal exige a demonstração do efetivo prejuízo para a defesa, consoante dispõe o artigo 563 do Código de Processo Penal, o que importa dizer que a desobediência às formalidades estabelecidas na legislação processual somente poderá implicar o reconhecimento da invalidade do ato quando a sua finalidade estiver comprometida em virtude do vício verificado. Precedentes.

10. A dosimetria da pena, bem como os critérios subjetivos considerados pelos órgãos inferiores para a sua realização, não são passíveis de aferição na via do recurso extraordinário e do recurso especial, por demandar minucioso exame fático e probatório. Incide, portanto, a Súmula 279 do Supremo Tribunal Federal. Precedentes: ARE 653.681-AgR, Relator o Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe 11/10/2011; AI 829.772-AgR, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, Segunda Turma, DJe 17/9/2012; ARE 784.966-AgR/PA, Relatora a Ministra Cármem Lúcia, Segunda Turma, DJe 26/3/2014; ARE 742.871-AgR, Relatora a Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, DJe 3.10.2013. 11. *In casu, i) O recorrente – à época dos fatos, vice-prefeito do Município de Pinhalzinho/SC – foi denunciado como incurso nas sanções dos arts. 89 e 90 da Lei 8.666/93, por ter, no período em que exerceu a prefeitura, em substituição ao prefeito, dispensado, fora das hipóteses legais, a realização de procedimento licitatório para a alienação de uma*

# Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 19 de 123

RE 696533 / SC

*retroescavadeira, bem como por ter fraudado a licitação efetuada para a compra de uma nova retroescavadeira. ii) Após a instrução criminal, o recorrente foi condenado pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região à pena de 3 (três) anos, 1 (um) mês e 15 (quinze) dias de detenção, pela prática do delito previsto no art. 89 da Lei 8.666/93 e a 2 (dois) anos, 1 (um) mês e 15 (quinze) dias de detenção, pela prática do crime tipificado no art. 90 do mesmo diploma legislativo. Fixou-se o regime semiaberto para o início do cumprimento das penas privativas de liberdade que, somadas, totalizam 5 (cinco) anos e 3 (três) meses de detenção. iii) A Corte Regional assentou a competência da Justiça Federal para processar e julgar o feito, tendo em vista que os crimes de dispensa irregular de licitação e de fraude à licitação (arts. 89 e 90 da Lei 8.666/93, respectivamente) foram praticados em detrimento de verba pública federal. Isso porque a origem da verba utilizada pelo Município para a adquisição de bem móvel – em processo licitatório fraudulento – foi o Contrato de Repasse celebrado entre a Municipalidade – por meio do Fundo de Desenvolvimento Agropecuário – FUNDAPI – e a Caixa Econômica Federal. iv) O Recurso Especial foi originariamente interposto para o Superior Tribunal de Justiça e, posteriormente, foi remetido ao Supremo Tribunal Federal, em razão da diplomação do recorrente no cargo de Deputado Federal.*

12. O Supremo Tribunal Federal é competente para julgamento do recurso especial interposto contra o acórdão condenatório proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região. É que após a interposição do recurso especial, o recorrente foi diplomado no cargo de Deputado Federal, o que atrai a competência desta Suprema Corte para julgamento das ações penais contra os membros do Congresso Nacional, nos termos do art. 102, I, b, da Constituição Federal. No julgamento da Questão de Ordem no Inquérito 1.070/TO, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, esta Corte entendeu que compete ao Supremo Tribunal Federal julgar o recurso especial quando há a superveniente diplomação do recorrente no cargo de Deputado Federal.

13. *Agravio regimental no Recurso Extraordinário e Recurso especial desprovidos.”*

(RE 696533 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira

# Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 20 de 123

RE 696533 / SC

Turma, julgado em 02/09/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-204 DIVULG 23-09-2016 PUBLIC 26-09-2016).

Irresignada, a defesa interpôs embargos de declaração, requerendo, em síntese:

*"(i) reconhecer-se a insubsistência do julgamento do recurso especial sem a devida inclusão do feito em pauta presencial e sem a consequente observância do devido processo legal, pois não tem cabimento na espécie o seu julgamento em sessão virtual;*

*(ii) sucessivamente, reconhecer-se que, segundo a orientação dessa col. Suprema Corte, a moldura fática reconhecida na origem não enseja a perfectibilização dos crimes de dispensa irregular e de fraude à licitação;*

*(iii) sucessivamente, reconhecer-se a ilegalidade da exasperação da pena a partir de dados ínsitos aos tipos penais de que se cuida;*

*(iv) sucessivamente, reconhecer-se a existência de um único crime, alterando-se, consequentemente, o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade e passando-se ao exame das condições objetivas e subjetivas para a substituição a que se refere o art. 44 do Código Penal.*

*Por fim, desde já o embargante requer que o presente recurso não seja julgado em ambiente virtual, considerada a indiscutível relevância das matérias suscitadas."*

Por fim, em julgamento realizado na data de 31/03/2017, a Primeira Turma deste Supremo Tribunal Federal acolheu parcialmente os embargos declaratórios interpostos, para o estrito fim de determinar novo julgamento, em ambiente presencial, do recurso especial, nos termos da seguinte ementa:

*"Ementa: EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PENAL E PROCESSUAL PENAL. JULGAMENTO CONJUNTO EM AMBIENTE ELETRÔNICO DE AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO E RECURSO ESPECIAL EM RAZÃO DE DIPLOMAÇÃO SUPERVENIENTE AO CARGO DE*

**RE 696533 / SC**

DEPUTADO FEDERAL. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA JULGAR AS INFRAÇÕES PENAIS CONTRA MEMBROS DO CONGRESSO NACIONAL. RESOLUÇÃO N° 587/2016 DO STF. RESERVA DE JULGAMENTO EM AMBIENTE ELETRÔNICO PARA AGRAVOS INTERNOS E EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE JULGAMENTO DE RECURSO ESPECIAL EM AMBIENTE VIRTUAL. SUBMISSÃO DO RECURSO A JULGAMENTO EM AMBIENTE PRESENCIAL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS PARA DETERMINAR NOVO JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL PERANTE A PRIMEIRA TURMA DESTA CORTE.

1. *O julgamento de recurso especial deve se dar em ambiente físico, diante da inexistência de norma regimental que autorize o julgamento pelos meios eletrônicos.*

2. *O Supremo Tribunal Federal é competente para julgamento do recurso especial interposto contra o acórdão condenatório proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, quando, após a interposição do recurso especial, o recorrente foi diplomado no cargo de Deputado Federal, o que atrai a competência desta Suprema Corte para julgamento das ações penais contra os membros do Congresso Nacional.*

3. *O Recurso Especial foi originariamente interposto para o Superior Tribunal de Justiça e, posteriormente, remetido ao Supremo Tribunal Federal em razão da diplomação do recorrente no cargo de Deputado Federal.*

4. *Embargos de declaração acolhidos para determinar novo julgamento do recurso especial, em ambiente presencial, perante a 1ª Turma desta Corte."*

(RE 696533 AgR-ED, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 31/03/2017, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-079 DIVULG 19-04-2017 PUBLIC 20-04-2017).

É o relatório.

# Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 22 de 123

06/02/2018

PRIMEIRA TURMA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 696.533 SANTA CATARINA

## V O T O

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR):** Preliminarmente, nos termos sinalizados por esta Primeira Turma ao acolher os embargos declaratórios anteriormente interpostos pelo ora recorrente, é de se enfatizar a competência excepcional do Supremo Tribunal Federal para julgamento do recurso especial interposto contra o acórdão condenatório proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4<sup>a</sup> Região. É que, após a interposição do recurso especial, o recorrente foi diplomado no cargo de Deputado Federal, o que atrai a jurisdição desta Suprema Corte, competente para julgamento das ações penais contra os membros do Congresso Nacional, nos termos do art. 102, I, b, da Constituição Federal.

Nesse sentido, destaca-se o julgamento da Questão de Ordem no Inquérito 1.070/TO, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, em que esta Corte entendeu que compete ao Supremo Tribunal Federal julgar o recurso especial quando há a superveniente diplomação do recorrente no cargo de Deputado Federal. Por oportuno, transcrevo a ementa deste julgado:

*"EMENTA: I. STF: competência originária para o processo penal contra membros do Congresso Nacional firmada com a diplomação, ocorrida no caso quando pendia de decisão do Superior Tribunal de Justiça recurso especial contra a rejeição de denúncia pelo Tribunal local: consequente transferência para o STF da competência para julgar o recurso especial, anulado - mediante habeas corpus de ofício - o acórdão do STJ que o provera, após a investidura parlamentar do acusado. II. Imunidade parlamentar formal e foro por prerrogativa de função: o afastamento do Deputado ou Senador do exercício do mandato, para investir-se nos cargos permitidos pela Constituição (art. 56, I) suspende-lhes a imunidade formal (cf. Inq. 104, 26.08.81, RTJ 99/477, que cancelou a Súmula 4), mas não o foro*

**RE 696533 / SC**

*por prerrogativa de função (Inq. 780, 02.09.93, RTJ 153/503)." (Inq 1.070-QO/TO, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, Pleno, DJ de 11/10/2001).*

Cabe salientar, por outro lado, que os supracitados embargos declaratórios foram acolhidos apenas parcialmente por esta Primeira Turma, para o estrito fim de que fosse renovado, em ambiente presencial, apenas o julgamento do recurso especial, sem qualquer repercussão, portanto, sobre o recurso extraordinário, o qual, desse modo, após a decisão monocrática de negativa de seguimento e a decisão colegiada de desprovimento do agravo regimental, transitou em julgado.

Assentada a competência desta Corte e delimitado o âmbito remanescente de discussão, passo à análise do recurso especial.

**DA ALEGAÇÃO PREJUDICIAL DE MÉRITO CONCERNENTE À PRESCRIÇÃO SUPERVENIENTE DA PRETENSÃO PUNITIVA:**

Em petição protocolada na data de ontem, requereu a defesa do recorrente, com relação a ambos os crimes objeto de condenação, com fundamento no art. 109, IV, c/c art. 110 do CP, fosse reconhecida a prescrição superveniente da prescrição punitiva do réu, sob a alegação de que, no último dia 17/12/2017, completara-se o interregno de 08 (oito) anos desde a publicação do acórdão condenatório, marco interruptivo previsto no art. 117, IV, do mesmo Diploma Normativo. Para tanto, argumenta-se que a aludida hipótese de interrupção do prazo prescricional deve ser interpretada como se correspondesse à data em que realizada a sessão de julgamento que resultou no acórdão e não como se correspondesse à data em que publicado o acórdão na imprensa oficial, o que, no presente caso, ocorreu na data de 18/02/2010.

Ocorre que, antes de tomar conhecimento da alegação defensiva, esse Relator, nos termos de voto que se tencionava proferir na sessão de hoje, logrou realizar análise integral do mérito da pretensão acusatória,

**RE 696533 / SC**

concluindo pela atipicidade de ambas as condutas imputadas, o que, caso acolhido majoritariamente pelos demais integrantes dessa Egrégia Turma, resultaria no provimento do presente recurso especial para fins de absolvição do recorrente.

Nesse contexto, é de se dizer que, de acordo com interpretação analógica dos artigos 282, §2º, e 488 do CPC, é imanente ao sistema processual pátrio a concepção de que não se reconhece nulidade ou se profere decisão preliminar ou prejudicial de mérito quando for possível julgar o mérito em favor de quem aproveitaria a nulidade ou a decisão preliminar ou prejudicial.

Não se desconhece que, na seara processual penal, a sentença que extingue a punibilidade do réu é terminativa, prejudicando o julgamento do mérito da pretensão punitiva. Ocorre que há muito se encontra consolidado o entendimento jurisprudencial quanto à legitimidade do réu para, por exemplo, recorrer de sentença absolutória quando houver a possibilidade de modificação do dispositivo para outro que lhe seja mais favorável, sobretudo quando concernente à declaração da prova da inexistência do fato ou da sua atipicidade penal.

Nesse cenário, não há dúvidas de que eventual sentença absolutória de mérito pelo reconhecimento da atipicidade da conduta é mais favorável ao réu em comparação à eventual sentença extintiva da punibilidade pela prescrição, mormente em consideração ao interesse do acusado de ver declarada materialmente sua inocência em relação às imputações que lhe foram dirigidas.

Diante de tal quadro, sem adentrar, nesse momento, no exame quanto ao cabimento da alegação prejudicial de mérito formulada pela defesa, o que se propõe a essa Egrégia Turma é, em consideração às peculiaridades do caso (alegação de tese prescricional que, além de ter sido deduzida na véspera da sessão de julgamento, é objeto de

**RE 696533 / SC**

controvérsia jurisprudencial), conferir preferência à análise do mérito da pretensão punitiva, ou seja, das alegações de atipicidade da conduta deduzidas pela defesa no recurso especial. Caso, então, eventualmente, não se verifique o acolhimento da tese absolutória principal (que é mais favorável ao réu), proceder-se-á ao conhecimento e julgamento da alegação superveniente de prescrição, a qual, de qualquer modo poderia ser conhecida de ofício e a qualquer tempo, mesmo após eventual confirmação do decreto condenatório.

**DA ALEGAÇÃO DE INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL:**

Quanto à alegada incompetência da Justiça Federal, não assiste razão ao recorrente.

Com efeito, o art. 109, IV, da Constituição Federal dispõe que é da competência da Justiça Federal processar e julgar “*as infrações penais praticadas em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas.*”

Consoante destaquei na decisão em que neguei seguimento ao recurso extraordinário, este Supremo Tribunal Federal firmou jurisprudência no sentido de que compete à Justiça Federal o julgamento de crimes relativos a desvio de verba federal destinada à realização de serviços de competência privativa da União ou de competência comum da União e do ente beneficiário, bem como a desvio de verba submetida à fiscalização por órgão federal.

Em casos semelhantes, esta Corte entendeu presente interesse da União, reconhecendo, por consequência, a competência da Justiça Federal. Nesse sentido, cito os seguintes julgados de casos análogos, envolvendo fraude em licitação e desvio de verbas federais:

*“DIREITO PROCESSUAL PENAL. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL.*

# Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 26 de 123

RE 696533 / SC

*FRAUDE EM LICITAÇÃO E DESVIO DE VERBAS FEDERAIS. IMPROVIMENTO. 1. O recurso extraordinário se fundamenta no art. 102, III, a, da Constituição Federal, sob o argumento de que o acórdão recorrido teria violado o disposto no art. 109, IV, do texto constitucional, relativo à competência da justiça federal. 2. Esta Corte já teve oportunidade de apreciar matéria semelhante, relacionada à possível fraude à licitação envolvendo verbas federais, sujeitas à fiscalização pelo Tribunal de Contas da União. Tratava-se de possível fraude em licitações com desvio de verbas provenientes do FUNDEF, do FNDE e do FPM, em que se reconheceu interesse da União a ser preservado, evidenciando a competência da Justiça Federal para processar e julgar os crimes contra esse interesse (HC nº 80.867/PI, de minha relatoria, 1ª Turma, DJ 12.04.2002). 3. Concluo no sentido da correção do julgado da Corte local, ao confirmar decisão declinatória em favor da justiça federal. No caso, havendo concurso de crimes, a competência da justiça federal também alcançará os fatos supostamente criminosos que foram praticados em conexão com aqueles de competência da justiça federal. 4. Recurso extraordinário conhecido e improvido." (RE 464.621/RN, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJe 21/11/2008).*

*"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL E PROCESSUAL PENAL. DESVIO OU APROPRIAÇÃO DE VERBA PÚBLICA. PRESTAÇÃO DE CONTAS A ÓRGÃO FEDERAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL . PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO." (RE 605.609-AgR, Primeira Turma, Relatora a Ministra Cármem Lúcia, DJe de 1º/02/2011 - grifei).*

*"HABEAS CORPUS. DENÚNCIAS POR UTILIZAÇÃO INDEVIDA DE RECURSOS PROVENIENTES DE CONVÊNIO FIRMADO ENTRE MUNICÍPIO E A UNIÃO (art. 1.º, inc. II, do DL 201/67). ALEGAÇÃO DE INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL E DE BIS IN IDEM, UMA VEZ QUE O MESMO FATO OBJETO DA AÇÃO PENAL JÁ TERIA SIDO APRECIADO*

# Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 27 de 123

RE 696533 / SC

## PELA JUSTIÇA ESTADUAL.

*Hipótese em que a execução do convênio foi submetida à fiscalização do Ministério da Ação Social e do Tribunal de Contas da União, circunstância suficiente para demonstrar o interesse da União no bom e regular emprego dos recursos objeto do repasse e, conseqüentemente, o acerto da aplicação, ao caso, da norma constitucional de competência sob enfoque (art. 109, IV, da CF).*

*Inexistência de comprovação de que a alegação de bis in idem tenha sido suscitada perante o Superior Tribunal de Justiça, que sobre ela não se manifestou.*

*Habeas corpus conhecido em parte e nessa parte indeferido.”*  
(HC 81.994, Primeira Turma, Relator o Ministro Ilmar Galvão, DJ de 27/09/2012 - grifei).

Não se desconhece que o ora recorrente alega a existência de dissídio entre o acórdão recorrido e acórdãos paradigma, alegando que estes últimos, provenientes do STJ (CC 25138/MS e AgReg no REsp 307098/CE), abrigariam entendimento de que a competência federal não remanesceria quando a verba, apesar de oriunda da União, tiver sido integralmente apropriada pelo ente estadual ou municipal.

Ocorre, inicialmente, que a jurisprudência do STF encontra-se consolidada no sentido de que o simples fato de a verba repassada ser proveniente de recursos federais e fiscalizada pela União é suficiente para afirmar a existência de interesse daquela última e a consequente competência da Justiça Federal para apreciar o feito. Nesse sentido:

*“EMENTA: HABEAS CORPUS. DESVIO DE VERBAS DO SISTEMA ÚNICO DE SAÚDE --- SUS. INTERESSE DA UNIÃO. ARTIGO 109, IV DA CONSTITUIÇÃO DO BRASIL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. SECRETÁRIO DE ESTADO. PRERROGATIVA DE FORO. ATRIBUIÇÃO DA PROCURADORIA REGIONAL DA REPÚBLICA. Procedimentos administrativos criminais --- PACs --- instaurados para apurar supostos desvios de verbas do Sistema Único de Saúde --- SUS. Verbas*

# Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 28 de 123

RE 696533 / SC

*federais sujeitas à fiscalização do Tribunal de Contas da União. Nítido interesse da União, a teor do artigo 109, IV da Constituição do Brasil. Envolvimento do Secretário de Saúde do Estado do Piauí, a atrair a competência do Tribunal Regional Federal da Primeira Região, bem assim a atribuição da Procuradoria Regional da República. Ordem denegada.” (RHC 98564, Relator(a): Min. EROS GRAU, Segunda Turma, julgado em 15/09/2009, DJe-208 DIVULG 05-11-2009 PUBLIC 06-11-2009 EMENT VOL-02381-04 PP-00976).*

*“EMENTA: HABEAS CORPUS. DENÚNCIAS POR UTILIZAÇÃO INDEVIDA DE RECURSOS PROVENIENTES DE CONVÊNIO FIRMADO ENTRE MUNICÍPIO E A UNIÃO (art. 1, inc. II, do DL 201/67). ALEGAÇÃO DE INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL E DE BIS IN IDEM, UMA VEZ QUE O MESMO FATO OBJETO DA AÇÃO PENAL JÁ TERIA SIDO APRECIADO PELA JUSTIÇA ESTADUAL. Hipótese em que a execução do convênio foi submetida à fiscalização do Ministério da Ação Social e do Tribunal de Contas da União, circunstância suficiente para demonstrar o interesse da União no bom e regular emprego dos recursos objeto do repasse e, consequentemente, o acerto da aplicação, ao caso, da norma constitucional de competência sob enfoque (art. 109, IV, da CF). Omissis. Habeas corpus conhecido em parte e nessa parte indeferido.” (HC 81994, Relator(a): Min. ILMAR GALVÃO, Primeira Turma, julgado em 06/08/2002, DJ 27-09-2002 PP-00115 EMENT VOL-02084-02 PP-00246).*

*“EMENTA: “Habeas Corpus”. Crime previsto no art. 2º, I do Decreto-lei nº 201/67. Prefeito municipal. Fraude em licitações. Desvio de verbas provenientes do FUNDEF, do FNDE e do FPM. Art. 71, VI da CF. Sujeição de quaisquer recursos repassados pela União a Estados, Distrito Federal e Municípios à fiscalização pelo Congresso Nacional, por intermédio do Tribunal de Contas da União. Presença de interesse da União a ser preservado, evidenciando a Competência da Justiça Federal para processar e julgar os crimes contra esse interesse (art. 109, IV da CF). Havendo concurso de infrações, essa competência também alcança os outros crimes.*

# Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 29 de 123

RE 696533 / SC

*Precedentes citados: HHCC nºs 68.399, 74.788 e 78.728. Habeas corpus deferido parcialmente.” (HC 80867, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, Primeira Turma, julgado em 18/12/2001, DJ 12-04-2002 PP-00053 EMENT VOL-02064-03 PP-00531).*

No mesmo sentido, cito, ainda, o julgamento realizado pelo **Pleno** desta Corte na ACO 1.109/SP, Rel. Min. Ellen Gracie, Red. p/ acórdão, Min. Luiz Fux, DJe de 7/3/2012, *verbis* :

*“Ementa: CONFLITO NEGATIVO DE ATRIBUIÇÕES. CARACTERIZAÇÃO. AUSÊNCIA DE DECISÕES DO PODER JUDICIÁRIO. COMPETÊNCIA DO STF. ART. 102, I, f, CF. FUNDEF. COMPOSIÇÃO. ATRIBUIÇÃO EM RAZÃO DA MATÉRIA. ART. 109, I E IV, CF. 1. Conflito negativo de atribuições entre órgãos de atuação do Ministério Público Federal e do Ministério Público Estadual a respeito dos fatos constantes de procedimento administrativo. 2. O art. 102, I, f, da Constituição da República recomenda que o presente conflito de atribuição entre os membros do Ministério Público Federal e do Estado de São Paulo subsuma-se à competência do Supremo Tribunal Federal . 3. A sistemática de formação do FUNDEF impõe, para a definição de atribuições entre o Ministério Público Federal e o Ministério Público Estadual, adequada delimitação da natureza cível ou criminal da matéria envolvida 4. A competência penal, uma vez presente o interesse da União, justifica a competência da Justiça Federal (art. 109, IV, CF/88) não se restringindo ao aspecto econômico, podendo justificá-la questões de ordem moral . In casu, assume peculiar relevância o papel da União na manutenção e na fiscalização dos recursos do FUNDEF, por isso o seu interesse moral (político-social) em assegurar sua adequada destinação, o que atrai a competência da Justiça Federal, em caráter excepcional, para julgar os crimes praticados em detrimento dessas verbas e a atribuição do Ministério Público Federal para investigar os fatos e propor eventual ação penal. 5. A competência da Justiça Federal na esfera cível somente se verifica quando a União tiver legítimo interesse para atuar como autora, ré, assistente ou oponente, conforme disposto no art. 109, inciso I, da Constituição. A princípio, a*

# Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 30 de 123

RE 696533 / SC

*União não teria legítimo interesse processual, pois, além de não lhe pertencerem os recursos desviados (diante da ausência de repasse de recursos federais a título de complementação), tampouco o ato de improbidade seria imputável a agente público federal. 6. Conflito de atribuições conhecido, com declaração de atribuição ao órgão de atuação do Ministério Público Federal para averiguar eventual ocorrência de ilícito penal e a atribuição do Ministério Público do Estado de São Paulo para apurar hipótese de improbidade administrativa, sem prejuízo de posterior deslocamento de competência à Justiça Federal, caso haja intervenção da União ou diante do reconhecimento ulterior de lesão ao patrimônio nacional nessa última hipótese."*

*In casu, a Corte Regional assentou a competência da Justiça Federal para processar e julgar o feito, tendo em vista que os crimes de dispensa irregular de licitação e de fraude à licitação (arts. 89 e 90 da Lei 8.666/93, respectivamente) foram praticados, em tese, em detrimento de verba pública federal. Isso porque a origem da verba utilizada pelo Município de Pinhalzinho para a aquisição da retroescavadeira em procedimento licitatório fraudulento foi o "Contrato de Repasse nº 82232-87/92, celebrado entre o Município de Pinhalzinho por meio do Fundo de Desenvolvimento Agropecuário (FUNDAPI) e o Ministério da Agricultura via recursos da Caixa Econômica Federal." Transcrevo o seguinte trecho do acórdão ora impugnado:*

*"(...)*

*De início, registro que a competência da Justiça Federal para processar e julgar o feito reside no fato de que a aquisição da retroescavadeira nova por parte da municipalidade teve como justificativa o Contrato de Repasse nº 82232-87/92, celebrado entre o Município de Pinhalzinho por meio do Fundo de Desenvolvimento Agropecuário (FUNDAPI) e o Ministério da Agricultura via recursos da Caixa Econômica Federal (fl. 07 do IP) -, exsurgindo daí a hipótese de infração penal praticada em detrimento de bens, serviços ou interesses da União ou suas entidades autárquicas ou empresas*

RE 696533 / SC

*públicas, tal como preconiza o art. 109, inciso IV, da CF/88. (...)."*

Acrescente-se, ainda, que, ao contrário do que alega o ora recorrente, a verba federal repassada ao Município não se incorporou definitivamente ao patrimônio da municipalidade, tendo em vista que o Contrato de Repasse não conferiu autonomia ao ente municipal para administrá-la de forma discricionária; mas, ao contrário, previu, expressamente, a necessidade de prestação de contas à União , verbis :

"(...)

#### CLÁUSULA DÉCIMA PRIMEIRA DA PRESTAÇÃO DE CONTAS

11.1. - *A prestação de Contas Final referente ao total dos recursos de que trata a Cláusula Quarta deverá ser apresentada à CONTRATANTE até 60 (sessenta) dias após a data de liberação da última parcela transferida.*

11.1. As faturas, recibos, notas fiscais e quaisquer outros documentos comprobatórios de despesas serão emitidos em nome do CONTRATADO, devidamente identificados com o número do Contrato de Repasse, e mantidos em arquivo, em boa ordem, no próprio local em que forem contabilizados, à disposição dos órgãos de controle interno e externo, pelo prazo de 05 (cinco) anos, contados da aprovação da prestação ou tomadas de contas, da CONTRATANTE, relativa ao exercício da concessão.

11.1.1 *A CONTRATANTE poderá solicitar o encaminhamento de cópias dos comprovantes de despesas, ou de outros documentos, a qualquer momento, sempre que julgar conveniente.*

11.2 *Constatada a irregularidade ou inadimplência na apresentação do Relatório a que se refere o caput desta Cláusula, o CONTRATADO será notificado para que, no prazo de 30 (trinta) dias, a contar do recebimento da notificação, adote as providências para sanar a irregularidade ou cumprir a obrigação.*

11.2.1 *Decorrido o prazo sem que a irregularidade tenha sido sanada ou cumprida a obrigação, a CONTRATANTE comunicará o fato, de imediato, ao respectivo órgão responsável pelo controle interno, providenciando junto ao órgão de contabilidade analítica a*

**RE 696533 / SC**

*instauração de Tomada de Contas Especial."*

Sobre esse último ponto, impende destacar que sequer se mostra possível, dadas as limitações de cognição que são inerentes ao recurso especial, questionar a constatação probatória exarada no acórdão condenatório no sentido de que a verba federal não fora objeto de apropriação pelo ente municipal. Não se pode olvidar, com efeito, que os recursos especial e extraordinário, como é cediço, não se prestam à reavaliação probatória.

Conclui-se, nesse contexto, que, no caso *sub examine*, a competência para conhecer e julgar o feito é da Justiça Federal.

**- DA ALEGAÇÃO DE INÉPCIA DA DENÚNCIA:**

No tocante às alegações de violação ao art. 41 do CPP e de dissídio jurisprudencial relacionado àquele dispositivo, observa-se que o Plenário desta Corte decidiu que *"é apta a denúncia que bem individualiza a conduta do réu, expondo de forma pormenorizada o fato criminoso, preenchendo, assim, os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal. Basta que, da leitura da peça acusatória, possam-se vislumbrar todos os elementos indispensáveis à existência de crime em tese, com autoria definida, de modo a permitir o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa"* (AP 396, Pleno, Relatora a Ministra Cármén Lúcia, DJ de 28.04.11). No mesmo sentido, os seguintes julgados: HC 109.942, Primeira Turma, Relatora a Ministra Cármén Lúcia, DJe de 1º.08.12; HC 108.645, Primeira Turma, Relatora a Ministra Cármén Lúcia, DJe de 1º.02.12; HC 103.104, Primeira Turma, Relator o Ministro Marco Aurélio, DJe de 14.02.12; RHC 101358, Segunda Turma, Relatora a Ministra Ellen Gracie, DJ de 10.09.10, entre outros.

No caso *sub examine*, a denúncia descreve de forma minuciosa e individualizada as condutas praticadas pelo paciente, destacando, inclusive, ser ele *"(...)o principal responsável pela fraude na licitação, como Prefeito Municipal em exercício de Pinhalzinho, eis que autorizou e chancelou"*

RE 696533 / SC

*todo o processo licitatório."*

Logo, não se justifica o reconhecimento da nulidade aventada.

**- DA ALEGAÇÃO DE NULIDADE EM RAZÃO DA RENÚNCIA AO CARGO QUE JUSTIFICARA A COMPETÊNCIA ESPECIAL POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO:**

O ora recorrente ainda alega violação aos artigos 471, I, do CPP e 3º e 84 do CPP por ocasião do julgamento dos terceiros embargos de declaração que interpusera em face do acórdão condenatório, em razão de que, à época da sessão, o recorrente já havia renunciado do cargo de prefeito e não mais ostentava, assim, prerrogativa de foro para ser julgado pela Corte Regional.

Não se verifica no caso, contudo, qualquer nulidade. Como o julgamento já havia sido iniciado e proferido o acórdão condenatório pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, os embargos de declaração opostos devem ser apreciados pela própria Corte Regional, que foi órgão prolator dos acórdão embargados.

Ademais, a nulidade no direito penal exige a demonstração do efetivo prejuízo para a defesa, consoante dispõe o artigo 563 do Código de Processo Penal, o que importa dizer que a desobediência às formalidades estabelecidas na legislação processual somente poderá implicar o reconhecimento da invalidade do ato quando a sua finalidade estiver comprometida em virtude do vício verificado. Nesse sentido, cito os seguintes precedentes:

*"Ementa: PENAL E PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. RECURSO ORDINÁRIO. CRIME DE TRÁFICO INTERNACIONAL DE PESSOA PARA FIM DE EXPLORAÇÃO SEXUAL COMINADO COM CRIME DE QUADRILHA OU BANDO. CP, ARTS. 231, § 1º, E 288. INTIMAÇÃO PESSOAL DO*

RE 696533 / SC

DEFENSOR PÚBLICO ACERCA DA EXPEDIÇÃO DE CARTA PRECATÓRIA PARA OITIVA DE TESTEMUNHA DE ACUSAÇÃO REALIZADA. NÃO COMPARECIMENTO DO DEFENSOR PÚBLICO. NOMEAÇÃO DE DEFENSOR DATIVO. NULIDADE RELATIVA. PREJUÍZO NÃO DEMONSTRADO. ORDEM DENEGADA. 1. *Preliminarmente, o habeas corpus não é substitutivo de recurso ordinário. A utilização promíscua do remédio heróico deve ser combatida, sob pena de banalização da garantia constitucional, tanto mais quando não há teratologia a eliminar, como no caso em exame.* 2. *A intimação do advogado para a inquirição de testemunhas no juízo deprecado é desnecessária quando realizada a intimação da expedição da carta precatória. Cabe ao impetrante acompanhar toda a tramitação da precatória perante o juízo deprecado, a fim de tomar conhecimento da data designada para a diligência.* (Precedentes: HC 89186, Rel. Ministro EROS GRAU, SEGUNDA TURMA, DJ 06/11/2006; HC 84098/MA, Rel. Ministro ELLEN GRACIE, SEGUNDA TURMA, DJ 20/04/2004). 3. *É cediço na Corte que:* EMENTA: HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. INQUIRIÇÃO DE TESTEMUNHAS NO JUÍZO DEPRECADO. INTIMAÇÃO. PRESCINDIBILIDADE. INTIMAÇÃO DA EXPEDIÇÃO DA CARTA PRECATÓRIA. INCERTEZA. NULIDADE ARGÜIDA HÁ MAIS DE DEZ ANOS DO TRÂNSITO EM JULGADO DA SENTENÇA CONDENATÓRIA. PRECLUSÃO. *A intimação do advogado para a inquirição de testemunhas no juízo deprecado é desnecessária; imprescindível apenas a intimação da expedição da carta precatória. No caso, havendo incerteza quanto à intimação da expedição da carta precatória, afigura-se correta a aplicação, pelo Tribunal a quo, da Súmula 155/STF, que proclama ser relativa a nulidade do processo criminal por falta de intimação da Carta Precatória para a inquirição de testemunha. A defesa do paciente silenciou sobre o tema nas alegações finais e no recurso de apelação, suscitando a nulidade após dez anos do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, quando já flagrantemente acobertada pela preclusão. Ordem denegada.* (HC 89186, Rel. Ministro EROS GRAU, SEGUNDA TURMA, DJ 06/11/2006). 4. *A instância a quo assentou que a Defensoria Pública*

RE 696533 / SC

*foi pessoalmente intimada da expedição da carta precatória para a inquirição da testemunha, e que, tendo em vista o não comparecimento do Defensor Público naquele ato, procedeu o Juízo Singular à nomeação de defensor ad hoc, justamente para garantir a defesa dos interesses do acusado.* 5. A doutrina do tema assenta, *verbis: Intimada a defesa da expedição de precatória, desnecessária nova intimação da data designada para a realização da audiência no juízo deprecado* (nesse sentido: Súmula 273 do STJ). Essa providência não é tida por lei como essencial ao exercício da defesa, por considerar que, primordialmente, cabe ao defensor inteirar-se naquele juízo sobre a data escolhida para a realização da prova. (in Jesus, Damásio E. - Código de Processo Anotado, 23ª edição atualizada, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 195). 6. No caso, tendo sido realizada a intimação da expedição da carta precatória e a nomeação de defensor ad hoc para a realização do ato, afigura-se correta a aplicação, pelo Tribunal a quo, da Súmula nº 155 do Supremo Tribunal Federal, que proclama, *verbis: É relativa a nulidade do processo criminal por falta de intimação da expedição de precatória para inquirição de testemunha.* 7. É cediço na Corte que: a) no processo penal vigora o princípio geral de que somente se proclama a nulidade de um ato processual quando há a efetiva demonstração de prejuízo, nos termos do que dispõe o art. 563 CPP, *verbis: Nenhum ato será declarado nulo, se da nulidade não resultar prejuízo para a acusação ou para a defesa;* b) nesse mesmo sentido é o conteúdo do Enunciado da Súmula nº 523 do Supremo Tribunal Federal: *No processo penal, a falta de defesa constitui nulidade absoluta, mas a sua deficiência só o anulará se houver prova de prejuízo para o réu.* 8. A doutrina assenta, *verbis: Constitui seguramente a viga mestra do sistema das nulidades e decorre da idéia geral de que as formas processuais representam tão-somente um instrumento para correta aplicação do direito; sendo assim, a desobediência às formalidades estabelecidas pelo legislador só deve conduzir ao reconhecimento da invalidade do ato quando a própria finalidade pela qual a forma foi instituída estiver comprometida pelo vício* (in Grinover, Ada Pellegrini - *As nulidades no processo penal*, Revista dos Tribunais, 7ª EDIÇÃO, 2001, p. 28). 9. É que o processo penal pôtrio, no que tange à análise das nulidades, adota o Sistema da

# Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 36 de 123

RE 696533 / SC

*Instrumentalidade das Formas, em que o ato é válido se atingiu seu objetivo, ainda que realizado sem obediência à forma legal. Tal sistema de apreciação das nulidades está explicitado no item XVII da Exposição de Motivos do Código de Processo Penal, segundo o qual não será declarada a nulidade de nenhum ato processual, quando este não haja influído concretamente na decisão da causa ou na apuração da verdade substancial. Somente em casos excepcionais é declarada insanável a nulidade. 10. Outrossim, é cediço na Corte que: (...) O princípio do *pas de nullité sans grief* corolário da natureza instrumental do processo exige, sempre que possível, a demonstração de prejuízo concreto à parte que suscita o vício, ainda que a sanção prevista seja a de nulidade absoluta do ato ( HC 93868/PE, Rel. Ministra CARMEN LÚCIA, PRIMEIRA TURMA, DJe 16/12/2010). À guisa de exemplo, demais precedentes: HC 98403/AC, Rel. Ministro AYRES BRITTO, SEGUNDA, DJe 07/10/2010; HC 94.817, Rel. Ministro GILMAR MENDES, SEGUNDA TURMA, DJe 02/09/2010; HC 98403/AC, Rel. Ministro AYRES BRITTO, SEGUNDA TURMA, DJe 07/10/2010; HC 94.817, Rel. Ministro GILMAR MENDES, SEGUNDA TURMA, DJe 02/09/2010. 11. In casu, colhe-se que não houve a efetiva demonstração de prejuízo para a defesa. A impetrante se limita a defender que (...) não há como provar como seria a audiência se um defensor com verdadeiro conhecimento do processo tivesse participado da audiência. O prejuízo é óbvio. Não meramente presumido, mas certo, muito embora indemonstrável. 12. Parecer do parquet pela denegação da ordem. Ordem denegada." (HC 104.767, Primeira Turma, Rel. Ministro Luiz Fux, DJe de 17/08/2011).*

*"Ementa: HABEAS CORPUS. ALEGAÇÃO DE NULIDADE. INTERROGATÓRIO REALIZADO NO MESMO DIA DA CITAÇÃO. AUSÊNCIA DE DEMONSTRAÇÃO DE PREJUÍZO À DEFESA. PRECEDENTES. RÉU QUE FOI ASSISTIDO DURANTE TODA A INSTRUÇÃO CRIMINAL, APRESENTANDO DEFESA PRÉVIA, PEDIDO DE DILIGÊNCIAS COMPLEMENTARES E ALEGAÇÕES FINAIS. ORDEM DENEGADA. 1. À luz da norma inscrita no art. 563 do*

# Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 37 de 123

RE 696533 / SC

*CPP e da Súmula 523/STF, a jurisprudência desta Corte firmou o entendimento de que, para o reconhecimento de nulidade dos atos processuais, relativa ou absoluta, exige-se a demonstração do efetivo prejuízo causado à parte (pas de nullité sans grief). Precedentes. 2. A sentença condenatória revela que o paciente apresentou defesa prévia, solicitou diligências complementares e apresentou alegações finais. Esses fatos demonstram que foi assistido, não só no interrogatório, mas durante toda a ação penal, quando teve a oportunidade de utilizar-se de todos os meios de defesa previstos em nossa legislação processual penal, em atendimento aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa. 3. Ordem denegada.” (HC 104.648, Segunda Turma, Relator o Ministro Teori Zavascki, DJe de 26/11/2013 - grifei)*

*“EMENTA: RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. CONSTITUCIONAL. PENAL. ALEGAÇÃO DE NULIDADE NA TRAMITAÇÃO DA AÇÃO PENAL. INEXISTÊNCIA DE PREJUÍZO. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DE PROVAS. RECURSO DESPROVIDO. 1. Inexistência de nulidade. Presença do advogado do Recorrente na audiência para oitiva deste e de testemunha da acusação, designada em razão da carta juntada pelo corréu Leandro Lucas. 2. A confissão do Recorrente na carta que teria escrito mediante coação, apresentada pelo corréu Leandro Lucas, não foi levada em consideração para a condenação por destoar do conjunto probatório dos autos. 3. O princípio do pas de nullité sans grief exige, sempre que possível, a demonstração de prejuízo concreto pela parte que suscita o vício. Precedentes. Prejuízo não demonstrado pela defesa. 4. Impossibilidade de reexame de fatos e provas em recurso ordinário em habeas corpus. 5. Recurso ao qual se nega provimento.” (RHC 117.674, Segunda Turma, Relatora a Ministra Cármem Lúcia, DJe de 07/10/2013).*

*“Ementa: HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO. INVERSÃO DA ORDEM DE INQUIRIÇÃO DAS TESTEMUNHAS. ARTIGO 212 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. ARGUIÇÃO DE NULIDADE.*

# Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 38 de 123

RE 696533 / SC

*PREJUÍZO. DEMONSTRAÇÃO. AUSÊNCIA. ORDEM DENEGADA. I Não é de se acolher a alegação de nulidade em razão da não observância do procedimento de formulação de perguntas às testemunhas, estabelecida pelo art. 212 do CPP, com redação conferida pela Lei 11.690/2008. Isso porque a defesa não se desincumbiu do ônus de demonstrar o prejuízo decorrente da inversão da ordem de inquirição das testemunhas. II Esta Corte vem assentando que a demonstração de prejuízo, a teor do art. 563 do CPP, é essencial à alegação de nulidade, seja ela relativa ou absoluta, eis que o âmbito normativo do dogma fundamental da disciplina das nulidades passa de nullité sans grief compreende as nulidades absolutas (HC 85.155/SP, Rel. Min. Ellen Gracie). Precedentes. III O acórdão ora questionado está em perfeita consonância com decisões de ambas as Turmas desta Corte no sentido de que a inobservância do procedimento previsto no art. 212 do CPP pode gerar, quando muito, nulidade relativa, cujo reconhecimento não prescinde da demonstração do prejuízo para a parte que a suscita. IV Ordem denegada." (HC 117.102, Segunda Turma, Relator o Ministro Ricardo Lewandowski, DJe de 13/08/2013).*

*"Ementa: PENAL E PROCESSUAL PENAL. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS. QUADRILHA OU BANDO (ART. 288 DO CP). AUDIÊNCIA DE OITIVA DE TESTEMUNHAS REALIZADA NO JUÍZO DEPRECADO. PACIENTE SOB CUSTÓDIA. AUSÊNCIA DE REQUISIÇÃO. ALEGAÇÃO DE NULIDADE ABSOLUTA. IMPROCEDÊNCIA. RECURSO ORDINÁRIO EM HABEAS CORPUS A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. A declaração de nulidade no direito penal não prescinde da demonstração do efetivo prejuízo para a defesa, consoante dispõe o artigo 563 do Código de Processo Penal, o que importa dizer que a desobediência às formalidades estabelecidas na legislação processual somente poderá implicar o reconhecimento da invalidade do ato quando a sua finalidade estiver comprometida em virtude do vício verificado. Precedentes: HC 68.436, Primeira Turma, Relator o Ministro Celso de Mello, DJ de 27.03.92; HC 95.654, Segunda Turma, Relator o Ministro Gilmar Mendes, DJe de 15.10.10;*

**RE 696533 / SC**

*HC 84.442, Primeira Turma, Relator o Ministro Carlos Britto, DJe de 25.02.05; HC 75.225, Primeira Turma, Relator o Ministro Sepúlveda Pertence, DJ de 19.12.97; RHC 110.056, Primeira Turma, Relator o Ministro Luiz Fux, DJ de 09.05.12. 2. A ausência do acusado na audiência de instrução não constitui vício insanável apto a ensejar a nulidade absoluta do processo, posto tratar-se de nulidade relativa, exigindo-se, para o seu reconhecimento, a demonstração de prejuízo à defesa. 3. In casu, o paciente encontra-se sob custódia e o Juízo deprecante deixou de requisitá-lo para participar de audiência de oitiva de testemunhas no Juízo deprecado, em razão de dificuldades enfrentadas pelo Estado de São Paulo em promover o transporte e a devida escolta de presos, assegurando, todavia, a presença de seu defensor no ato. 4. O defensor do paciente compareceu ao ato processual, tendo, inclusive, formulado reperguntas, comprovando a inexistência de prejuízo para a defesa (pas de nullités sans grief). 5. A possibilidade de o réu não comparecer à audiência é uma expressão do direito constitucional ao silêncio (art. 5º, LXIII, da CF/88), pois nemo tenetur se deterege. 6. Recurso ordinário em habeas corpus a que se nega provimento." (RHC 109.978, Primeira Turma, de que fui Relator, DJe de 08.08.13).*

**- DA ALEGAÇÃO DE CERCEAMENTO DE DEFESA NO JULGAMENTO DOS EMBARGOS DECLARATÓRIOS:**

Da mesma forma, não merece prosperar a alegação do ora recorrente de violação aos artigos 619 e 620 do CPP. Da análise dos autos, verifica-se que o Tribunal Regional Federal da 4ª Região, no acórdão condenatório proferido e nos dois embargos declaratórios que o seguiram, enfrentou as questões necessárias ao deslinde do caso. Nesse contexto, se não conheceu das alegações deduzidas nos terceiros embargos de declaração opostos e desproveu o agravo regimental interposto em face daquela última decisão, o fez em decorrência do evidente caráter procrastinatório da insurgência, o que não se qualifica como negativa de vigência aos dispositivos legais invocados.

# Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 40 de 123

RE 696533 / SC

## - DA ALEGAÇÃO DE NULIDADE NA DOSIMETRIA DA PENA:

Alegou-se, ademais, dissídio jurisprudencial e violação ao art. 59 do Código Penal, em razão da exasperação da pena do recorrente pelo reconhecimento de circunstâncias judiciais desfavoráveis.

No caso dos autos, a dosimetria da pena imposta ao paciente encontra-se devida e suficientemente motivada, não justificando qualquer correção ou reparo por este Supremo Tribunal Federal.

Não reputo verificada, na espécie, qualquer irregularidade ou excesso, sobretudo à luz da orientação da Corte no sentido de que em relação à análise das circunstâncias judiciais, concluir de forma diversa das instâncias originárias demandaria o reexame dos fatos e provas, o que não pode ser validamente adotado em recurso extraordinário e recurso especial. Incide, portanto, a Súmula 279 do Supremo Tribunal Federal. Nesse sentido:

*"Agravo regimental em recurso extraordinário com agravo. 2. Reanálise de fatos e provas. Impossibilidade. Súmula 279. 3. Circunstâncias judiciais desfavoráveis. Imposição de regime inicial de cumprimento de pena mais gravoso que o previsto no art. 33, § 2º, do Código Penal. 4. Possibilidade. 5. Ausência de argumentos suficientes para infirmar a decisão recorrida. 6. Agravo regimental a que se nega provimento." (ARE 653.681-AgR, Relator o Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe 11.10.2011).*

*"AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. MATÉRIA CRIMINAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DO ART. 59 DO CÓDIGO PENAL. AUSÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA REFLEXA. REEXAME DE FATOS E PROVAS. SÚMULA 279. CONCESSÃO DE HABEAS CORPUS DE OFÍCIO. NÃO CABIMENTO. Ausência de prequestionamento. Questão não*

# Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 41 de 123

RE 696533 / SC

*ventilada no acórdão recorrido e que não foi suscitada em embargos de declaração. Óbice previsto pelos enunciados das Súmulas 282 e 356/STF. O Supremo Tribunal Federal já reconheceu a ausência de repercussão geral da matéria ora debatida, o que inviabiliza o recurso extraordinário por falta de requisito para seu regular processamento. Esta Corte tem o entendimento no sentido de que as questões relativas à individualização da pena configuram ofensa reflexa ao texto constitucional, por demandar exame prévio da legislação infraconstitucional. Inviável o recurso extraordinário quando as alegações de violação a dispositivos constitucionais exigem o reexame de fatos e provas (Súmula 279/STF). Incabível a concessão de habeas corpus de ofício por não haver, nos autos, elementos que autorizem tal medida. Agravo regimental a que se nega provimento." (AI 829.772-AgR, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, Segunda Turma, DJe 17.9.2012 - grifei).*

**"AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. PROCESSUAL PENAL. PENAL. 1. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULAS NS. 282 E 356 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 2. CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS DO ART. 59 DO CÓDIGO PENAL. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. REEXAME DE FATOS E PROVAS. SÚMULA N. 279 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 3. DOSIMETRIA DA PENA. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA CONSTITUCIONAL INDIRETA. 4. ACÓRDÃO SUFICIENTEMENTE FUNDAMENTADO. 5. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO." (ARE 784.966-AgR/PA, Relatora a Ministra Cármem Lúcia, Segunda Turma, DJe 26.3.2014).**

**"EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. DIREITO PENAL. TRÁFICO DE ENTORPECENTES. 1. ANÁLISE DAS CIRCUNSTÂNCIAS JUDICIAIS: ART. 59 DO CÓDIGO PENAL. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA N. 279 DO SUPREMO**

# Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 42 de 123

RE 696533 / SC

TRIBUNAL FEDERAL. 2. DOSIMETRIA DA PENA. MATÉRIA INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA CONSTITUCIONAL INDIRETA. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO." (ARE 776.742-AgR, Relatora a Ministra Cármem Lúcia, Segunda Turma, DJe 11.12.2013 - grifei).

## - DA ALEGAÇÃO DE NULIDADE NO CÁLCULO DA PENA DE MULTA:

De outra banda, a alegação de violação ao art. 99 da Lei 8.666/1993 também carece de fundamento, uma vez que, no presente caso, o Tribunal *a quo* aplicou a pena de multa no patamar mínimo de 2% (dois por cento) do valor do contrato, conforme previsto expressamente no §1º do supracitado dispositivo.

## - DAS ALEGAÇÕES DE ATIPICIDADE DAS CONDUTAS IMPUTADAS:

Por fim, com especial atenção, cumpre examinar as alegações da defesa de que o acórdão condenatório afrontou os artigos 89 e 90 da Lei nº 8.666/93, porquanto atípica, segundo argumentou, no que condiz a ambas as imputações, a conduta efetivamente praticada pelo ora recorrente.

No que condiz ao art. 89 da Lei nº 8.666/93, que criminaliza as condutas de dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade, a defesa, embora reconhecendo a adequação formal da conduta praticada ao tipo penal, alega estar ausente o dolo específico de causar lesão ao erário, aduzindo que, no plano prático, a conduta do ora recorrente não causou, efetivamente, nenhuma lesão.

Já no que tange ao art. 90 da Lei nº 8.666/93, que criminaliza as condutas de frustrar ou fraudar o caráter competitivo da licitação com o intuito de obter vantagem indevida, a defesa afirma estar ausente o dolo específico de alcançar vantagem para si ou para outrem, mormente

**RE 696533 / SC**

porque nem o ora recorrente e nem terceiros teriam logrado obter proveito econômico em razão das condutas praticadas.

Uma vez esclarecidas as alegações defensivas, cumpre, para o fim de melhor aferir a adequação das teses deduzidas, rememorar, em breve síntese, o substrato fático da lide, bem como a interpretação que dele realizou o acórdão condenatório nos planos da adequação formal e material das condutas imputadas.

**Art. 90 da Lei nº 8.666/93:**

De acordo com a denúncia, em suma, no ano de 1999, o Município de Pinhalzinho/SC, por meio de seu então Prefeito em exercício (o ora recorrente JOÃO RODRIGUES), deflagrou procedimento licitatório (tomada de preços) com o objetivo de adquirir uma máquina retroescavadeira nova pelo valor de avaliação de R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais), prevendo que parte desse preço seria adimplido mediante a dação em pagamento da máquina retroescavadeira usada de propriedade do ente municipal, esta última avaliada em R\$ 23.000,00 (vinte e três mil reais).

Considerado esse contexto fático, a conduta de fraudar o procedimento licitatório (art. 90 da Lei nº 8.666/93), consoante a imputação inicial do MPF realizada na denúncia, configurou-se porque:

- foi exíguo o prazo em que realizadas as etapas do certame;
- a retroescavadeira nova acabou sendo adquirida por R\$ 95.200,00 (noventa e cinco mil e duzentos reais), valor bastante superior aos R\$ 60.000,00 (sessenta mil reais) da avaliação originária;
- esse valor de R\$ 95.200,00 (noventa e cinco mil e duzentos reais) foi obtido a partir de proposta apresentada por uma única empresa que se habilitara na licitação, pessoa jurídica esta que teria sido previamente contatada antes da deflagração do certame;
- embora tenha sido previsto que o pagamento seria realizado mediante a entrega da retroescavadeira usada e mais o saldo

# Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 44 de 123

**RE 696533 / SC**

remanescente, verificou-se que, na prática, o Município, além de entregar a máquina antiga em pagamento, efetuou o pagamento integral do valor R\$ 95.200,00 (utilizando-se, em parte, de recursos que haviam sido liberados pelo Ministério da Agricultura), recebendo, porém, de volta, mediante depósito em cheque, o valor de avaliação da máquina usada (R\$ 23.000,00).

Foi exatamente essa a valoração probatória realizada no acórdão condenatório, conforme se depreende da análise do seguinte trecho do voto do Desembargador Federal Relator Tadaaqui Hirose, *in verbis*:

## Artigo 90 da Lei nº 8.666/93

*De acordo com a tese acusatória, todos os acusados teriam fraudado o procedimento licitatório nº 01/99, instaurado para a aquisição de uma nova retroescavadeira por parte do município de Pinhalzinho/SC.*

*Na visão do MPF, a fraude resta evidenciada, primeiramente, no exíguo prazo em que realizadas as etapas do processo licitatório, a saber: a requisição/solicitação de compra e o bloqueio dos recursos financeiros ocorreram indistintamente em 08.02.1999, enquanto que o edital de tomada de preços foi assinado na mesma data de sua publicação em jornal local e no Diário Oficial, ou seja, em 10.02.1999, havendo divergência, ainda, entre a efetiva data da assinatura do edital e as datas constantes nas publicações.*

*De igual modo, o valor estimado da retroescavadeira e o fato de o pagamento do bem ter sido efetivado de forma diversa da prevista no edital comprovariam a existência de fraude na licitação. Isso porque, quando da requisição de compra, foi estimado o valor do bem como sendo de R\$60.000,00; a retroescavadeira, contudo, acabou sendo adquirida por R\$95.200,00, sendo que somente uma empresa, a MOTORMAC, representada por Luiz Fernando de Oliveira Guedes, apresentou proposta. Também, previa o edital que o pagamento deveria ser realizado mediante a entrega de uma retroescavadeira antiga - avaliada no valor mínimo de R\$23.000,00 - mais R\$25.000,00 oriundo do Contrato de Repasse nº 0082232-87/98, da Caixa Econômica Federal, além de saldo a ser suportado pela Prefeitura com*

# Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 45 de 123

RE 696533 / SC

*a entrega do objeto. A negociação, no entanto, ocorreu com o pagamento de R\$95.200,00 por parte da municipalidade mais a entrega da retroescavadeira usada, cujo valor constante da avaliação foi restituído aos cofres municipais pela empresa licitante por meio de depósito em cheque. Porém, a Nota de Compra à fl. 15 do IP refere como forma de pagamento "entrada + 12 parcelas mensais fixas de R\$3.100,00", em descompasso, portanto, com os termos do edital.*

Diante desse quadro e lembrando que, em sede de recurso especial, não cabe renovar a valoração probatória realizada nas instâncias ordinárias, concluiu o Desembargador Federal Relator que, apesar da discrepância entre os valores de avaliação e pagamento da máquina adquirida, não houvera prova efetiva de lesão ao erário em razão das condutas praticadas. Aduziu, ainda, que tampouco foram produzidas provas concretas de que, em razão das mesmas condutas, o Prefeito Municipal ou terceira pessoa obtiveram proveito econômico direto. Contudo, ainda assim, reconheceu a adequação das condutas ao tipo do art. 90 da Lei nº 8.666/93, argumentando que houvera lesão à moralidade administrativa e que a vantagem auferida pelo empresário contratante, embora não possuísse repercussão econômica direta, fora concreta, mormente em razão da violação à natureza competitiva da licitação, in verbis :

*“(...) Em efetivo, diferentemente do que sustenta a defesa, o procedimento licitatório empreendido pela Administração Municipal de Pinhalzinho/SC não seguiu todos os trâmites e princípios norteadores dos certames públicos. Mais do que isso: a instauração e a conclusão de procedimento licitatório repleto de irregularidades - pois que realizado com incomum expediência para a compra de bem não emergencial -, no exato período de substituição do prefeito titular e com a participação de uma única licitante (a qual fora informalmente consultada antes da instauração do certame) são fatores que refletem a adoção de expedientes lesivos ao cunho competitivo da licitação.*

*Assim, não tenho dúvidas de que os meios ora explicitados foram empreendidos visando a obtenção de proveito decorrente das*

# Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 46 de 123

RE 696533 / SC

*práticas inusitadas adotadas na licitação em apreço (seja no que se refere à dação em pagamento de patrimônio público na aquisição de novo bem, seja no tocante à venda de patrimônio público não declarada em prestação de contas, com posterior reversão do preço pago aos cofres públicos, de maneira a integralizar o valor da compra da nova retroescavadeira), tudo a ser revertido em favor dos acusados.*

*A propósito, reitero que a ausência de comprovação de dano ao erário público não se mostra essencial à caracterização da conduta delitiva, porquanto a figura típica descrita no artigo 90 visa tutelar não só o patrimônio público, mas, sobretudo, a moralidade administrativa expressa na regularidade do certame, além dos demais princípios licitatórios constitucionais dispostos no artigo 3º da L. 8.666/93. Ademais, trata-se de crime formal, constituindo mero exaurimento a obtenção ou não da vantagem pretendida."*

O decreto condenatório não foi unânime no âmbito da Corte Regional. De qualquer forma, o voto vencedor do Desembargador Federal Relator foi assim sintetizado no voto-vista proferido pelo Desembargador Federal Victor Luiz dos Santos Laus, com ênfase no fato de se ter reconhecido a presença do dolo específico de fraudar o caráter competitivo da licitação com o fim de se obter vantagem, ainda que não econômica, in verbis :

*"De fato, conforme registra o preciso voto do Relator, evidenciado o dolo dirigido à fraude do caráter competitivo da licitação, com o fim especial de obter vantagem, ainda que não econômica, em especial , (I) pela consulta prévia à empresa Motormac sobre preço do bem a ser adquirido e o que seria dado como parte do pagamento, conforme interrogatório do réu Luiz Fernando de Oliveira Guedes (gerente, fls. 462-464 e 838-842); (II) pela efetivação da compra com valor na monta de R\$ 95.200,00, superando em muito aquele estimado no edital em R\$ 60.000,00, o qual não correspondeu à realidade da avaliação da máquina feita, em pesquisa informal e prévia, pela Prefeitura junto à empresa vencedora do certame, como afirmado no interrogatório do gerente da época (corrêu); (III) por informações prestadas por expert às fls. 213-214 do IPL em apenso,*

RE 696533 / SC

*obtidas mediante consulta oficial ao próprio departamento de vendas da Motormac, no sentido de que o valor da retroescavadeira adquirida pela municipalidade era equivalente, na época, a R\$ 86.000,00, inferior em R\$ 9.200,00 do total desembolsado; (IV) e, ainda, pelo fato de ter sido efetuado pagamento à vista, quando o usual daquele Município, em razão de contenção de contas anunciada pelo prefeito titular no final do ano de 1998, mesmo em casos de processos licitatórios de compra de bens em valores vultosamente inferiores ao implementado, por meio de convite, era a utilização de parcelamento ou pagamento a prazo, como fazem prova as notas das fls. 718-721, 751, 810, 811 e 812, além do fato de que o edital, que foi oficializado (fls. 281-282), ter previsto o uso dos recursos federais, entrega de retroescavadeira usada e somente o saldo à vista na entrega do bem, contrariando a forma de pagamento efetivamente perfectibilizada."* (grifou-se).

Portanto, a tese que prevaleceu no acórdão condenatório encontra-se amparada pelas seguintes premissas:

- não houve, apesar da discrepância entre os valores de avaliação e aquisição do bem, comprovação quanto à ocorrência de lesão ao erário ;
- houve violação ao caráter competitivo da licitação .

Em suma, o que se compreendeu é que, apesar do erário não ter sofrido prejuízo econômico direto, a licitação fora, desde o princípio, direcionada para o fim de que um determinado fornecedor de maquinário agrícola da região viesse a ser contemplado com o objeto do certame, ou seja, sem que houvesse uma efetiva competição quanto aos preços oferecidos. No caso, essa suspeita de direcionamento indevido advieio, principalmente, dos fatos de que (a) o fornecedor, previamente à tomada formal de preços, fora contatado para que apresentasse orçamento de venda da máquina nova e de avaliação da máquina usada que seria entregue em pagamento; (b) e de que a requisição de valores orçamentários para compra do bem fora realizada (em 08/02/1999) antes da publicação formal do edital de tomada de preços (em 10/02/1999), tudo a evidenciar que o Município já decidira, antes da formalização do

**RE 696533 / SC**

procedimento licitatório, de quem iria adquirir o maquinário e qual valor por ele iria adimpli-lo.

Ou seja, em síntese: foram praticadas condutas potencialmente tendentes a comprometer o caráter competitivo da licitação, embora sem que tal, repita-se, repercutisse em prejuízo econômico para a Administração.

Aliás, sobre este último aspecto da valoração probatória realizada no acórdão condenatório, cabe destacar o seguinte: não se ignorou o fato de que a máquina nova fora adquirida por preço superior ao da avaliação; considerou-se, porém, que houvera o transcurso de significativo período de tempo entre a avaliação e a consumação da operação e que o preço final negociado não se mostrou desproporcionou no contexto das práticas de mercado à época da contratação, de modo que o prejuízo sofrido pela Administração, segundo se argumentou, não fora direto (econômico), mas sim indireto (relacionado à afronta ao caráter competitivo da licitação).

Já no que condiz aos sobreditos prejuízos indiretos, convém destacar, inicialmente, a lição de **LUIZ REGIS PRADO** e **BRUNA AZEVEDO DE CASTRO**, enfatizando que os bens jurídicos tutelados pelos delitos licitatórios são a preservação da imparcialidade e do caráter competitivo das licitações (PRADO, Luiz Regis; CASTRO, Bruna Azevedo. *Delito licitatório e bem jurídico-penal: algumas observações*. Revista dos Tribunais. Vol 957/2015. p. 259-272, julho de 2015):

*"Não obstante seja perfeitamente plausível destacar os bens jurídicos em sentido técnico tutelados nos delitos em espécie, inclusive como expressões do próprio bem jurídico categorial, é também possível separá-los como realidades distintas, conquanto estreitamente relacionadas.*

*Para tanto, é preciso extrair das condutas típicas previstas na Lei 8.666/1993 um ponto em comum, um objetivo maior de tutela que*

RE 696533 / SC

*contemple todos os bens jurídicos específicos ou técnicos de que tratam os crimes em espécie.*

*Em tais tipos penais, as condutas reprováveis relacionam-se à quebra de regularidade dos procedimentos licitatórios, por desatender às formalidades indispensáveis que visam garantir a idoneidade das contratações públicas, patrocinar interesses privados ao invés de dar prevalência ao interesse público, impedir o acesso igualitário de qualquer interessado ao procedimento, ou, mesmo durante a execução do contrato, violar regras constantes do ato convocatório ou do próprio instrumento contratual.*

*Em razão disso, e tendo em vista que as contratações públicas, ou seja, realizadas pelo Estado Administração, têm por escopo satisfazer o interesse público, é pertinente inferir que as licitações e os contratos administrativos devem atender a regularidade formalmente exigida por normas administrativas, que objetivam assegurar a confiança na atuação administrativa e, em última instância, o próprio patrimônio público.*

*O Direito Penal se restringe a intervir diante das agressões mais graves ao regular funcionamento da Administração Pública no âmbito da contratação, no procedimento licitatório ou já em fase de execução contratual, ainda que não se verifique efetivo dano patrimonial à Administração.*

*(...) Depreende-se enfim que a tutela penal das licitações se destina à proteção da Administração Pública, essencialmente no âmbito da regularidade, moralidade, imparcialidade e igualdade de acesso às contratações públicas que demandam a realização de procedimento licitatório. É preciso reiterar que a constatação de um bem jurídico em sentido categorial não afasta a possibilidade de se identificar, em cada um dos crimes licitatórios, um bem jurídico específico protegido."*

Reiterando-se que, no presente caso, não houve comprovação de lesão ao erário, é em tal cenário que deve ser aferida a adequação material das condutas praticadas ao tipo penal imputado (art. 90 da Lei nº 8.666/93): apesar da manifesta potencialidade das ações realizadas para descharacterizar o caráter competitivo da disputa, havia um quadro efetivo

RE 696533 / SC

de pluralidade de competidores cujos interesses legítimos tenham sido cerceados? Ou seja, houve lesão concreta ao bem jurídico tutelado pela norma penal?

Sobre o princípio da ofensividade como critério de justificação da intervenção estatal na seara penal, convém destacar a lição de **Cezar Roberto Bitencourt** (BITENCOURT, Cezar. *Tratado de Direito Penal* . Volume 1 Parte Geral. 23.ed. São Paulo: Saraiva, 2017):

*“Para que se tipifique algum crime, em sentido material, é indispensável que haja, pelo menos, um perigo concreto, real e efetivo de dano a um bem jurídico penalmente protegido. Somente se justifica a intervenção estatal em termos de repressão penal se houver efetivo e concreto ataque a um interesse socialmente relevante, que represente, no mínimo, perigo concreto ao bem jurídico tutelado.*

*(...) Em outros termos, o legislador deve abster-se de tipificar como crime ações incapazes de lesar ou, no mínimo, colocar em perigo concreto o bem jurídico protegido pela norma penal. Sem afetar o bem jurídico, no mínimo colocando-o em risco efetivo, não há infração penal.”*

Deve-se notar que o postulado em questão não se dirige apenas ao legislador como critério de balizamento acerca de quais condutas, no plano formal da tipificação em abstrato, deverão receber tutela penal; dirige-se, ainda, ao operador jurídico, servindo, no caso, como critério interpretativo, cuja finalidade é restringir o alcance do poder punitivo estatal apenas aos casos em que a lesão ao bem jurídico tutelado pela norma tiver sido concreta e efetiva. Nesse mesmo sentido, é, ainda, a lição de **Cezar Roberto Bitencourt**:

*“O princípio da ofensividade no Direito Penal tem a pretensão de que seus efeitos tenham reflexos em dois planos: no primeiro, servir de orientação à atividade legiferante, fornecendo substratos político-jurídicos para que o legislador adote, na elaboração do tipo penal, a exigência indeclinável de que a conduta proibida represente ou*

**RE 696533 / SC**

*contenha verdadeiro conteúdo ofensivo a bens jurídicos socialmente relevantes; no segundo plano, servir de critério interpretativo, constrangendo o intérprete legal a encontrar em cada caso concreto indispensável lesividade ao bem jurídico protegido.*

*Constata-se, nesses termos, que o princípio da ofensividade (ou lesividade) exerce dupla função no Direito Penal em um Estado Democrático de Direito: a) a função político-criminal esta função tem caráter preventivo-informativo, na medida em que se manifesta nos momentos que antecedem a elaboração dos diplomas legislativo-criminais; b) função interpretativa ou dogmática esta finalidade manifesta-se a posteriori, isto é, quando surge a oportunidade de operacionalizar-se o Direito Penal, no momento em que se deve aplicar, in concreto, a norma penal elaborada."*

Nesse plano de análise, cabe, inicialmente, rememorar que os fatos sob análise foram praticados no âmbito de pequeno município da região oeste do Estado de Santa Catarina, cuja população, mesmo atualmente, é inferior a vinte mil habitantes. Não se pode, portanto, presumir inequivocamente, em consideração ao perfil socioeconômico do ente político, que houvesse um quadro de pluralidade de fornecedores com a aptidão de alienar exatamente a máquina agrícola cujos requisitos técnicos eram exigidos pelo Município, embora não se possa descartar a possibilidade de que tal fato viesse a ser objeto de comprovação. Contudo, é certo que não o foi, uma vez que nenhuma referência em tal sentido pode ser extraída a partir do exame do caderno processual.

Diante de tal conjuntura fática, embora os elementos probatórios convirjam no sentido de evidenciar que a licitação fora, efetivamente, direcionada para o fim de favorecer o terceiro que contratou com a Administração, não se pode afirmar, peremptoriamente, que o agente público ora recorrente tenha daquele modo agido imbuído da finalidade de beneficiar o sobreditos fornecedores em um eventual cenário de disputa com outros potenciais contratantes; não se pode, com efeito, dado o contexto socioeconômico em que praticadas as condutas e dada a ausência de provas em sentido contrário, descartar a possibilidade de

**RE 696533 / SC**

que, simplesmente, o terceiro contratado fosse o único em condições de disputar o objeto da licitação.

*In casu*, em suma, não há provas suficientes quanto à presença do dolo específico do réu de atentar contra o caráter competitivo da licitação.

Não se ignora, mostra-se por bem destacar, que, em um eventual cenário de inexistência de pluralidade de fornecedores, incumbia ao agente público, consoante os ditames da Lei nº 8.666/93, realizar formalmente, de forma antecipada à contratação, o procedimento de dispensa de licitação. Contudo, a inobservância desta exigência legal, quando dissociada da comprovação quanto à presença do dolo específico do agente de beneficiar indevidamente o terceiro contratado, causar lesão ao erário ou auferir vantagem indevida em favor de si, não possui repercussão penal, embora não descaracterize o cometimento de ilícito de natureza administrativa. Nessa situação hipotética similar ao caso em tela -, não se poderia falar em repercussão penal justamente porque não haveria lesão suficiente aos bens jurídicos tutelados pela norma penal.

Também não se trata de afirmar, por outro lado, que condutas análogas às ora analisadas careceriam de relevância penal sempre que praticadas em municípios de pouca representatividade socioeconômica, como se houvesse uma espécie de salvo-conduto criminal quanto ao direcionamento de licitações no âmbito de municípios de menor representatividade. Trata-se, diferentemente, de afirmar ser essencial para fins de reconhecimento do caráter típico da conduta prevista no art. 90 da Lei nº 8.666/93 que haja efetiva comprovação quanto à ocorrência de afronta ao caráter competitivo da licitação, liame probatório este que, mormente nos casos em que não se demonstrar haver pluralidade de fornecedores do produto ou serviço, não pode decorrer de simples presunção resultante do fato de que a contratação fora direcionada em favor de um determinado particular.

**RE 696533 / SC**

Por fim, há um outro aspecto que merece ser enfatizado: consoante premissa fática também reputada como incontroversa no acórdão condenatório, o procedimento licitatório questionado só restou ultimado após a emissão de parecer pelo assessor jurídico do Município de Pinhalzinho/SC, atestando a lisura do certame.

Nesse contexto, cumpre que se invoque precedente julgado pela Primeira Turma em inquérito de minha relatoria (Inq 3674), o qual, embora versando sobre o crime previsto no art. 89 da Lei nº 8.666/93 (dispensa irregular de licitação) e não sobre o crime ora analisado (art. 90 da Lei nº 8.666/93), possui o condão de jogar luzes sobre o dolo exigido do agente, sobretudo no que condiz à eventual intenção de atentar contra o caráter competitivo do procedimento licitatório.

No aludido precedente, adotou-se a premissa de que:

*“(...) quando o Administrador consulta a Procuradoria jurídica quanto à regularidade da dispensa ou da inexigibilidade, o parecer do corpo jurídico, quando lavrado de maneira idônea sem indício de que constitua etapa da suposta empreitada criminosa -, confere embasamento jurídico ao ato, inclusive quanto à observância das formalidades do procedimento. Consectariamente, o parecer jurídico favorável à inexigibilidade impede a tipificação criminosa da conduta , precisamente por afastar, a priori desde que inexistentes outros indícios em contrário -, a clara ciência da ilicitude da inexigibilidade e determina o erro do agente quanto a elemento do tipo, qual seja, a circunstância fora das hipóteses legais (art. 20 do Código Penal). Neste sentido: Inq. 2482, Tribunal Pleno, rel. originário Ministro Ayres Britto, rel. p/ acórdão Ministro Luiz Fux, j. 15/09/2011; Inq. 3731, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, unânime, j. 02/02/2016; AP 560, Segunda Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, unânime, j. 25/08/2015.”*

Ocorre que, em tendo se compreendido, no aludido precedente, que a adesão, de boa-fé, do agente público a parecer jurídico descaracterizaria

**RE 696533 / SC**

a intenção do administrador de dispensar indevidamente o procedimento licitatório, a repercutir na adequação típica da conduta ao previsto no art. 89 da Lei nº 8.666/93, pode-se, perfeitamente, estabelecer um paralelo entre o aludido raciocínio e o problema ora analisado, para o fim de se compreender que, quando, previamente à decisão do agente político que homologar o procedimento licitatório, houver sido proferido parecer jurídico atestando a lisura do certame, aquela decisão, acompanhando dito parecer, não traduzirá efetiva intenção de burla ao caráter competitivo da licitação, mesmo que, à revelia da percepção do agente, o procedimento tenha sido indevidamente direcionado em favor de um dos contratantes. Assim, nesse caso, tampouco haveria adequação ao crime previsto no art. 90 da Lei nº 8.666/93.

Diversamente, estará configurado o dolo de desvirtuar o caráter competitivo da licitação caso o agente político tenha agido de má-fé, ou seja, ciente de que o certame fora conduzido fraudulentamente e de que o parecer jurídico omitira tal circunstância deliberadamente. De qualquer forma, esta má-fé demanda inequívoca demonstração probatória, não podendo ser presumida da simples constatação quanto à ocorrência da fraude em si.

No presente caso, portanto, em suma, sem deixar de considerar que não houve comprovação quanto à ocorrência de prejuízo ao erário, a conduta analisada não se adequa tipicamente ao previsto no art. 90 da Lei nº 8.666/93, uma vez que:

(a) não houve comprovação quanto à obtenção de proveito econômico direto pelo agente público acusado;

(b) não houve comprovação de que o agente público agiu de má-fé ao homologar o parecer jurídico que atestara a lisura da licitação, descharacterizando o dolo de atentar contra o caráter competitivo do certame;

(c) ademais, de qualquer modo, não houve demonstração quanto à existência de um quadro de potenciais competidores lesados pelo

**RE 696533 / SC**

direcionamento da licitação em favor do terceiro contratante, a evidenciar a impossibilidade de ofensa concreta ao bem jurídico tutelado pela norma penal.

Desse modo, quanto ao art. 90 da Lei nº 8.666/93, assiste razão ao ora recorrente quando alega caracterizar o acórdão condenatório afronta à supracitada norma federal, razão pela qual a tese da defesa deve ser acolhida quanto ao ponto, para o fim de ensejar a absolvição do réu no que condiz à sobredita imputação.

Art. 89 da Lei nº 8.666/93:

Esta acusação, de acordo com a denúncia, possui como objeto a máquina retroescavadeira usada objeto de dação em pagamento pelo Município de Pinhalzinho/SC na aquisição da máquina nova. Ocorre que, segundo o Ministério Público Federal, o leilão consistia na única forma legalmente admitida para que o bem em questão fosse transferido do patrimônio do Ente Municipal, de modo que a dação em pagamento realizada representou dispensa indevida da modalidade licitatória cabível.

Essa conduta, na forma com que se entendeu comprovada pelo substrato probatório acostado aos autos, foi assim descrita pelo Relator no acórdão condenatório:

*“Quanto a esta conduta, narra a denúncia que o procedimento licitatório instaurado para a compra de nova retroescavadeira pelo município de Pinhalzinho ofereceu como dação em pagamento a retroescavadeira marca Maxion Simples 4x2, Modelo 750M, Série RRO1000218, pertencente ao patrimônio municipal. Essa forma de alienação, da maneira como realizada pela Prefeitura, não encontraria previsão legal, cabendo a adoção de procedimento licitatório (modalidade leilão), o que não ocorreu na espécie. Além disso, a avaliação do bem teria sido feita após a publicação do Edital 01/99, no*

**RE 696533 / SC**

*qual o valor atribuído à retroescavadeira usada já constava como parte do pagamento para a compra da nova máquina agrícola."*

Ao analisar essa conduta, os integrantes da Corte Regional foram unânimes em reconhecer que, apesar da inequívoca inobservância às normas legais aplicáveis, não foram colhidas provas indicativas de que o Prefeito em exercício de Pinhalzinho/SC agira imbuído da intenção de lesar o erário, sendo certo, ademais, que tal lesão não se configurou no plano prático, uma vez que o Município foi devidamente resarcido pela transferência da propriedade do bem, em perfeita consonância com o preço de avaliação.

A divergência dos julgadores recaiu sobre o plano da tipicidade material e sobre o elemento subjetivo do tipo, tendo prevalecido, por maioria, a tese do Relator no sentido de que o crime previsto no art. 89 da Lei nº 8.666/93 tanto prescindiria de prova de dano patrimonial sofrido pela Administração Pública quanto sequer exigiria a comprovação de qualquer finalidade específica na conduta do agente, *in verbis*:

*"Nesse passo, o crime de dispensa ilegal de licitação objetiva tutelar, antes de mais nada, a moralidade administrativa, razão pela qual sua perfectibilização também dispensa a prova de dano patrimonial à Administração Pública. De outra parte, diferentemente do que ocorre com a conduta típica inserta no artigo 90 da Lei de Licitações, o artigo 89 prescinde "de demonstração de qualquer finalidade específica na conduta do agente", estando preenchido o tipo subjetivo com a simples presença do dolo direto ou eventual (TAVARES de FREITAS, op. cit., p. 81)."*

Um vez compreendidas, também quanto a esta imputação, as balizas jurídicas do acórdão recorrido, deve-se dizer que não correspondem elas ao entendimento jurisprudencial atualmente consolidado no Superior Tribunal de Justiça, segundo o qual só há crime de dispensa indevida de licitação quando estiver presente o dolo específico do agente de gerar

**RE 696533 / SC**

dano ao erário e quando, ademais, o sobredito resultado danoso tiver sido efetivamente alcançado. Nesse sentido é o REsp 1485384/SP, julgado pela Quinta Turma em 26/09/2017 e exemplificativo do posicionamento que se tornou dominante no STJ:

*"RECURSO ESPECIAL. ART. 89, CAPUT, E PARÁGRAFO ÚNICO DA LEI 8.666/1993. DISPENSA INDEVIDA DE LICITAÇÃO PARA ELABORAÇÃO DE TERMO DE PERMISSÃO DE USO. DOLO ESPECÍFICO DE CAUSAR PREJUÍZO AO ERÁRIO NÃO DEMONSTRADO. ATIPICIDADE DA CONDUTA. PRECEDENTES DO STJ E DO STF. RECURSO ESPECIAL DOS ACUSADOS PROVIDO E RECURSO ESPECIAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO PREJUDICADO. RESTABELECIMENTO DA SENTENÇA ABSOLUTÓRIA.*

1. *Esta Corte, após inicial divergência, pacificou o entendimento de que, para a configuração do crime previsto no art. 89 da Lei n. 8.666/1993 exige-se a presença do dolo específico de causar dano ao erário e a caracterização do efetivo prejuízo. Precedentes do STF e do STJ.*

2. *Na hipótese, após absolvição em primeiro grau, os recorrentes foram condenados pelo TRF 3ª Região como incursos nas sanções do art. 89, caput, e parágrafo único, da Lei 8.666/1993. O próprio acórdão recorrido afirmou, em total confronto com a jurisprudência deste Tribunal e do Excelso Pretório, que o delito em tela é de mera conduta, sendo desnecessária a demonstração de elemento subjetivo do tipo (dolo genérico ou específico).*

3. *Não havendo menção, na denúncia de intenção deliberada de causar prejuízo à Administração ou de obter favorecimento pessoal, a celebração do Termo de Permissão de Uso, a título precário, sem a devida licitação configura irregularidade formal, fato que é insuficiente para demonstrar, per si, o elemento subjetivo indispensável à configuração do crime do art. 89 da Lei 8.666/2003, que exige a prova do dolo específico de causar dano ao erário e a administração pública.*

4. *Recurso Especial provido, para restabelecer a sentença*

# Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 58 de 123

RE 696533 / SC

*absolutória, prejudicado o recurso do Ministério Público que versava sobre a dosimetria da pena e pretendia a condenação de réu cuja absolvição foi mantida pelo Tribunal a quo.”*

Em sentido parcialmente diverso, possui o Supremo Tribunal Federal importantes precedentes a apontar que o crime previsto no art. 89 da Lei nº 8.666/93, mercê de sua natureza formal, independe da prova do resultado danoso. Contudo, ainda se afigura como necessário que se demonstre a presença do dolo específico relativo à finalidade do agente de lesar o erário, de obter vantagem indevida ou de beneficiar patrimonialmente o particular contratado, ferindo, com isto, a *ratio essendi* da licitação, como sói ser a impessoalidade da contratação. Nesse sentido, é o Inq 3674, de minha relatoria, julgado pela Primeira Turma na data de 07/03/2017:

*“Ementa: PENAL. DENÚNCIA. CRIME DE INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO FORA DAS HIPÓTESES LEGAIS OU EM INOBSERVÂNCIA DAS FORMALIDADES PERTINENTES. ART. 89 DA LEI 8.666/93. CELEBRAÇÃO DE TERMO DE PARCERIA ENTRE MUNICIPALIDADE E OSCIP NO ÂMBITO DA SECRETARIA DE SAÚDE. PARECER JURÍDICO DA PROCURADORIA-GERAL DO MUNICÍPIO NO SENTIDO DA INEXIGIBILIDADE DE LICITAÇÃO. ERRO QUANTO A ELEMENTO CONSTITUTIVO DO TIPO. CRIME FORMAL: DISPENSA-SE O RESULTADO DANOSO, MAS NÃO A DESCRIÇÃO DE AÇÃO FINALISTICAMENTE VOLTADA À LESÃO DO PATRIMÔNIO PÚBLICO. DISTINÇÃO ENTRE ILÍCITO ADMINISTRATIVO E PENAL. CONCURSO DE AGENTES. DISTINÇÃO ENTRE COAUTORIA E AUTORIA COLATERAL: NECESSIDADE DO ACORDO SUBJETIVO ENTRE COAUTORES E PARTÍCIPES, VOLTADO À CONSECUÇÃO COMUM DA PRÁTICA CRIMINOSA. JUSTA CAUSA NÃO CONFIGURADA. DENÚNCIA REJEITADA. 1. O Direito Penal constitui a ultima ratio legis quanto às condutas humanas, por isso que deve incidir somente quando indispensável*

**RE 696533 / SC**

*para a manutenção da ordem jurídica, posto inexistir norma jurídica para controlar e sancionar ações que violem expectativas normativas de maior intensidade. 2. Os princípios que regem a Administração Pública, insculpidos na lei maior, recebem distintos graus de proteção do ordenamento, razão pela qual a violação dos mesmos nem sempre constitui ilícito jurídico penal. 3. O agir administrativamente ilícito distingue-se do agir criminoso previsto no tipo penal do art. 89 da Lei 8.666/93 à luz de três critérios cunhados a partir da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, a saber: (i) a inexigibilidade da licitação fundada em parecer jurídico lavrado idoneamente pelo órgão competente descaracteriza o crime (Precedentes: Inq. 2482, Tribunal Pleno, Rel. p/ acórdão Min. Luiz Fux; Inq. 3731, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes; AP 560, Segunda Turma, Rel. Min. Dias Toffoli); (ii) o especial fim de lesar o erário ou promover enriquecimento ilícito dos acusados é de rigor para configurar a infração penal (Precedentes: Inq. 3.965, Segunda Turma, Rel. Min. Teori Zavascki; AP 700, Segunda Turma, Rel. Min. Dias Toffoli; Inq. 3.731, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes; dentre outros); (iii) o vínculo subjetivo entre os agentes no concursus delinquentium deve ser minuciosamente descrito para fins de imputabilidade (AP 595, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux). 4. (i) O parecer jurídico do órgão técnico especializado, favorável à inexigibilidade, impede a tipificação criminosa da conduta, precisamente por afastar, a priori, a ciência da ilicitude da inexigibilidade e determina o erro do agente quanto a elemento do tipo, qual seja, a circunstância fora das hipóteses legais (art. 20 do Código Penal). (ii) A distinção do ilícito administrativo (ato de improbidade) do ilícito penal (ato criminoso) reclama que a exordial acusatória narre a ação finalística do agente, voltada à obtenção de vantagem indevida por meio da dispensa da licitação, violando, com isto, o bem jurídico penal protegido pelo tipo incriminador; (iii) A imputação do crime definido no art. 89 da Lei 8.666/93 a uma pluralidade de agentes demanda a descrição indiciária, na exordial acusatória, do vínculo subjetivo entre os participantes, para a obtenção do resultado criminoso; (iv) O concurso de agentes caracteriza-se pelo liame subjetivo entre coautores ou partícipes na prática criminosa comum, configurado pelo mútuo*

**RE 696533 / SC**

acordo evidenciado seja por prova oral, seja pelo *iter criminis* ou por outros elementos reunidos no curso da investigação; (v) *Distingue-se, dogmaticamente, a coautoria da denominada Autoria Colateral, que se define pela ausência de vínculo subjetivo entre vários agentes, que, simultaneamente, produzem um resultado típico em regra culposo, como, v. g., em delitos de trânsito;* (vi) a ausência de elementos indiciários do conluio entre os agentes obsta a caracterização da justa causa para o recebimento da denúncia que impute prática criminosa em coautoria ou participação. 5. *In casu, (i) o Acusado, então Prefeito de Três Rios, firmou Termo de Parceria com Organização da Sociedade Civil de Interesse Público, mediante procedimento de inexigibilidade de licitação, à luz do parecer jurídico da Procuradoria-Geral do Município, razão pela qual o órgão do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro em atuação perante o Tribunal de Justiça daquela unidade da Federação manifestou-se pela inexistência de justa causa para imputação do crime definido no art. 89 da Lei 8.666/93, que restou incluído na denúncia oferecida pelo órgão de primeiro grau, sendo certo que esta questão não foi apreciada, porquanto o feito sofreu o deslocamento da competência por força do fim do mandato do Prefeito; (ii) a denúncia não descreveu eventual finalidade do Acusado de obter proveito ilícito, em detrimento do erário, por meio da parceria firmada com a OSCIP e a investigação não coligiu elementos quanto à forma de emprego dos recursos públicos destinados à execução da parceria, inexistindo menção a qualquer indício de superfaturamento ou de desvios, sendo certo que os serviços foram efetivamente prestados, não se tratando dos denominados servidores fantasmas; (iii) deveras, a investigação não reuniu elementos indicativos do mútuo acordo entre os agentes para a execução da empreitada criminosa em comum, omitindo-se na descrição da existência de liame subjetivo entre os acusados na comissão do crime, que se imputou, em concurso de agentes, ao ex-Prefeito, ao ex-Secretário de Saúde e ao então Presidente da PROMUR; (iv) Consectariamente, não mencionou a existência sequer de um indício de atuação conjunta, de vínculo pessoal ou de ajuste entre os acusados, para afastarem a licitação e obterem o proveito da empreitada criminosa; (v) a denúncia indica que o Termo de Parceria teria se destinado à contratação direta de mão-de-*

# Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 61 de 123

RE 696533 / SC

*obra voltada à área fim, e que deveria ser contratada mediante concurso público, além da afirmação de que parte dos prestadores de serviços contratados no âmbito da parceria não tinha qualquer relação com a área de saúde; (vi) a supervisão da execução da parceria não cabia ao Prefeito, mas ao Secretário de Saúde, Sr. Walter Luiz Ribeiro Lavinas, que firmou o Termo de Parceria indicado pelo Município como Supervisor (fls. 90 do Apenso 2); (vii) a denúncia não esclareceu, minimamente, se os prestadores de serviços de áreas distintas da saúde foram contratados no âmbito do Termo de Parceria indigitado na exordial ou no âmbito de outras parcerias, sendo certo que na lista constam psicólogos, médicos, auxiliares de laboratório, técnicos em radiologia, médicos em radiologia e protéticos contratados ao longo dos serviços prestados, profissionais definitivamente vinculados à área específica (fls. 140/141 do Apenso 2). (viii) Consequentemente, impõe-se a conclusão de que a inicial acusatória falhou em demonstrar, minimamente, que o Prefeito, ao firmar o Termo de Parceria com a PROMUR, no âmbito da Secretaria de Saúde, e seus respectivos Termos Aditivos, teria também autorizado a contratação de prestadores de serviços de outras áreas, para o exercício de atividades fins exclusivas de servidores públicos. 6. À míngua de elementos que confirmam suporte probatório à instauração de ação penal, pela prática do crime definido no art. 89 da Lei 8.666/93, deve-se rejeitar a denúncia. 7. Denúncia rejeitada, nos termos do art. 395, III, do Código de Processo Penal.” (Inq 3674, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, julgado em 07/03/2017, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-209 DIVULG 14-09-2017 PUBLIC 15-09-2017).*

Efetivamente, os crimes definidos na Lei de Licitações Públicas vêm assumindo relevo no cenário recente, em especial nos casos em que estão associados a outros delitos contra a Administração Pública, como a corrupção, o peculato e outros ilícitos, cujo resultado é profundamente prejudicial ao erário.

Somam-se aos procedimentos de natureza criminal os inquéritos civis públicos e ações de improbidade administrativa, que são julgadas

**RE 696533 / SC**

originariamente por juízos singulares.

Portanto, paralelamente à norma penal, o ordenamento jurídico pátrio estabelece sanções e princípios voltados à proteção da Administração Pública contra atos que, mesmo não estando voltados à lesão do bem jurídico penal, devem ser evitados e punidos de modo eficaz, como garantia de condução lícita da coisa pública por seus gestores.

Neste âmbito extrapenal, merecem destaque a Lei 8.492/92 e os dispositivos constitucionais que balizam a atuação dos agentes públicos no exercício de seu múnus. Porém, em casos de maior ofensividade da conduta, lesiva à integridade dos bens jurídicos protegidos pela norma sancionadora, o comportamento deverá ser subsumido também à norma penal.

O art. 89 da Lei 8.666/93 estabelece uma norma penal em branco, *i. e.*, o tipo penal não define os casos em que a dispensa ou a inexigibilidade serão criminosas: ele remete às previsões legais existentes alhures, as quais complementarão o sentido da norma, indicando qual é a conduta proibida.

A dispensa ou inexigibilidade é incriminada, de acordo com o tipo penal, em duas situações diferentes:

- (i) o caso não se enquadra nas hipóteses legais de dispensa ou de inexigibilidade;
- (ii) as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade não são observadas.

A acima destacada inexigência de prejuízo patrimonial para a consumação do delito não afasta, porém, a premência de que, para adequação da conduta à norma penal, sua prática revele desvalor maior para o ordenamento jurídico do que a observância parcial ou imperfeita

RE 696533 / SC

de normas procedimentais.

Se, por um lado, o ilícito administrativo se aperfeiçoa com o atuar do Administrador Público que não esteja estritamente em consonância com o princípio da legalidade, a prática de um delito exige um diferencial na ação criminosa, uma conduta planejada e voltada finalisticamente a executar o delito e com ele obter um proveito criminoso de qualquer natureza.

Para incidência da lei penal, deve-se ter como norte, na magistral elocução de Maurach, a consideração de que *"na seleção dos recursos próprios do Estado, o Direito Penal deve representar a ultima ratio legis, encontrar-se em último lugar e entrar somente quando resulta indispensável para a manutenção da ordem jurídica"* (MAURACH, Reinhart. Tratado de Direito Penal . T. 1. Barcelona: Ed. Ariel, 1962, p. 31).

Diante das peculiaridades que envolvem a distinção entre, de um lado o ilícito cível e administrativo e, de outro, com maior desvalor jurídico, o ilícito penal, tenho buscado sistematizar critérios para análise da incidência ou não do art. 89 da Lei 8.666/93 no caso concreto.

Assim, busca-se reduzir o elevado grau de abstração da conduta estabelecida no tipo penal e, conseqüentemente, atender às exigências normativas do sistema jurídico-penal, máxime aos princípios da *ultima ratio*, da fragmentariedade e da lesividade.

Entendo que, por exemplo, podem ser estabelecidos três critérios para a verificação judicial da viabilidade de uma denúncia que narre a prática do crime do art. 89 da Lei 8.666/93, respondendo-se às seguintes questões:

(i) Existe parecer jurídico lavrado idoneamente pelo órgão competente? Quando o Administrador consulta a Procuradoria jurídica quanto à regularidade da dispensa ou da inexigibilidade, o parecer do

RE 696533 / SC

corpo jurídico, quando lavrado de maneira idônea sem indício de que constitua etapa da suposta empreitada criminosa -, confere embasamento jurídico ao ato, inclusive quanto à observância das formalidades do procedimento. Consectariamente, o parecer jurídico favorável à inexigibilidade impede a tipificação criminosa da conduta , precisamente por afastar, *a priori* desde que inexistentes outros indícios em contrário -, a clara ciência da ilicitude da inexigibilidade e determina o erro do agente quanto a elemento do tipo, qual seja, a circunstância *fora das hipóteses legais* (art. 20 do Código Penal). Neste sentido: Inq. 2482 , Tribunal Pleno, rel. originário Ministro Ayres Britto, rel. p/ acórdão Ministro Luiz Fux, j. 15/09/2011; Inq. 3731 , Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, unânime, j. 02/02/2016; AP 560 , Segunda Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, unânime, j. 25/08/2015.

Para superação deste critério, deve-se indagar:

(ii) A denúncia indica o especial fim de lesar o erário ou promover enriquecimento ilícito dos acusados? O crime definido no art. 89 da Lei 8.666/93, mercê de sua natureza formal, independe da prova do resultado danoso. Nada obstante, é exigível, para que a conduta do administrador seja criminosa, que a denúncia narre a finalidade do agente de lesar o erário, de obter vantagem indevida ou de beneficiar patrimonialmente o particular contratado, ferindo, com isto, a ratio essendi da licitação, como sói ser a impessoalidade da contratação. Neste sentido: Inq. 3.965, Segunda Turma, Rel. Min. Teori Zavascki, unânime, j. 22/11/2016; Inq. 4.104, Segunda Turma, Rel. Min. Teori Zavascki, unânime, j. 22/11/2016; Inq. 4.106, Segunda Turma, Rel. Min. Teori Zavascki, unânime, j. 25/10/2016; Inq. 4.101, Segunda Turma, Rel. Min. Teori Zavascki, unânime, j. 25/10/2016; AP 700, Segunda Turma, Rel. Min. Dias Toffoli, unânime, j. 23/02/2016; Inq. 3.731, Segunda Turma, Rel. Min. Gilmar Mendes, unânime, j. 02/02/2016; Inq 2.688, Segunda Turma, Rel. Min. Cármén Lúcia, Rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, j. 02/12/2014;

(iii) Há descrição do vínculo subjetivo entre os agentes no *concurrus delinquentium* ? A imputação do crime definido no art. 89 da Lei 8.666/93 a

**RE 696533 / SC**

uma pluralidade de agentes demanda a descrição indiciária, na exordial acusatória, da existência de vínculo subjetivo entre os participantes para a obtenção do resultado criminoso, não bastando a mera narrativa de ato administrativo formal eivado de irregularidade. Especificamente no caso de crimes que não demandam a reunião de coautores e partícipes, nas mesmas circunstâncias de tempo e local, para a execução do delito, a denúncia deverá narrar os indícios da união de designios entre os acusados, o liame psicológico apto a sinalizar, que todos participam de uma empreitada criminosa comum. Assim, caso a denúncia indique que o Parecer Jurídico fez parte da divisão de tarefas da empreitada criminosa, ficará afastado deveras, por não ser caso de autoria colateral, mas de coautoria e participação, a exordial acusatória será inepta se não proceder à descrição, ainda que mínima, da existência de um conluio entre os agentes no sentido da prática criminosa. Neste sentido: AP 595, Primeira Turma, Rel. Min. Luiz Fux, maioria, j. 25/11/2014.

Ainda que haja oscilações na jurisprudência, tenho me mantido fiel à compreensão de que esses critérios permitem que se diferencie, com segurança, a conduta criminosa definida no art. 89 da Lei 8.666/93, de um lado, das irregularidades ou ilícitos administrativos e de improbidade, intencionais ou negligentes, de outro.

No presente caso, o acórdão condenatório se lastreia na premissa de que não seria necessária, para a caracterização do crime previsto no art. 89 da Lei nº 8.666/93, a demonstração do especial fim de lesar o erário ou promover o enriquecimento ilícito dos acusados, circunstâncias cuja presença restou reconhecida como não comprovada no caso em análise. Trata-se, porém, de premissa incompatível com os entendimentos predominantes tanto no Superior Tribunal de Justiça quanto no Supremo Tribunal Federal, que, independentemente da natureza formal ou material do crime, convergem, ao menos, no sentido de exigir a demonstração do fim especial de lesar ao erário: se afigura-se como imponderável que, para fins de recebimento da denúncia, se exija a

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 66 de 123

**RE 696533 / SC**

descrição do aludido especial fim de agir, com muito mais razão se deva exigir a presença de tal circunstância elementar para balizar um decreto condenatório.

Desse modo, também quanto ao art. 89 da Lei nº 8.666/93, assiste razão ao ora recorrente quando alega caracterizar o acórdão condenatório afronta à supracitada norma federal, razão pela qual a tese da defesa deve, igualmente, ser acolhida quanto ao ponto.

**Ex positis, dou provimento parcial ao recurso especial, para o fim de, afastando as alegações de afronta aos demais dispositivos federais impugnados, reconhecer que o acórdão recorrido contrariou o disposto nos artigos 89 e 90 da Lei nº 8.666/93 e, por consequência, afastar a condenação do recorrente quanto às sobreditas imputações.**

É como voto.

# Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 67 de 123

06/02/2018

PRIMEIRA TURMA

## RECURSO EXTRAORDINÁRIO 696.533 SANTA CATARINA

### VOTO

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO** - Presidente, eu havia votado, como os demais Colegas da Turma, em Plenário Virtual, acompanhando a posição anterior do Ministro Luiz Fux. Nessa posição anterior, que logrou unanimidade, Sua Excelência assim lavrou:

"6. No caso *sub examine*, a denúncia descreve de forma minuciosa e individualizada as condutas praticadas pelo recorrente, destacando, inclusive, ser ele '*o principal responsável pela fraude na licitação, como Prefeito Municipal em exercício de Pinhalzinho, eis que autorizou e chancelou todo o processo licitatório*'.

7. A aferição de eventual prejuízo causado ao erário, a análise da existência, ou não, do dolo específico do recorrente de lesar os cofres públicos e obter para si vantagem ilícita, bem como o exame da regularidade, ou não, do procedimento licitatório realizado, demandaria o revolvimento do contexto fático-probatório, inviável na via do recurso extraordinário e do recurso especial, nos termos da Súmula 279 do Supremo Tribunal Federal, (...)."

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR)** - Ministro, só um esclarecimento.

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO** - Pois não.

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR)** - Essa decisão originária foi a de não conhecimento do REsp. Posteriormente, o eminente advogado entrou com embargos de declaração onde revelou que o REsp teria sido admitido e remetido para o Supremo Tribunal Federal. Então houve um equívoco realmente, porque não estamos habituados a julgar apelação em recurso especial. Eu julguei em conjunto e, em embargos de declaração propostos à Turma, nós resolvemos submeter o recurso especial ao Colegiado. Por isso é que não voltei a essa

**RE 696533 / SC**

decisão antecedente, em razão da preclusão que se formou, por força desse julgamento recomendado pela Turma, antes que fosse aberto o embrulho aqui.

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO** - Embora tenha mudado a questão processual, a questão de fundo continua a mesma, nós estamos diante de saber se, em recurso especial, deve-se ou não revolver matéria de fato. Foi trazido a Plenário físico, mas penso que a decisão apresentada em Plenário Virtual continua escorreita, a apreciação do mérito envolve revolvimento de matéria de fato.

Há duas questões de Direito, uma é a de prescrição, que acho que não ocorreu, e esta questão do dano ao erário. A meu ver, a jurisprudência é pacífica e correta no sentido da inexigibilidade de dano ao erário. E não é difícil exemplificar isso. Se a autoridade responsável pela licitação tem um primo que vende canetas a dez reais, e o preço do mercado é dez reais realmente. Ele vai lá e favorece o primo. Nós achamos que isso está consentâneo com a legislação? Evidentemente que não está. Portanto, penso que a exigibilidade não é pertinente aqui, com todas as vêniás.

A única sensibilização que eu tenho, mas é uma matéria de *lege ferenda*, e não de *lege lata*, é que eu acho que a Lei nº 8.666, a Lei de Licitações, é uma lei que dificulta imensamente a administração e amarra indevidamente os administradores probos. A sistemática de licitação no Brasil, infelizmente, muitas vezes impede que o administrador seja eficiente, mas não impede que ele seja incorreto. Portanto, muitas vezes há um contorno à Lei para fazer uma administração eficiente, mas esse é um debate paralelo à questão aqui versada.

O Tribunal Regional da 4ª Região se debruçou sobre a questão, produziu um longo acórdão em que discutiu as matérias de fato amplamente e a questão de direito relevante.

Eu não me sinto animado a revolver as provas e decidir diferentemente do que foi anteriormente assentado. De modo que, elogiando o trabalho sempre primoroso do ilustre Advogado que está na tribuna, Doutor Nabor Bulhões, eu estou, na verdade, reiterando a

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 69 de 123

**RE 696533 / SC**

posição que assumi quando votei no agravo regimental, que considero ser a posição juridicamente correta.

É como voto, Presidente.

# Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 70 de 123

06/02/2018

PRIMEIRA TURMA

## RECURSO EXTRAORDINÁRIO 696.533 SANTA CATARINA

### RELATÓRIO:

O Senhor Ministro **Luís Roberto Barroso** (Redator para o Acórdão):

1. Trata-se de recursos extraordinário e especial interpostos por JOÃO RODRIGUES contra acórdão condenatório prolatado pela 4<sup>a</sup> Seção do Tribunal Regional Federal da 4<sup>a</sup> Região, que lhe impôs as penas de 03 (três) anos e 01 (um) mês, que prescreve em 08 (oito) anos, em razão da prática do crime do art. 89 da Lei nº 8.666/93, e de 02 (dois) anos e 01 (um) mês, que prescreve em 08 (oito) anos, em razão da prática do crime do art. 90 da Lei nº 8.666/93.

2. Os fatos ocorreram em 08.02.1999 e a denúncia foi recebida em 18.05.2006. O acórdão condenatório foi prolatado em 17.12.2009 e publicado em 18.02.2010 (fls. 1278). Do acórdão, foram opostos 03 (três) embargos de declaração.

3. Após a admissão dos recursos especial e extraordinário pelo Tribunal Regional Federal da 4<sup>a</sup> Região, JOÃO RODRIGUES foi diplomado Deputado Federal e a competência para apreciá-los passou a ser do Supremo Tribunal Federal. Os autos foram distribuídos à relatoria do Ministro Luiz Fux e autuados como RE 696.533.

4. O Ministro Luiz Fux, por meio de decisão monocrática, negou seguimento a ambos os recursos, e o agravo regimental interposto em face da decisão foi desprovido à unanimidade pela 1<sup>a</sup> Turma, em sessão virtual de 01.09.2006. Em face deste acórdão, foram opostos novos embargos de declaração, os quais foram acolhidos parcialmente pela Turma para determinar que o julgamento do recurso especial fosse realizado em ambiente presencial.

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 71 de 123

**RE 696533 / SC**

5. Em 28.11.2017, o Juízo da 1<sup>a</sup> Vara Federal de Chapecó encaminhou petição informando que a prescrição da pretensão punitiva irá ocorrer em 12.02.2018.

6. O recorrente apresentou petição requerendo a declaração da extinção da punibilidade em razão da ocorrência da prescrição, considerando que, desde a data do julgamento do acórdão condenatório, já transcorreu o lapso prescricional de 08 (oito) anos.

7. É o relatório.

# *Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 72 de 123

**RE 696533 / SC**

## **VOTO:**

O Senhor Ministro **Luís Roberto Barroso**:

### **I. A HIPÓTESE**

1. A presente hipótese é, no mínimo, inusitada. Por força da regra da prerrogativa de foro, o Supremo Tribunal Federal está julgando um recurso especial interposto por um Deputado Federal em razão da prática de crimes previstos na Lei de Licitações, cometidos à época em que era prefeito do Município de Pinhalzinho/SC. E só o está julgando porque o recorrente, Deputado Federal, tomou posse no cargo após a interposição deste recurso.

2. O que se discute aqui, em síntese, é (i) se o Tribunal pode conhecer do Recurso Especial, consideradas as teses defensivas apresentadas que reclamariam revolvimento de provas e da matéria de fato, o que viola os enunciados nº 07 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça e 279 da Súmula do Supremo Tribunal Federal e (ii) se já operada a prescrição da pretensão executória, considerado o tempo transcorrido desde o acórdão condenatório.

### **II. MÉRITO**

#### **II.1. INOCORRÊNCIA DA PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTÓRIA**

3. Início pelo exame da prescrição, uma vez que, eventualmente pronunciada, impediria o exame do recurso.

4. A interpretação do art. 112, I, do Código Penal sempre suscitou intensos debates na doutrina e na jurisprudência. Por isso mesmo é que afetei ao Plenário o AI 794.971-AgR, de minha relatoria, em 04.11.2014 (caso envolvendo o ex-jogador Edmundo). Na oportunidade

# *Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 73 de 123

**RE 696533 / SC**

(Sessão de 26.11.2014), ao votar pelo provimento do agravo regimental interposto pelo Ministério Público Federal, consignei o entendimento de que o termo inicial para o cálculo da prescrição da pretensão executória deveria ser a data do trânsito em julgado da condenação para ambas as partes e não somente a data do trânsito em julgado para a acusação, notadamente porque ainda vigorava naquela época entendimento segundo o qual não seria possível a execução provisória da pena, na pendência de recursos extraordinário e especial (HC 84.078, Rel. Min. Eros Grau).

5. Todavia, apesar de reconhecida a repercussão geral dessa matéria (Tema nº 788 – ARE 848.107, Rel. Min. Dias Toffoli), ainda não há uma posição definitiva do Plenário a respeito da compatibilidade do art. 112, inciso I, do Código Penal com a Constituição Federal de 1988. A discussão ganha contornos ainda mais relevantes se considerarmos que, a partir do julgamento do HC 126.292, Rel. Min. Teori Zavascki, em 17.02.2016, a posição majoritária desta Corte tem sido no sentido de permitir a execução da pena após o julgamento de segundo grau.

6. Seja como for, considerando que, no caso dos autos, ainda vigorava o entendimento do STF que proibia a execução provisória da pena na pendência de recursos extraordinário e especial, e coerente com a orientação que venho seguindo desde o voto proferido nos autos do AI 794.971-AgR, de minha relatoria, não reconheço a prescrição da pretensão executória.

7. A extinção da pretensão executória pelo decurso do prazo prescricional pressupõe a inércia do Estado. Para Roberto Delmanto Júnior, “o instituto da prescrição, além do importantíssimo papel de evitar punições completamente extemporâneas e já sem significado como medida de prevenção especial e geral, retributiva e ressocializadora, possui a correlata função de impor celeridade à atuação do Poder Judiciário (...) Celeridade que significa diligência e não precipitação, e que

**RE 696533 / SC**

é um direito do acusado" (Código Penal Comentado, Saraiva, 8<sup>a</sup> edição, p. 403).

8. É a partir desse conjunto de ideias que interpreto o art. 112, inciso I, do Código Penal. Isto é, não vejo como admitir o início da contagem do prazo da prescrição executória enquanto não puder ser efetiva e concretamente exercida a pretensão estatal, ou seja, o simples trânsito em julgado da sentença condenatória para a acusação não pode ter o automático efeito de iniciar o curso da prescrição executória. Isso porque, na concreta situação dos autos, após a sentença condenatória (contra a qual o MP não se insurgiu), a defesa fez uso de sucessivos recursos que impediram o trânsito em julgado do título condenatório. De se perguntar: poderia o Ministério Público pleitear o início da execução provisória na pendência do recurso especial? Certamente que não, ou ao menos enquanto vigorou a orientação jurisprudencial estabelecida no julgamento do HC 84.078, Rel. Min. Eros Grau, que proibia a execução provisória da sanção penal.

9. Nessas condições, a partir de uma interpretação sistemática do art. 112, I, do Código Penal, entendo que o termo inicial da pretensão executória se dá com o trânsito em julgado da condenação para ambas as partes. Entendimento adotado pela Primeira Turma no julgamento do HC 107.710-AgR, de minha relatoria, Sessão de 09.06.2015, e do HC 115.269, da relatoria da Ministra Rosa Weber, Sessão de 10.09.2013, assim ementado:

"[...]

2. Com o julgamento do HC 84.078/MG pelo Plenário deste Supremo Tribunal Federal, Rel. Ministro Eros Grau, DJe 26.2.2010, foi reputada constitucional a execução provisória da pena e condicionado o início da fase executiva ao trânsito em julgado da

**RE 696533 / SC**

condenação criminal.

3. Diante da amplitude conferida pela Suprema Corte ao princípio da presunção de inocência, ou da não culpabilidade, consagrado na Constituição Federal de 1988, que inviabiliza a execução da pena antes do trânsito em julgado da sentença penal condenatória, não enseja a concessão da ordem de ofício decisão fundada em releitura do art. 112, inciso I, do Código Penal, com exegese, consentânea com aquele entendimento, no sentido de que o prazo prescricional da pretensão executória somente passa a fluir após o encerramento definitivo da fase cognitiva do processo penal.

4. *Habeas corpus extinto sem resolução do mérito.*"

10. No caso sob exame, considerando que o trânsito em julgado da condenação para ambas as partes ainda não ocorreu, não há falar-se em início da prescrição da pretensão executória.

11. Colhe-se dos autos que a pena imposta ao recorrente em razão da prática do crime do art. 89 da Lei nº 8.666/93 foi de 03 (três) anos, 01 (um) mês e 15 (quinze) dias de detenção, e a imposta em razão da prática do crime do art. 90 da Lei nº 8.666/93 foi de 02 anos, 01 mês e 15 dias de detenção. A prescrição para ambas as penas ocorre em 08 (oito) anos. O lapso prescricional não transcorreu, ainda que se considere como marco interruptivo a data do julgamento (17.12.2009) e não a data da publicação do acórdão condenatório, já que o termo inicial da prescrição da pretensão executória é o trânsito em julgado para ambas as partes.

**RE 696533 / SC**

12. A título de reforço argumentativo, verifico, em concreto, a efetiva existência de manobras procrastinatórias. Do acórdão condenatório, foram opostos 03 (três) embargos de declaração, sendo que o último deles não foi sequer admitido pelo Desembargador Relator (fls. 1453). Há mais: após a interposição dos segundos embargos de declaração, o recorrente renunciou ao cargo de prefeito e o processo foi remetido para a 1<sup>a</sup> instância, e apenas retornou ao Tribunal Regional Federal da 4<sup>a</sup> Região em razão de manifestação do Ministério Público Federal requerendo que os segundos embargos de declaração fossem julgados pelo Tribunal.

**II.2. DEMAIS TESES DO RECURSO ESPECIAL**

13. As teses de mérito do recurso especial, como disse, já foram examinadas pelo Supremo Tribunal Federal por duas vezes: uma, em sessão virtual posteriormente anulada pela Turma para trazer a matéria à discussão presencial. Outra, monocraticamente, pelo Ministro Luiz Fux, em sede de habeas corpus impetrado pelo ora recorrente. Deste modo, por estar de acordo com os fundamentos do acórdão proferido em Sessão Virtual da 1<sup>a</sup> Turma de 01.09.2016, apenas reproduzo a ementa:

EMENTA: PENAL E PROCESSUAL PENAL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. RECURSO ESPECIAL. DIPLOMAÇÃO SUPERVENIENTE AO CARGO DE DEPUTADO FEDERAL. COMPETÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL PARA JULGAR AS INFRAÇÕES PENais CONTRA MEMBROS DO CONGRESSO NACIONAL. ART. 102, I, B , DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. CRIMES DE DISPENSA IRREGULAR DE LICITAÇÃO E

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 77 de 123

RE 696533 / SC

DE FRAUDE À LICITAÇÃO (ARTS. 89 E 90 DA LEI 8.666/93). VICE-PREFEITO MUNICIPAL. CONDENAÇÃO. ALEGADA INCOMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. INEXISTÊNCIA. COMPETÊNCIA ATRAÍDA PELA MALVERSAÇÃO DE VERBA PÚBLICA FEDERAL. INÉPCIA DA DENÚNCIA. INOCORRÊNCIA. AFERIÇÃO DE EVENTUAL PREJUÍZO CAUSADO AO ERÁRIO. ANÁLISE DA EXISTÊNCIA, OU NÃO, DO DOLO ESPECÍFICO DO PACIENTE DE LESAR OS COFRES PÚBLICOS E OBTER VANTAGEM ILÍCITA. EXAME DA REGULARIDADE, OU NÃO, DO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO. DOSIMETRIA. REVOLVIMENTO DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. VEDAÇÃO. SÚMULA 279/STF. INCIDÊNCIA. NULIDADES. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO. RECURSOS DESPROVIDOS.

1. A Justiça Federal é competente para o julgamento de crimes relativos à desvio ou à apropriação de verba federal destinada à realização de serviços de competência privativa da União ou de competência comum da União e do ente beneficiário, ou de verba cuja utilização se submeta à fiscalização por órgão federal. Precedentes: (RE 464.621/RN, Rel. Min. Ellen Gracie, Segunda Turma, DJe 21/11/2008; RE 605.609-AgR, Primeira Turma, Relatora a Ministra

# *Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 78 de 123

RE 696533 / SC

Cármem Lúcia, DJe de 1º/02/2011; HC 81.994, Primeira Turma, Relator o Ministro Ilmar Galvão, DJ de 27/09/2012.).

2. O elemento definidor da competência do órgão judiciário, em se tratando de questão envolvendo suposta apropriação ou aplicação irregular de verbas públicas federais repassadas a Estados e Municípios, está no interesse lesado em decorrência da pretensa conduta criminosa.

3. O fato de a verba repassada ser proveniente de recursos federais e fiscalizada pela União, é suficiente para afirmar a existência de interesse desta e a consequente competência da Justiça Federal para apreciar o feito. Precedentes: RHC 98.564 Rel. Min. Eros Grau, Segunda Turma, DJe de 6/11/2009; HC 80.867, Rel. Min. Ellen Gracie, Primeira Turma, DJe de 12/04/2002; ACO 1.109/SP, Red. p/ acórdão, Min. Luiz Fux, DJe de 7/3/2012.

4. A verba federal repassada ao Município não se incorporou definitivamente ao patrimônio da municipalidade, tendo em vista que o Contrato de Repasse não conferiu autonomia ao ente municipal para administrá-la de forma discricionária; mas, ao revés, previu, expressamente, a necessidade de prestação de contas à União.

5. É apta a denúncia que bem individualiza a conduta do réu, expondo de forma pormenorizada o fato criminoso, preenchendo, assim, os requisitos do art. 41

# *Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 79 de 123

RE 696533 / SC

do Código de Processo Penal. Basta que, da leitura da peça acusatória, possam-se vislumbrar todos os elementos indispensáveis à existência de crime em tese, com autoria definida, de modo a permitir o pleno exercício do contraditório e da ampla defesa (AP 396, Pleno, Relatora a Ministra Cármem Lúcia, DJe de 28/4/2011). No mesmo sentido: HC 109.942, Primeira Turma, Relatora a Ministra Cármem Lúcia, DJe de 1º/08/2012; HC 108.645, Primeira Turma, Relatora a Ministra Cármem Lúcia, DJe de 1º/02/2012; HC 103.104, Primeira Turma, Relator o Ministro Marco Aurélio, DJe de 14/02/2012; RHC 101358, Segunda Turma, Relatora a Ministra Ellen Gracie, DJ de 10.09.10.

6. No caso sub examine, a denúncia descreve de forma minuciosa e individualizada as condutas praticadas pelo recorrente, destacando, inclusive, ser ele o principal responsável pela fraude na licitação, como Prefeito Municipal em exercício de Pinhalzinho, eis que autorizou e chancelou todo o processo licitatório

7. A aferição de eventual prejuízo causado ao erário, a análise da existência, ou não, do dolo específico do recorrente de lesar os cofres públicos e obter para si vantagem ilícita, bem como o exame da regularidade, ou não, do procedimento licitatório realizado, demandaria o revolvimento do contexto fático-probatório, inviável na via

# *Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 80 de 123

**RE 696533 / SC**

do recurso extraordinário e do recurso especial, nos termos da Súmula 279 do Supremo Tribunal Federal, verbis : para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário .

8. O entendimento fixado pelo Tribunal a quo está em consonância com a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, no sentido de que para a configuração da conduta descrita nos arts. 89 e 90 da Lei de Licitações, o agente deve agir impulsionado por dolo, ou seja, consciente da ilegalidade do ato que está praticando, ignorando as exigências legais para a contratação direta, ou simulando a presença das mesmas. Precedentes: Inq 2.648/SP, Rel. Ministra Cármem Lúcia e Inq 2.482/MG, Red. p/ acórdão, Ministro Luiz Fux.

9. A nulidade no direito penal exige a demonstração do efetivo prejuízo para a defesa, consoante dispõe o artigo 563 do Código de Processo Penal, o que importa dizer que a desobediência às formalidades estabelecidas na legislação processual somente poderá implicar o reconhecimento da invalidade do ato quando a sua finalidade estiver comprometida em virtude do vício verificado. Precedentes.

10. A dosimetria da pena, bem como os critérios subjetivos considerados pelos órgãos inferiores para a sua realização, não são passíveis de aferição na via do recurso

# *Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 81 de 123

**RE 696533 / SC**

extraordinário e do recurso especial, por demandar minucioso exame fático e probatório. Incide, portanto, a Súmula 279 do Supremo Tribunal Federal. Precedentes: ARE 653.681-AgR, Relator o Ministro Gilmar Mendes, Segunda Turma, DJe 11/10/2011; AI 829.772-AgR, Relator o Ministro Joaquim Barbosa, Segunda Turma, DJe 17/9/2012; ARE 784.966-AgR/PA, Relatora a Ministra Cármem Lúcia, Segunda Turma, DJe 26/3/2014; ARE 742.871-AgR, Relatora a Ministra Rosa Weber, Primeira Turma, DJe 3.10.2013.

11. In casu , i) O recorrente à época dos fatos, vice-prefeito do Município de Pinhalzinho/SC foi denunciado como incurso nas sanções dos arts. 89 e 90 da Lei 8.666/93, por ter, no período em que exerceu a prefeitura, em substituição ao prefeito, dispensado, fora das hipóteses legais, a realização de procedimento licitatório para a alienação de uma retroescavadeira, bem como por ter fraudado a licitação efetuada para a compra de uma nova retroescavadeira.

ii) Após a instrução criminal, o recorrente foi condenado pelo Tribunal Regional Federal da 4<sup>a</sup> Região à pena de 3 (três) anos, 1 (um) mês e 15 (quinze) dias de detenção, pela prática do delito previsto no art. 89 da Lei 8.666/93 e a 2 (dois) anos, 1 (um) mês e 15 (quinze) dias de detenção, pela prática do crime tipificado no art. 90 do mesmo

# *Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 82 de 123

**RE 696533 / SC**

diploma legislativo. Fixou-se o regime semiaberto para o início do cumprimento das penas privativas de liberdade que, somadas, totalizam 5 (cinco) anos e 3 (três) meses de detenção.

iii) A Corte Regional assentou a competência da Justiça Federal para processar e julgar o feito, tendo em vista que os crimes de dispensa irregular de licitação e de fraude à licitação (arts. 89 e 90 da Lei 8.666/93, respectivamente) foram praticados em detrimento de verba pública federal. Isso porque a origem da verba utilizada pelo Município para a aquisição de bem móvel em processo licitatório fraudulento foi o Contrato de Repasse celebrado entre a Municipalidade por meio do Fundo de Desenvolvimento Agropecuário FUNDAPI e a Caixa Econômica Federal.

iv) O Recurso Especial foi originariamente interposto para o Superior Tribunal de Justiça e, posteriormente, foi remetido ao Supremo Tribunal Federal, em razão da diplomação do recorrente no cargo de Deputado Federal.

12. O Supremo Tribunal Federal é competente para julgamento do recurso especial interposto contra o acórdão condenatório proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4<sup>a</sup> Região. É que após a interposição do recurso especial, o recorrente foi diplomado no cargo de

# *Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 83 de 123

**RE 696533 / SC**

Deputado Federal, o que atrai a competência desta Suprema Corte para julgamento das ações penais contra os membros do Congresso Nacional, nos termos do art. 102, I, b , da Constituição Federal. No julgamento da Questão de Ordem no Inquérito 1.070/TO, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, esta Corte entendeu que compete ao Supremo Tribunal Federal julgar o recurso especial quando há a superveniente diplomação do recorrente no cargo de Deputado Federal.

13. Agravo regimental no Recurso Extraordinário e Recurso especial desprovidos.

14. Ressalto, no ponto, que os tipos penais em análise não reclamam a verificação de dano ao erário. Como se sabe, a regra para a contratação pelo poder público é que os contratos sejam precedidos de procedimento licitatório, assegurando a concorrência entre as empresas participantes, com o objetivo de obter a proposta mais vantajosa para a Administração Pública. Por essa razão, as hipóteses de inexigibilidade ou dispensa de licitação são taxativas e não podem ser ampliadas. O bem jurídico tutelado aqui é, em última instância, a própria moralidade administrativa e o interesse público, prescindindo a consumação dos delito em análise, repita-se, da ocorrência de dano ao erário, uma vez que o interesse público já foi lesado pela ausência de higidez no procedimento licitatório

15. Por outro lado, a aferição do dolo específico ou da ocorrência de dano ao erário demandam revolvimento fático probatório, como bem salientado na ementa acima transcrita, o que é inviável na via do recurso especial, nos termos dos enunciados nº 07 do Superior

# *Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 84 de 123

**RE 696533 / SC**

Tribunal de Justiça e 279 do Supremo Tribunal Federal.

## III. CONCLUSÃO

16. Diante do exposto, não conheço do recurso especial e determino a imediata execução da pena imposta pelo Tribunal Regional Federal da 4<sup>a</sup> Região, a quem delego a execução da pena.

17. Expeça-se mandado de prisão.

18. É como voto.

# Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 85 de 123

06/02/2018

PRIMEIRA TURMA

## RECURSO EXTRAORDINÁRIO 696.533 SANTA CATARINA

### VOTO

**A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER** - Senhor Presidente, comungo das premissas do eminente Relator quando faz a distinção entre o agir criminoso e o ilícito administrativo, ato de improbidade. Tenho votado nessa linha, que me parece também ser a linha da jurisprudência tanto do Supremo Tribunal Federal quanto do Superior Tribunal de Justiça.

Mas a questão colocada pelo eminente Ministro Barroso, para mim, com toda vénia ao eminente Relator, afigura-se como um obstáculo intransponível, porque estamos em sede de recurso especial, e o recurso especial, enquanto recurso de natureza extraordinária, de fundamentação vinculada, não permite revolvimento de fatos e provas.

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR)** - Ministra Rosa, só para justificar o meu ponto de vista.

Eu estou considerando os fatos e provas tais como eles foram produzidos. Eu estou dando uma categorização jurídica diferente, porque eu estou entendendo que faz parte do elemento subjetivo do tipo dolo e, então, entendi que isso não foi comprovado. Mas, claro, sempre votei também no sentido de que não se pode reexaminar a Súmula nº 7 no STJ.

No caso, entendi, com a devida vénia, que não se tratava de analisar fatos e provas, mas de verificar se aqueles fatos narrados se enquadravam na tipificação legal. E, aí, eu entendi que não se enquadravam. Eu não violei, digamos assim, o meu entendimento de que não se pode analisar fatos e provas, apenas entendi diferente.

**A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER** - Certo.

Com relação à questão do dano, eu também entendo que não há absolutamente necessidade da comprovação do dano. O exemplo trazido pelo Ministro Luís Roberto evidencia, a não mais poder, a desnecessidade da comprovação do prejuízo, mas a comprovação do dolo específico, do especial fim de agir é, na minha visão, necessária. E, pelo que eu

# *Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 86 de 123

**RE 696533 / SC**

depreendi do que foi exposto por Vossa Excelência e pelo Ministro Luís Roberto, para nós concluirmos dessa forma, teria de haver sim o revolvimento de fatos e provas.

Com a devida vénia, acompanho a divergência aberta pelo Ministro Luís Roberto. Não consigo transpor, embora comprehenda, e também assim votei no Plenário Virtual, a posição de Vossa Excelência de que, na verdade, não estaria havendo um revolvimento de fatos e provas, e sim um novo reenquadramento dos fatos tal como postos na decisão recorrida.

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR)** - Eu queria destacar, também, que houve realmente esse equívoco. Pelo volume, eu coloquei o recurso especial no Plenário, razão pela qual vieram embargos de declaração e a Turma corretamente anulou, porque não se poderia julgar o recurso especial no Plenário Virtual.

06/02/2018

PRIMEIRA TURMA

**RECURSO EXTRAORDINÁRIO 696.533 SANTA CATARINA**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, distingo os tipos da Lei nº 8.666/1993, considerado o disposto nos artigos 89 e 90. Quanto ao 90, não tenho a menor dúvida, o elemento subjetivo é o dolo, tendo em conta a cláusula final do preceito:

"Art. 90. Frustrar ou fraudar, mediante ajuste, combinação ou qualquer outro expediente, o caráter competitivo do procedimento licitatório," – aí vem revelado o elemento subjetivo – "com o intuito de obter, para si ou para outrem, vantagem decorrente da adjudicação do objeto da licitação" (...).

Já, no tocante ao artigo 89, não; o preceito contenta-se com a culpa, ao revelar que é crime:

"Art. 89. Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade" (...).

Se o acórdão proferido na origem implicou a condenação pelo artigo 90, mesmo não tendo havido o intuito previsto no preceito – já não cogito de prejuízo em si para a Administração Pública –, evidentemente tem-se conflito da condenação com o artigo 90.

Creio que há condenação ante o artigo 90 e, também, o 89. É isso, Ministro?

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR)** - É. A posição de Vossa Excelência quanto ao caráter objetivo é conhecida. Vossa Excelência sempre foi coerente no sentido...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Não é isso. Não cogito de responsabilidade penal objetiva.

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR)** - Não, Vossa Excelência diz que já se pressupõe o crime.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Estou fazendo a

# *Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 88 de 123

**RE 696533 / SC**

distinção entre os dois tipos: o do artigo 89, a dispensar o elemento subjetivo, o dolo, sendo suficiente a culpa, e o do artigo 90, a exigir esse elemento subjetivo.

Então, concordo com Vossa Excelência, no voto proferido, relativamente à condenação pelo artigo 90, já que não consta do acórdão, segundo anunciado por Vossa Excelência, o intuito de beneficiar a si mesmo ou a terceiro. Se não houve esse propósito, evidentemente não se pode enquadrar a conduta no preceito. Mas sobeja a condenação pelo artigo 89. E vejo, no parecer da Procuradoria, que se pretendeu, inclusive, executar o título judicial formalizado pelo Regional Federal, sem a preclusão maior, primeiro pronunciamento judicial, porque a competência mostrou-se originária. Vejo que o recorrente foi condenado a 3 anos, 1 mês e 15 dias de detenção pela prática do delito versado no artigo 89 e a 2 anos, 1 mês e 15 dias de detenção pelo cometimento do crime tipificado no artigo 90, sem o intuito a que me referi, sem o elemento subjetivo que é o dolo.

Quanto a essa última condenação, estou acompanhando o Relator. Afasto-a, partindo da premissa de constar do acórdão do Regional Federal que não houve a intenção de beneficiar a si mesmo, o recorrente, ou a terceiro.

Não tenho como enquadrar da mesma forma a condenação pelo artigo 89, já que o preceito se contenta com o elemento subjetivo que é a culpa.

Por isso, conheço parcialmente do recurso e o provejo apenas para afastar a condenação decorrente do enquadramento da conduta no artigo 90 da Lei nº 8.666/1993.

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 89 de 123

06/02/2018

PRIMEIRA TURMA

**RECURSO EXTRAORDINÁRIO 696.533 SANTA CATARINA**

**ESCLARECIMENTO**

**O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (PRESIDENTE)**

- Ministro Fux, nos autos, há um pedido da Procuradora-Geral da República para que se dê execução imediata da pena, sob pena de ocorrer a prescrição na semana que vem, dia 12 de fevereiro. Da presente decisão, até ser publicada, e havendo embargos, ocorreria a prescrição. Então, gostaria de ouvir Vossa Excelência.

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR)** - Eu diria a Vossa

Excelência que, neste momento, na posição de vencido, quem deverá abrir essa discussão é o Ministro Barroso.

# Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 90 de 123

06/02/2018

PRIMEIRA TURMA

## RECURSO EXTRAORDINÁRIO 696.533 SANTA CATARINA

### PROPOSTA

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO** - Presidente, proponho o cumprimento imediato na forma referida pelo Ministério Público.

Eu entendo que o art. 112, I, do Código Penal, que é o relevante, aqui, cuja leitura farei, o dispositivo tem a seguinte dicção:

"Art. 112 - No caso do art. 110 deste Código, a prescrição começa a correr:

I - do dia em que transita em julgado a sentença condenatória, para a acusação, ou a que revoga a suspensão condicional da pena ou o livramento condicional; "

Esse dispositivo do art. 112, I, do Código Penal convivia com o entendimento pacífico da jurisprudência de que os recursos extraordinário, vale dizer, o especial e o extraordinário, não tinham efeito suspensivo e, consequentemente, era possível, desde logo, a execução do julgado a partir do segundo grau.

Posteriormente, em 2009, o Supremo Tribunal Federal modificou esse entendimento passando a prevalecer a tese defendida, à época, pelo Ministro Eros Grau, de que só era possível a execução da decisão condenatória depois do trânsito em julgado.

Evidentemente, a partir do momento em que o Supremo passou a entender de só ser possível a execução do julgado após o trânsito em julgado, esse dispositivo, interpretado sistematicamente, não pode permitir o curso da prescrição da pretensão punitiva pela razão singela de que prescrição significa a perda de uma pretensão, no caso a pretensão punitiva, pelo seu não exercício a tempo e a hora, pela inércia de quem deveria agir.

**RE 696533 / SC**

Ora bem, se o Supremo Tribunal Federal não permitia a execução, evidentemente o prazo de prescrição não pode começar a correr sob pena de contradição lógica.

Nós já decidimos essa matéria. No meu voto mesmo, há uma longa transcrição num voto feliz da Ministra Rosa Weber. Eu levei já essa matéria ao Plenário; o julgamento foi suspenso; há um repercussão geral a propósito desse tema. Mas parece-me que viola qualquer regra lógica entender-se que se operou a prescrição para a execução que algo que não podia ser executado, porque, do contrário, se prevalecer esse entendimento, nós estaremos dando a advocacia criminal o dever indigno de procrastinar todos os processos o máximo que puder, interpondo recursos descabíveis e absurdos, e passando pela humilhação de que, para servir o cliente, ter de fazer um papelão. E eu me recusaria a impor aos admiráveis advogados criminais brasileiros esse papel.

No caso específico aqui, nós tivemos: primeiros embargos de declaração; segundos embargos de declaração; terceiros embargos de declaração; renúncia do prefeito ao mandato, que era para o processo baixar; volta do processo para o Tribunal Regional, recurso especial, recurso extraordinário, agravo regimental. E, por conseguinte, um dia o prazo se expira pela profusão de recursos.

E aqui não vai vestígio de crítica a nenhum advogado, até porque o ilustre Advogado que está na tribuna assumiu o caso só quando estava no Supremo Tribunal Federal. Portanto, o advogado que eventualmente desempenha esse papel porque o sistema o permite para salvar o seu cliente, eu não o estou criticando. Mas eu não vou endossar um sistema que obrigue o advogado a fazê-lo.

Dessa forma que, com todas as vêrias de quem pensa diferentemente, o art. 112, I, do Código Penal, interpretado sistematicamente à luz da jurisprudência que prevaleceu no Supremo de 2009 até 2016, jamais poderia significar início do curso do prazo de prescrição da pretensão executória, porque não é possível prescrever alguma coisa que não possa ser executada.

Portanto, pedindo todas as vêrias e entendendo as razões do ilustre

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 92 de 123

**RE 696533 / SC**

Advogado, eu entendo ter incorrido a prescrição. E, consequentemente, Presidente, voto na linha requerida pelo Ministério Público, pela execução imediata da decisão.

# Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 93 de 123

06/02/2018

PRIMEIRA TURMA

## RECURSO EXTRAORDINÁRIO 696.533 SANTA CATARINA

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, duas palavras.

Nós estamos julgando o recurso especial, que não é remédio de mão dupla. Não estamos julgando qualquer incidente alusivo à execução. Evidentemente, caberá ao Tribunal Regional Federal executar, ou não, o título judicial. Exauriu-se, a meu ver, a atribuição da Turma com a proclamação referente ao recurso especial, que não foi conhecido. Vamos adentrar agora a problemática alusiva à execução do título judicial? Somos competentes para tanto, em queima de etapas? Mais ainda, hoje, os jornais publicam que não se pode majorar a pena simplesmente para fugir-se à prescrição. Inclusive, há um diálogo travado, se não me falha a memória, entre o ministro Joaquim Barbosa e o ministro Luís Roberto Barroso no julgamento do caso do "Mensalão". Pergunta-se: é possível a queima de etapas, olvidando-se, inclusive, de atribuição do órgão para fugir-se a essa mesma prescrição, assentando-se que, simplesmente, não se aguardará a publicação do pronunciamento da Turma não conhecendo do recurso especial, e ter-se-á a expedição imediata do mandado de prisão? Podemos nós determinar essa expedição do mandado de prisão? A meu ver, não! Por isso é que penso que a atribuição da Turma se esgotou com a proclamação. Não foi conhecido o recurso especial. Agora, se incidiu, ou não, a prescrição da pretensão executória é um problema a ser dirimido pelo Tribunal que prolatou a decisão de mérito, não pelo Supremo.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (PRESIDENTE)

- Ministro Marco Aurélio, exatamente em virtude disso, como há um requerimento, eu fiz questão de salientar a necessidade de análise.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – O requerimento estaria submetido ao Relator.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (PRESIDENTE)

- Exato. Eu indaguei ao Relator, que cedeu, em virtude de ter sido vencido, ao Redator do acórdão, que, nos termos do Regimento Interno,

# *Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 94 de 123

**RE 696533 / SC**

pode trazer esse assunto como uma questão de ordem, porque esse tema é importantíssimo. Ao que eu tenho entendido, o Ministro Barroso acatou isso, trazendo como uma questão de ordem para já decidirmos.

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO** - Eu penso que a decisão da execução imediata é do nosso dever. Eu não posso ser indiferente ao produto do meu trabalho. Portanto, se vai ocorrer a prescrição daqui a dias, e eu posso evitá-la, considero do meu dever determinar a execução da decisão.

A questão da prescrição, ou não, é outro tema talvez. Como o Advogado suscitou da tribuna, e o eminente Relator pediu que eu me pronunciasse, eu assim o fiz. É possível que se diga, Ministro Alexandre, Presidente, que essa questão da prescrição pode não ser um pronunciamento do dispositivo da Turma, mas ele é premissa de eu mandar executar, porque, se eu achar que está prescrito, eu não deverei mandar executar. Portanto, que deve executar eu não tenho dúvida, e que este é meu entendimento sobre a prescrição eu também não tenho dúvida. Porém, acho que o Ministro Marco Aurélio tem um ponto de que este não era o objeto, se nós não conhecemos do recurso especial. Portanto, eu não acho que nós possamos estar fazendo coisa julgada, neste momento, em relação à prescrição, mas, em relação ao cumprimento imediato, certamente, eu acho que devemos determinar.

**O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO** - Mas será que podemos determinar o cumprimento imediato de decisão que não proferimos?

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO** - Perdão! A decisão do Tribunal substitui a decisão de origem.

**O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO** - Substitui quando conhecido o recurso, confirmando-se ou reformando-se a decisão de origem! É o que nos vem do Código de Processo Civil. No caso de não conhecimento do recurso, não há qualquer substituição.

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO** - Foi o Juizado da origem que oficiou comunicando o risco da prescrição e pedindo a intervenção do Tribunal. Foi isso que aconteceu.

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 95 de 123

06/02/2018

PRIMEIRA TURMA

**RECURSO EXTRAORDINÁRIO 696.533 SANTA CATARINA**

<b>RELATOR</b>	<b>: MIN. LUIZ FUX</b>
<b>REDATOR DO ACÓRDÃO</b>	<b>: MIN. ROBERTO BARROSO</b>
<b>RECTE.(S)</b>	<b>: JOÃO RODRIGUES</b>
<b>ADV.(A/S)</b>	<b>: ANTONIO NABOR AREIAS BULHOES E OUTRO(A/S)</b>
<b>ADV.(A/S)</b>	<b>: MARLON CHARLES BERTOL E OUTRO(A/S)</b>
<b>RECD0.(A/S)</b>	<b>: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL</b>
<b>PROC.(A/S)(ES)</b>	<b>: PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA</b>
<b>INTDO.(A/S)</b>	<b>: ELOI TREVISAN</b>
<b>ADV.(A/S)</b>	<b>: GÉLSON JOEL SIMON E OUTRO(A/S)</b>
<b>INTDO.(A/S)</b>	<b>: LUIZ FERNANDO DE OLIVEIRA GUEDES</b>
<b>ADV.(A/S)</b>	<b>: LUIZ ANTONIO COSTA E OUTRO(A/S)</b>
<b>INTDO.(A/S)</b>	<b>: LUIZ HENTZ</b>
<b>ADV.(A/S)</b>	<b>: GÉLSON JOEL SIMON E OUTRO(A/S)</b>
<b>INTDO.(A/S)</b>	<b>: CLAUDIO PEDRO UTZIG</b>

**OBSERVAÇÃO**

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO** - Isso está virando um debate permanente. O advogado é muito ilustre, muito estimado, mas não existe esse tipo de debate. Há um sexto juiz presente, o que é inadmissível. Eu acho que as regras que valem para os advogados menos conhecidos valem para os advogados mais conhecidos também! A regra vale para todo mundo! Não existe isso de um advogado na tribuna interpelando e questionando todos os Juízes que se manifestam. Portanto, eu acho que essa é uma exceção grave e ruim!

# Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 96 de 123

06/02/2018

PRIMEIRA TURMA

## RECURSO EXTRAORDINÁRIO 696.533 SANTA CATARINA

### VOTO S/ PROPOSTA

**A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER:** O Ministro Luís Roberto lembrou a minha posição com relação ao art. 112, I, do Código Penal, quando me debrucei sobre esse tema ao exame do HC 115.269, sessão de 10.9.2013. Naquela oportunidade, pareceu-me inafastável a impossibilidade de entender em curso, ou consumado, o prazo prescricional, à falta de inércia, porque o conceito de inércia é ínsito ao instituto da prescrição. Por isso, à época, adotei a orientação, a partir de exegese sistemática do art. 112, I, do Código Penal - considerada a jurisprudência então prevalecente da Casa no sentido da inviabilidade da execução antecipada da pena -, de não restringir a dicção do preceito ao “trânsito em julgado da sentença condenatória para a acusação”. Vale dizer, a prescrição da pretensão executória da pena só começaria a fluir quando do trânsito em julgado da sentença condenatória para ambas as partes.

A premissa do Ministro Luís Roberto diz com a prevalência nesta Corte de 2009 a 2016 do entendimento de que, pela observância do princípio da presunção de inocência, se deveria aguardar o trânsito em julgado da condenação para efeito de execução da pena. Tal entendimento não é mais o hoje prevalecente, contra a minha posição pessoal externada no Plenário, em que integrei a corrente minoritária. Desde então, aplico, pelo respeito ao princípio da colegialidade, a compreensão majoritária na Casa. Fico, portanto, numa posição quase paradoxal aqui, porque tenho prestigiado a orientação majoritária do Plenário no sentido de que a execução antecipada da pena não afronta o princípio da presunção de inocência e, ao mesmo tempo, entendo que o reconhecimento da prescrição exige a inércia.

Por isso, e pedindo toda vénia ao Ministro Luís Roberto, eu acompanho a posição que foi externada pelo Ministro Marco Aurélio. Eu me limito a não conhecer do recurso especial, não apreciando neste

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 97 de 123

**RE 696533 / SC**

momento, nesta sede, a arguição de prescrição, apesar de, pelo que noticia o Ministro Luís Roberto, ter vindo a notícia da origem.

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 98 de 123

06/02/2018

PRIMEIRA TURMA

**RECURSO EXTRAORDINÁRIO 696.533 SANTA CATARINA**

**VOTO S/ PROPOSTA**

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR)** - Presidente, a Ministra Rosa Weber tocou em um ponto que é fundamental, muito embora tenha, digamos assim, concluído de forma diversa. Eu compus a corrente do Tribunal Pleno favorável à execução provisória na segunda instância.

Então, Senhor Presidente, com todas as vêrias - e eu também acompanho o que eu tenho aqui -, eu entendo que não ocorreu a prescrição, contando-se da data da publicação do acórdão e dos recursos que não foram inadmitidos posteriormente. Aliás, o Professor Barbosa Moreira já preconizava isso de há muito, afirmando que recurso inadmissível não tem o condão de interromper o prazo prescricional. Eu compus o colegiado nesta afirmação de que, não ocorrendo a condenação, a segunda instância é suficiente para gerar a execução provisória. Fui vencido nessa questão, porque dei provimento ao recurso e sucede que a maioria não conheceu do recurso. Isso significa dizer que se mantém de pé a condenação. Ora, mantendo-se de pé a condenação, e não tendo havido prescrição, o caminho natural é a execução provisória da condenação. Eu não posso ser incoerente com aquilo que eu votei no Plenário. E é assim que eu me manifesto, mantendo a minha coerência com relação a esse incidente superveniente.

# Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 99 de 123

06/02/2018

PRIMEIRA TURMA

## RECURSO EXTRAORDINÁRIO 696.533 SANTA CATARINA

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Não entendi a conclusão de Vossa Excelência. Vossa Excelência não adentra, então, a tese?

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR)** - Não, eu fui vencido.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Vossa Excelência adentra a matéria da prescrição, mesmo não tendo conhecido do recurso? Prescrição é mérito.

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO** - O Ministro Fux, como ficou vencido, entende que deve executar. A prescrição é semana que vem.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Não importa quando ocorrerá.

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO** - A mim, importa. Eu estou cumprindo o meu papel.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - A mim não importa, porque observo estritamente a organicidade do Direito, o sistema pátrio.

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO** - Isso. Condenado, de acordo com a decisão do Plenário, cumpre a pena.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Não posso, depois de declarar o não conhecimento de certo recurso, adentrar o mérito, que é a prescrição.

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO** - Mas não é mérito.

**O SENHOR JULIANO CARVALHO (SUBPROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA)** - Nem para declará-la, Ministro?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Presidente, peço que o Procurador, que já foi indelicado, no início da sessão, não continue sendo indelicado.

**O SENHOR JULIANO CARVALHO (SUBPROCURADOR-GERAL)**

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 100 de 123

**RE 696533 / SC**

DA REPÚBLICA) - É matéria de ordem pública.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (PRESIDENTE)

- Doutor, eu peço novamente que o senhor aguarde o momento de falar. Espero que seja a última vez.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Já foi indelicado no início da sessão e quer continuar sendo indelicado, isso na primeira vez que atua na Turma.

O SENHOR JULIANO CARVALHO (SUBPROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA) - Não me foi dada a palavra na matéria. Fui cassado aqui.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (PRESIDENTE)

- Doutor, por favor.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – O que é isso? O que é isso? O que é isso? O que é isso? Que ênfase é essa? Que ênfase é essa que se dá à atuação do fiscal da lei, Presidente?

O SENHOR JULIANO CARVALHO (SUBPROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA) - Vossa Excelência há de entender que eu fui cassado. A minha palavra não foi dada na matéria.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (PRESIDENTE)

- A palavra está com o Ministro Marco Aurélio, Doutor.

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR)** - Eu vou me sentir

no...

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (PRESIDENTE)

- Ministro Fux, eu entendi que Vossa Excelência votou a questão e, uma vez não conhecido o recurso, volta o título penal originário do Tribunal Regional Federal e se expedir o mandado.

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR)** - É porque nós não esperamos o trânsito em julgado segundo...

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (PRESIDENTE)

- Sem analisar exatamente se a prescrição não...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Ministro, quem expedirá esse mandado de prisão?

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (PRESIDENTE)

# Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 101 de 123

RE 696533 / SC

- A Turma.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – A Turma?

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (PRESIDENTE)

- Se for vencedor esse posicionamento.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - A Turma em caso concreto em que não conheceu do recurso...

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (PRESIDENTE)

- Cancelado.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – ... assentando tema alusivo ao mérito que é a prescrição.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (PRESIDENTE)

- Cancelado.

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR)** - Não, eu acho que essa solução do Presidente de se oficiar o Tribunal de origem dizendo que ficou mantida a condenação pela inadmissão ...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Mas não mantivemos a condenação!

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR)** - Nós não conhecemos do REsp.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Mas não mantivemos. Quando se mantém, se endossa a condenação, aí sim fez-se o mérito.

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO** - Eu penso que a decisão é nossa porque é parlamentar.

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR)** - O recurso não foi conhecido.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Não se declarou o acerto ou o desacerto do que decidido na origem. A Turma simplesmente assentou que não podia adentrar a matéria de fundo, mas agora o faz quanto à prescrição. A incongruência salta aos olhos!

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO** - Eu entendo que, partir do momento em que o réu se tornou parlamentar, ele está sob a jurisdição do Supremo Tribunal Federal. E, portanto, quem tem a jurisdição para decidir de uma forma ou de outra somos nós.

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 102 de 123

RE 696533 / SC

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (PRESIDENTE)

- Até porque a execução também.

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO** - E, portanto, eu estou votando no sentido do Plenário, de se determinar a pronta execução.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Presidente, lanço a última palavra sobre a matéria. Não atuo de ofício, nesse afã de chegar-se à punição.

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO** - A pedido do Ministério Público !

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Não atuo de ofício.

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO** - A pedido do Ministério Público!

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Entendo que a matéria, ante o não conhecimento do especial - fizemos as vezes do Superior Tribunal de Justiça -, deve ser dirimida pelo órgão competente: o Tribunal Regional Federal.

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO** - Essa é a nossa divergência. O Tribunal Regional Federal não tem jurisdição sobre um parlamentar.

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (PRESIDENTE)

- Exato.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Quanto ao cumprimento da própria decisão não vai atuar? A execução vem para o Supremo relativamente....

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO** - Por essa razão é que o recurso especial foi julgado pelo Supremo!

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - ... a parlamentares?

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO** - Só o Supremo pode!

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO - Nunca fizemos isso, Presidente!

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO** - Só o

# *Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 103 de 123

**RE 696533 / SC**

Supremo pode decidir!

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Caso contrário todo e qualquer título executivo, formalizado por Tribunal diverso, teria que vir para ser açãoado pelo Supremo!

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO** - Absolutamente! Só se a competência for exclusiva do Supremo!

O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES (PRESIDENTE) - A competência do Supremo vai permanecer inclusive porque ainda há agravo regimental em recurso extraordinário. Não retorna a competência para o Tribunal Regional Federal, pois o recorrente não é mais Prefeito Municipal.

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR)** - Essa sua ponderação tornou mais clara a questão.

# Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 104 de 123

06/02/2018

PRIMEIRA TURMA

## RECURSO EXTRAORDINÁRIO 696.533 SANTA CATARINA

<b>RELATOR</b>	<b>: MIN. LUIZ FUX</b>
<b>REDATOR DO ACÓRDÃO</b>	<b>: MIN. ROBERTO BARROSO</b>
<b>RECTE.(S)</b>	<b>: JOÃO RODRIGUES</b>
<b>ADV.(A/S)</b>	<b>: ANTONIO NABOR AREIAS BULHOES E OUTRO(A/S)</b>
<b>ADV.(A/S)</b>	<b>: MARLON CHARLES BERTOL E OUTRO(A/S)</b>
<b>RECDO.(A/S)</b>	<b>: MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL</b>
<b>PROC.(A/S)(ES)</b>	<b>: PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA</b>
<b>INTDO.(A/S)</b>	<b>: ELOI TREVISAN</b>
<b>ADV.(A/S)</b>	<b>: GÉLSON JOEL SIMON E OUTRO(A/S)</b>
<b>INTDO.(A/S)</b>	<b>: LUIZ FERNANDO DE OLIVEIRA GUEDES</b>
<b>ADV.(A/S)</b>	<b>: LUIZ ANTONIO COSTA E OUTRO(A/S)</b>
<b>INTDO.(A/S)</b>	<b>: LUIZ HENTZ</b>
<b>ADV.(A/S)</b>	<b>: GÉLSON JOEL SIMON E OUTRO(A/S)</b>
<b>INTDO.(A/S)</b>	<b>: CLAUDIO PEDRO UTZIG</b>

## OBSERVAÇÃO

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR) –** Eu, antes de votar, só queria ter o prazer de me manifestar em relação ao Ministério Público.

Eu não tenho o parecer aqui específico. Vossa Excelência assinou? Eu só queria dizer o seguinte Doutor Juliano: a Primeira Turma tem como característica um relacionamento excepcional com o Ministério Público, muito bom!

Nós tivemos aqui a Doutora Cláudia, o Doutor Janot, enfim vários Procuradores. Eu e o Ministro Alexandre fomos Promotores de Justiça, e depois eu fiz concurso para juiz. De sorte que nós conhecemos das dificuldades de todas as carreiras, mas nós temos um relacionamento harmônico com o Ministério Público, ora acolhemos, ora não acolhemos as ponderações.

Então, eu gostaria só de transmitir a Vossa Excelência a história do

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 105 de 123

**RE 696533 / SC**

relacionamento da Turma com o Ministério Público para que Vossa Excelência se sentisse à vontade, porque nós estamos numa mesa de diálogo e debate de alta civilidade. Todos nós nos respeitamos muitíssimo e gostaria que Vossa Excelência se sentisse igual aos seus antecessores.

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 106 de 123

06/02/2018

PRIMEIRA TURMA

**RECURSO EXTRAORDINÁRIO 696.533 SANTA CATARINA**

**CONFIRMAÇÃO DE VOTO**

**O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX (RELATOR)** - Senhor Presidente, essa sua ponderação é realmente significativa, porque o processo vai continuar aqui para todos os outros recursos.

Então, pedindo todas as vêrias às opiniões adversas que já foram manifestadas pela Ministra Rosa e pelo Ministro Marco Aurélio, eu entendo que, no momento em que nós não conhecemos do recurso e que se perpetua a nossa competência, a condenação está, evidentemente, imodificável, porque o REsp não logrou esse êxito. Portanto, a condenação está de pé. É uma condenação oriunda de um tribunal, e nós temos obedecido o que o Plenário decidiu no sentido de tornar admissível a execução provisória dessa condenação.

Portanto, eu vou acompanhar o voto do Ministro Luís Roberto Barroso.

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 107 de 123

06/02/2018

PRIMEIRA TURMA

**RECURSO EXTRAORDINÁRIO 696.533 SANTA CATARINA**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, cheguei a adiantar o ponto de vista. Penso que a matéria não se coloca diante da declaração de não conhecimento do recurso especial. Surge impróprio julgar agora esse recurso especial para agravar a situação do recorrente. O tema alusivo à prescrição não é apreciável, de imediato, pelo Colegiado. Nesse sentido é o meu voto.

Em passo seguinte, não tenho sequer os elementos para concluir se houve ou não a incidência da prescrição. E, ao que tudo indica, seria da prescrição da pretensão executória, no que se buscaria a execução do acórdão do Regional Federal. Por isso, pronuncio-me no sentido de que não cabe crivo quanto ao instituto da prescrição, que é mérito.

# Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 108 de 123

06/02/2018

PRIMEIRA TURMA

## RECURSO EXTRAORDINÁRIO 696.533 SANTA CATARINA

### VOTO

**O SENHOR MINISTRO ALEXANDRE DE MORAES:** Consta dos autos que o paciente foi condenado pelo Tribunal Regional Federal da 4<sup>a</sup> Região à pena de 3 (três) anos, 1 (um) mês e 15 (quinze) dias de detenção pela prática do delito previsto no art. 89 da Lei 8.666/1993 e à pena de 2 (dois) anos, 1 (um) mês e 15 (quinze) dias de detenção pela prática do crime tipificado no art. 90 do mesmo diploma legal, sendo que os fatos apurados na ação penal se deram em 8/2/1999, ocasião em que se encontrava no exercício do cargo de prefeito de Pinhalzinho/SC. Fixou-se o regime semiaberto para o início do cumprimento das penas privativas de liberdade que, somadas, totalizam 5 (cinco) anos e 3 (três) meses de detenção.

Inconformada, a defesa opôs sucessivos Embargos de Declaração, todos rejeitados. Na sequência, interpôs Recurso Especial, com fundamento no art. 105, III, alíneas "a" e "c", da Constituição Federal, no qual alegou: (i) a incompetência da Justiça Federal para processar e julgar o feito, uma vez que os recursos federais repassados ao Município de Pinhalzinho mediante "Contrato de Repasse" teriam sido incorporados ao patrimônio daquela municipalidade; (ii) a inépcia da denúncia; (iii) a atipicidade da conduta praticada pelo paciente, uma vez que não acarretou dano ao erário, tampouco foi comprovado que resultou na obtenção de vantagem ilícita; (iv) nulidade do processo a partir do julgamento dos terceiros embargos de declaração, tendo em vista o disposto no art. 471 do Código de Processo Civil de 1973 c/c art. 3º do Código de Processo Penal, bem como o disposto no art. 84, também do CPP; (v) nulidade da decisão pela qual foi negado seguimento aos terceiros embargos de declaração (DOC 4 - 258/261), por entender

# Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 109 de 123

**RE 696533 / SC**

caracterizada ofensa aos arts. 619 e 620 do CPP; (vi) devem ser excluídas da dosimetria da pena as “circunstâncias do crime”, ante a caracterização de *bis in idem*.

Concomitantemente, a defesa interpôs Recurso Extraordinário, fundamentado no art. 102, III, “a” da Constituição Federal, em que requereu o reconhecimento da incompetência da Justiça Federal para processar e julgar o caso, assim como a falta de atribuição do Ministério Público Federal para nele atuar, em face da ausência de interesse da União, ante a incorporação da verba objeto de repasse federal ao patrimônio municipal.

Os recursos excepcionais foram admitidos pelo TRF da 4<sup>a</sup> Região e, em razão da superveniente diplomação do paciente como deputado federal, os autos de ambos os recursos (EXTRAORDINÁRIO e ESPECIAL) foram remetidos ao STF.

Em 30/4/2013, o Relator, Min. LUIZ FUX, negou seguimento ao recurso extraordinário, razão pela qual a defesa interpôs agravo regimental. Em setembro de 2016, a Primeira Turma negou provimento ao agravo regimental (interpuesto contra a decisão proferida no recurso extraordinário) e, na mesma assentada, ao recurso especial (DOC 11).

Opostos, em seguida, embargos de declaração, esses foram acolhidos, com a determinação de novo julgamento tão somente do Recurso Especial, em acórdão assim ementado:

1. O julgamento de recurso especial deve se dar em ambiente físico, diante da inexistência de norma regimental que autorize o julgamento pelos meios eletrônicos.
2. O Supremo Tribunal Federal é competente para julgamento do recurso especial interpuesto contra o acórdão condenatório proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4<sup>a</sup> Região, quando, após a interposição do recurso especial, o recorrente foi diplomado no cargo de Deputado Federal, o que atraí a competência desta Suprema Corte para julgamento das ações penais contra os membros do Congresso Nacional.
3. O Recurso Especial foi originariamente interpuesto para

# Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 110 de 123

RE 696533 / SC

o Superior Tribunal de Justiça e, posteriormente, remetido ao Supremo Tribunal Federal em razão da diplomação do recorrente no cargo de Deputado Federal.

4. Embargos de declaração acolhidos para determinar novo julgamento do recurso especial, em ambiente presencial, perante a 1<sup>a</sup> Turma desta Corte.

Em 28/11/2017, o juízo de origem trouxe aos autos peça informativa em que alertou para a iminência da prescrição da pretensão punitiva, a ser consolidada em 12 de fevereiro de 2018 (DOC 40).

Instado a se manifestar, o Ministério Pùblico requereu a execução provisória da condenação (DOC 42).

**Feita essa retrospectiva dos fatos, passo ao VOTO.**

Desde logo, adiro aos fundamentos do Ministro ROBERTO BARROSO para não conhecer do Recurso Especial.

Especificamente no tocante à execução provisória da pena, cumpre-me fazer algumas observações.

A *presunção de inocência* é uma presunção *juris tantum*, que exige, para ser afastada, a existência de um mínimo necessário de provas produzidas por meio de um devido processo legal e está prevista no art. 9º da Declaração francesa dos Direitos do Homem e do Cidadão, promulgada em 26/8/1789 (“*Todo o acusado se presume inocente até ser declarado culpado*”).

A *presunção de inocência* condiciona toda condenação a uma atividade probatória produzida pela acusação e veda, taxativamente, a condenação, inexistindo as necessárias provas, devendo o Estado comprovar a culpabilidade do indivíduo, que é constitucionalmente presumido inocente, sob pena de voltarmos ao total arbítrio.

Trata-se de um dos princípios basilares do Estado de Direito como garantia processual penal, visando à tutela da liberdade pessoal e possui quatro básicas funções: (a) limitação à atividade legislativa; (b) critério condicionador das interpretações das normas vigentes; (c) critério de tratamento extraprocessual como inocente em todos os seus aspectos; (d)

# Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 111 de 123

RE 696533 / SC

obrigatoriedade de o ônus da prova da prática de um fato delituoso ser sempre do acusador.

No direito brasileiro, a *presunção de inocência* é consagrada constitucionalmente pelo art. 5º, LVII, ao estabelecer que “*ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória*”. Com razão o eminente Ministro CELSO DE MELLO, Decano desta CORTE, quando alerta ser “*mais intensa, portanto, no modelo constitucional brasileiro, a proteção à presunção de inocência*” (voto no HC 126.292), em face da redação constitucional que se refere ao “*trânsito em julgado*”.

A condicionante constitucional ao “*trânsito em julgado*”, portanto, exige a análise de sua razão de existência, finalidade e extensão, para que seja possível, no exercício de interpretação constitucional, realizar a delimitação do âmbito normativo do inciso LVII do art. 5º da Constituição Federal em face dos demais princípios constitucionais penais e processuais penais, em especial os da efetividade da tutela judicial, do juízo natural, do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, estabelecidos nos incisos LIII, LIV, LV, LVI e LXI do referido artigo 5º.

A interligação e complementariedade entre todos esses princípios no exercício da persecução penal são ínsitas ao Estado democrático de Direito, uma vez que somente por meio de uma sequência de atos processuais, realizados perante a autoridade judicial competente, poder-se-ão obter provas lícitas produzidas com a integral participação e controle da defesa pessoal e técnica do acusado, a fim de obter-se uma decisão condenatória, escrita e fundamentada, afastando-se, portanto, a presunção constitucional de inocência.

A interpretação constitucional deverá superar aparentes contradições entre os citados princípios por meio da adequação proporcional do âmbito de alcance de cada um deles, de maneira harmônica e de modo a prestigiar o esquema organizatório-funcional constitucionalmente estabelecido pelo legislador constituinte originário, garantindo-lhes a maior eficácia e aplicabilidade possível, pois, como salienta CANOTILHO, o intérprete deve:

RE 696533 / SC

“considerar a Constituição na sua globalidade e procurar harmonizar os espaços de tensão existentes entre as normas constitucionais a concretizar” (*Direito Constitucional e teoria da Constituição*. 2. Ed. Coimbra: Almedina, 1998).

O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL deverá, portanto, compatibilizar o texto da Constituição Federal a partir da interdependência e complementaridade dos citados princípios e regras, que não deverão, como nos lembra GARCIA DE ENTERRÍA, ser interpretados isoladamente, sob pena de desrespeito à vontade do legislador constituinte (*Reflexiones sobre la ley e los principios generales del derecho*. Madri: Civitas, 1996, p. 30), sendo impositivo e primordial guardar a coerência lógica dos dispositivos constitucionais, analisando-os com prudência, razoabilidade e coerência, de maneira a impedir que a eficácia de uns simplesmente anule a eficácia dos demais, negando-lhes efetividade.

A eficácia do *princípio do juiz natural* exigirá, sempre, que a decisão criminal condenatória tenha sido proferida em ambas as instâncias ordinárias por integrantes do Poder Judiciário, com todas as garantias institucionais e pessoais previstas na Constituição Federal, devendo ser interpretada em sua plenitude, de forma a não só proibir a criação de Tribunais ou juízos de exceção, como também exigir respeito absoluto às regras objetivas de determinação de competência, para que não seja afetada a independência e a imparcialidade do órgão julgador.

A eficácia do *princípio da tutela judicial efetiva* estará observada quando houver o estrito cumprimento pelos órgãos judiciários dos princípios processuais previstos no ordenamento jurídico, em especial o *devido processo legal*, o *contraditório* e a *ampla defesa*, incluído o direito a uma dupla instância de mérito em relação aos recursos existentes (“*direito de recorrer*”), visando a assegurar a justa e imparcial decisão final e sua eficácia, após duas análises diversas da matéria fática e jurídica.

A eficácia do *devido processo legal* estará configurada quando presente sua dupla proteção individual, tanto no âmbito material de proteção ao

RE 696533 / SC

direito de liberdade, cuja supressão exige decisão judicial escrita e fundamentada da autoridade competente (CF, art. 5º, LXI), como no âmbito formal, ao assegurar ao réu paridade total de condições com o Estado-persecutor e plenitude de defesa, visando a impedir o arbítrio do Estado.

O *devido processo legal* tem como corolários a *ampla defesa* e o *contraditório*, que deverão ser assegurados a todos os litigantes. A eficácia do *princípio da ampla defesa* estará presente quando ao réu forem garantidas as condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade (direito à defesa técnica, à publicidade do processo, à citação, à produção ampla de provas, a ser processado e julgado pelo juiz competente, aos recursos previstos em lei, à decisão imutável, à revisão criminal) ou mesmo de calar-se, se entender necessário, enquanto a eficácia do *princípio do contraditório*, enquanto exteriorização da ampla defesa será respeitada quando houver a condução dialética do processo (*par conditio*), pois a todo ato produzido pela acusação caberá igual direito da defesa de a ele se opor ou de dar a versão que lhe convenha, ou, ainda, de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor da ação penal.

Por sua vez, a eficácia do inciso LVII do artigo 5º do texto constitucional estará observada, em cada etapa processual, se as três exigências básicas decorrentes da razão da previsão constitucional da *presunção de inocência* tiverem sido observadas pelo Poder Judiciário: (1) o ônus da prova dos fatos constitutivos da pretensão penal pertencer com exclusividade à acusação, sem que se possa exigir a produção por parte da defesa de provas referentes a fatos negativos (*provas diabólicas*); (2) necessidade de colheita de provas ou de repetição de provas já obtidas, sempre perante o órgão judicial competente, mediante o devido processo legal, contraditório e ampla defesa; (3) absoluta independência funcional dos magistrados na valoração livre das provas, tanto em 1<sup>a</sup> quanto em 2<sup>a</sup> instância, por possuírem cognição plena.

Respeitadas essas três exigências básicas, haverá eficácia nas finalidades pretendidas pela previsão constitucional da *presunção de*

**RE 696533 / SC**

*inocência* no tocante à análise de mérito da culpabilidade do acusado, permitindo-se, consequentemente, a plena eficácia aos já citados *princípios da tutela judicial efetiva e do juízo natural*, com a possibilidade de as condenações criminais de mérito proferidas pelos Tribunais de 2º grau, no exercício de suas competências jurisdicionais, serem respeitadas, sem o “congelamento de sua efetividade” pela existência de *competências recursais restritas e sem efeito suspensivo* do Superior Tribunal de Justiça e do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, cuja atuação não possibilita a realização de novas análises probatórias e de mérito da questão penal, respectivamente, nos recursos especial e extraordinário; mesmo porque essa competência jurisdicional foi constitucionalmente atribuída às instâncias ordinárias do Poder Judiciário, definidas como únicos juízos naturais com cognição fática e probatória ampla.

Ignorar a possibilidade de execução provisória de decisão condenatória final de segundo grau – esgotada sua jurisdição –, escrita e fundamentada mediante a observância do devido processo legal, ampla defesa e contraditório e com absoluto respeito às exigências básicas decorrentes do princípio da presunção de inocência perante o juízo natural de mérito do Poder Judiciário – que, repita-se, não é o Superior Tribunal de Justiça, tampouco o SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL –, seria atribuir eficácia zero ao *princípio da efetiva tutela jurisdicional*, em virtude de uma aplicação desproporcional e absoluta do *princípio da presunção de inocência*, que não estaria levando em conta, na interpretação constitucional, o *método da justezza ou conformidade funcional*, que aponta, como ensina VITAL MOREIRA, a necessidade de os órgãos encarregados da interpretação da norma constitucional não poderem chegar a uma posição que subverta, altere ou perturbe o esquema organizatório-funcional constitucionalmente estabelecido pelo legislador originário (*Fundamentos da Constituição*. Coimbra: Coimbra, 1991, p. 134 e ss.).

O “esquema organizatório-funcional” estabelecido pelo legislador constituinte no tocante à persecução penal estatal garante aos juízes e tribunais de 2º grau a competência para analisar o conjunto probatório e decidir o mérito das causas penais, afastando a não culpabilidade do réu

# Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 115 de 123

RE 696533 / SC

e impondo-lhe pena privativa de liberdade, pela presença do que o Ministro NÉRI DA SILVEIRA denominava de “juízo de consistência” (HC 72.366/SP).

Essa análise do conjunto probatório não pode ser revista pelo Superior Tribunal de Justiça ou pelo SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, pois, em relação a essas Cortes, a competência constitucional é restrita, não permitindo nova análise da justiça ou injustiça da valoração probatória realizada pelos juízos ordinários competentes.

Esse mesmo “*esquema organizatório-funcional*” autoriza constitucionalmente a prisão por ordem escrita e fundamentada da autoridade judiciária competente, e reserva para eventuais abusos dos tribunais de segunda instância a possibilidade do ajuizamento de *Habeas Corpus* perante o Superior Tribunal de Justiça com recurso ordinário constitucional ao SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

Exigir o trânsito em julgado ou decisão final do Superior Tribunal de Justiça ou do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL para iniciar a execução da pena aplicada após o esgotamento da análise de mérito da dupla instância judicial constitucionalmente escolhida como juízo natural criminal seria subverter a lógica de harmonização dos diversos princípios constitucionais penais e processuais penais e negar eficácia aos diversos dispositivos já citados em favor da aplicação absoluta e desproporcional de um único inciso do artigo 5º, com patente prejuízo ao princípio da tutela judicial efetiva.

A *tutela judicial efetiva*, inclusive, exige o início da execução provisória da pena como marco interruptivo da prescrição penal, de maneira a impedir a inefetividade da jurisdição penal em face da ocorrência de grandes lapsos temporais entre a sentença ou acórdão condenatório e eventual início do cumprimento da pena após o trânsito em julgado, postergado pela demora nos julgamentos dos recursos especiais e extraordinários.

Em que pese a respeitável posição em contrário, em quase 30 (trinta) anos do texto constitucional, foi essa a posição majoritária do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL por aproximadamente 23 (vinte e três) anos. Da

**RE 696533 / SC**

promulgação da Constituição em 5 de outubro de 1988 até a decisão de 5 de fevereiro de 2009 (HC 84.078/MG, Rel. Min. EROS GRAU) e, posteriormente, de 17 de fevereiro de 2016 (HC 126.292, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI) – com a confirmação em repercussão geral no ARE 964.246, em 10 de novembro de 2016 – até o presente momento.

Durante mais de duas décadas, interpretando o alcance do artigo 5º, inciso LVII, da Constituição de 1988, a CORTE considerou que a *presunção de inocência* não impedia o início da execução provisória de pena após o esgotamento do julgamento da apelação em segunda instância – ou mesmo quando o julgamento pelo Tribunal fosse proferido em instância única, em razão de foro por prerrogativa de função.

Em 28 de junho de 1991, o primeiro julgamento nesse sentido foi unânime, ausentes, ocasionalmente, o Ministro SYDNEY SANCHES, Presidente, e os Ministros MARCO AURÉLIO e CELSO DE MELLO (HC 68726/DF, Rel. Min. NÉRI DA SILVEIRA), tendo o PLENÁRIO DA CORTE definido:

HABEAS CORPUS. SENTENÇA CONDENATÓRIA MANTIDA EM SEGUNDO GRAU. MANDADO DE PRISÃO DO PACIENTE. INVOCAÇÃO DO ART. 5, INCISO LVII, DA CONSTITUIÇÃO. CÓDIGO DE PROCESSO PENAL, ART. 669. A ORDEM DE PRISÃO, EM DECORRÊNCIA DE DECRETO DE CUSTODIA PREVENTIVA, DE SENTENÇA DE PRONUNCIA OU DE DECISÃO DE ÓRGÃO JULGADOR DE SEGUNDO GRAU E DE NATUREZA PROCESSUAL E CONCERNE AOS INTERESSES DE GARANTIA DA APLICAÇÃO DA LEI PENAL OU DE EXECUÇÃO DA PENA IMPOSTA, APÓS O DEVIDO PROCESSO LEGAL. NÃO CONFLITA COM O ART. 5, INCISO LVII, DA CONSTITUIÇÃO. DE ACORDO COM O PAR. 2 DO ART. 27. DA LEI N 8.038/1990, OS RECURSOS EXTRAORDINÁRIO E ESPECIAL SÃO RECEBIDOS NO EFEITO DEVOLUTIVO. MANTIDA, POR UNANIMIDADE, A SENTENÇA CONDENATÓRIA, CONTRA A QUAL O RÉU APELARA EM LIBERDADE, EXAURIDAS ESTAO AS INSTANCIAS

# *Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 117 de 123

**RE 696533 / SC**

ORDINARIAS CRIMINAIS, NÃO SENDO, ASSIM, ILEGAL O MANDADO DE PRISÃO QUE ÓRGÃO JULGADOR DE SEGUNDO GRAU DETERMINA SE EXPECA CONTRA O RÉU. HABEAS CORPUS INDEFERIDO.

Posteriormente, em 18 de dezembro de 1992, o posicionamento do TRIBUNAL foi confirmado no HC 69.964, Rel. Min. ILMAR GALVÃO, com apenas dois votos vencidos (Ministros MARCO AURÉLIO e SEPÚLVEDA PERTENCE):

EMENTA: HABEAS CORPUS. PACIENTE RECOLHIDO A PRISÃO ANTES DO TRÂNSITO EM JULGADO DA DECISÃO CONDENATÓRIA. PRETENDIDO DIREITO DE RECORRER EM LIBERDADE. PEDIDO SUBSIDIARIO DE PROGRESSAO DE REGIME. Contra decisão condenatória, proferida em única instância, por Tribunal estadual, cabe apenas recurso de ínole extraordinária, sem efeito suspensivo, que não impede o cumprimento do mandado de prisão. Precedentes do STF. De outra parte, não configura constrangimento ilegal a falta de progressão no regime de cumprimento da pena, se o paciente ainda se acha, a requerimento próprio, fora do sistema penitenciário, em prisão especial, onde se torna impossível, por absoluta falta de meios, a realização do exame criminológico que, no caso, constitui pressuposto necessário a concessão do benefício (art.112, paragrafo único, c/c art. 8, da LEP). Pedido indeferido”.

Inúmeros outros julgados afirmaram e reafirmaram a tese, dos quais menciono apenas alguns:

“Contra decisão condenatória, proferida em única instância por Tribunal estadual cabe, apenas, recurso de ínole extraordinária – especial ou extraordinário – sem efeito suspensivo, o que possibilita o cumprimento do mandado de prisão, mesmo antes do seu trânsito em julgado” (HC 67.968, rel. Min. PAULO BROSSARD j. 28.8.92).

# Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 118 de 123

RE 696533 / SC

“O julgamento do recurso de apelação, com desfecho condenatório, sem que se tenha o trânsito em julgado da decisão, não impede a prisão do réu. O direito do condenado permanecer em liberdade termina com o julgamento dos recursos ordinários. Os recursos de natureza extraordinária não têm efeito suspensivo (art. 27, § 2º da Lei 8.038/90). A jurisprudência do STF não vê incompatibilidade entre o que diz a lei e o disposto no artigo 5º, LVII da Constituição Federal. Recurso improvido.” (RHC 71959-7/RS, 2ª. Turma, Rel. Min. FRANCISCO REZEK, j. 3.2.1995.).

“O inciso LVII do art. 5º da CF, segundo o qual ‘ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado da sentença penal condenatória’, impede, apenas, que o nome do réu seja desde logo lançado no rol dos culpados, mas não é obstáculo à sua prisão imediata, conforme precedente do Plenário do STF.” (HC 73.968, rel. Min. SYDNEY SANCHES, j. 14.5.96).

“Firmou-se o entendimento do Tribunal no sentido de que não ofende o disposto no artigo 5º, LVII da Constituição a prisão imediata do condenado por decisão sujeita apenas a recursos sem efeito suspensivo, como o extraordinário e o especial.” (HC n. 75.233-1, 1ª Turma, rel. p/ o acórdão Min. MOREIRA ALVES).

“A jurisprudência desta Corte é no sentido de que a pendência do recurso especial ou extraordinário não impede a execução imediata da pena, considerando que eles não têm efeito suspensivo, são excepcionais, sem que isso implique em ofensa ao princípio da presunção de inocência. *Habeas corpus indeferido.*” (HC 90.645, rel. Min. MENEZES DIREITO, j. 11.9.2007).

No voto proferido no RHC 71.959-7/RS, julgado em 3 de fevereiro de 1995, portanto, há exatos 23 anos, o Relator, Min. FRANCISCO REZEK,

**RE 696533 / SC**

fez considerações que permanecem atuais:

“(...) exaurido o primeiro grau de jurisdição penal com uma sentença condenatória, e exaurido o segundo grau com a confirmação da mesma – cabendo ainda recursos, mas de natureza não ordinária; cabendo recursos tão-só pela superabundante generosidade do sistema processual brasileiro – pode ter início a execução da sentença condenatória com o recolhimento do réu à prisão. O que me pareceu, desde o início, é que uma interpretação radical do preceito atinente à presunção de inocência faria sentido se pudéssemos combiná-la, dentro de certa ordem jurídica, com alguma parcimônia, com alguma compostura legislativa na determinação das regras de processo. Isso faria sentido num país onde não fosse tão longa a trilha recursiva possível no processo comum; onde, esgotadas as instâncias ordinárias, o processo pudesse dar-se por findo, não se abrindo válvulas especiais ou extraordinárias de recurso. Pareceu à maioria, portanto, que a maneira sensata de interpretar a regra constitucional da presunção de inocência é aquela que compatibiliza, de algum modo, o sentido nobre da regra com o fato de que nossa sistemática processual é superabundante em matéria de recursos. Podemos, então, admitir o início de execução da sentença penal condenatória quando exauridas as instâncias ordinárias, não obstante a pendência, como neste caso, de um recurso especial – de resto trancado na origem, e para cujo destrancamento se tenta a via estreita do agravo de instrumento.”

A possibilidade de execução provisória da pena foi, inclusive, o pressuposto básico para a edição de duas Súmulas do SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, editadas em sessão Plenária de 24/9/2003:

**SÚMULA 716:** Admite-se a progressão de regime de cumprimento da pena ou a aplicação imediata de regime menos severo nela determinada, antes do trânsito em julgado da sentença condenatória.

# Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 120 de 123

RE 696533 / SC

**SÚMULA 717:** Não impede a progressão de regime de execução da pena, fixada em sentença não transitada em julgado, o fato de o réu se encontrar em prisão especial.

Trata-se do mesmo entendimento no direito comparado, que, no máximo, exige para iniciar o cumprimento da pena a efetivação do duplo grau de jurisdição, conforme detalhadamente destacado no brilhante voto do saudoso Ministro TEORI ZAVASCKI (HC 126.292).

Da mesma maneira, não há nenhuma exigência normativa, seja na Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de *San Jose* da Costa Rica), seja na Convenção Europeia dos Direitos do Homem que condicione o início do cumprimento da pena ao trânsito em julgado da sentença condenatória. Ambas – respectivamente artigo 8.2 e artigo 6º, 2 – consagram o princípio da presunção de inocência até o momento em que a culpabilidade do acusado for legalmente comprovada, respeitados os demais princípios e garantias penais e processuais penais já analisados.

Conforme apontam JOSÉ RIBAS VIEIRA e RANIERI LIMA RESENDE, em detalhado artigo denominado “*Execução provisória da pena: Causa para a Corte Interamericana de Direitos Humanos?*”, que analisa importantes precedentes relacionados à presente hipótese (casos *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, 2004; *Ricardo Canese vs. Paraguay*, 2004; *Rosendo Cantú y outra vs. México*, 2011; *Mohamed vs. Argentina*, 2012):

“identifica-se com clareza a validade convencional da decisão condenatória criminal, desde que atendidos os pressupostos do devido processo legal e disponibilizado ao condenado um recurso de natureza ordinária dirigido à instância que lhe seja superior. Entretanto, cumpre registrar que não se identificou na Convenção Americana sobre Direitos Humanos um dispositivo normativo específico que condicione o cumprimento da condenação penal ao trânsito em julgado da causa. Do mesmo modo, não se logrou êxito em localizar precedente do Tribunal Interamericano a defender tal linha interpretativa”.

RE 696533 / SC

As exigências decorrentes da previsão constitucional do *princípio da presunção de inocência* não são desrespeitadas mediante a possibilidade de execução provisória da pena privativa de liberdade, quando a decisão condenatória observar todos os demais princípios constitucionais interligados; ou seja, quando o juízo de culpabilidade do acusado tiver sido firmado com absoluta independência pelo juízo natural, a partir da valoração de provas obtidas mediante o devido processo legal, contraditório e ampla defesa em dupla instância e a condenação criminal tiver sido imposta, em decisão colegiada, devidamente motivada, de Tribunal de 2º grau.

Esse entendimento, conforme anteriormente mencionado, é aplicável integralmente a todas as hipóteses excepcionais de prerrogativa de foro, nas quais, constitucionalmente, o Tribunal competente (órgão colegiado) é o único órgão do Poder Judiciário com competência originária e exclusiva para a análise do mérito da ação penal, com ampla cognição probatória.

O esgotamento legal da jurisdição de segundo grau ou do Tribunal competente nas hipóteses de prerrogativa de foro encerra a possibilidade recursal de cognição plena e da análise fática, probatória e jurídica integral, permitindo a execução provisória da pena em respeito ao princípio da tutela penal efetiva.

Esse posicionamento não retira a eficácia da previsão constitucional do inciso LVII do artigo 5º do texto constitucional, que, sob sua importante perspectiva processual (voto da Min. ELLEN GRACIE no HC 84.078), manterá sua incidência em relação aos demais efeitos da condenação criminal que deverão aguardar os julgamentos dos recursos especiais e extraordinários, com respectivo trânsito em julgado: efeitos extrapenais (indenização do dano), perda do cargo ou função pública, perda da primariedade e possibilidade de reincidência e aumento do prazo prescricional no caso do cometimento de nova infração penal, por exemplo.

Em conclusão, NÃO CONHEÇO do presente Recurso Especial. Entendendo que a execução provisória de acórdão penal condenatório

*Supremo Tribunal Federal*

Inteiro Teor do Acórdão - Página 122 de 123

**RE 696533 / SC**

proferido em grau recursal, ainda que sujeito a recurso especial ou extraordinário, não compromete o princípio constitucional da presunção de inocência afirmado pelo artigo 5º, inciso LVII, da Constituição Federal, voto pela DECRETAÇÃO DA IMEDIATA EXECUÇÃO DA PENA IMPOSTA PELO TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL.

# Supremo Tribunal Federal

Inteiro Teor do Acórdão - Página 123 de 123

## PRIMEIRA TURMA

### EXTRATO DE ATA

#### **RECURSO EXTRAORDINÁRIO 696.533**

PROCED. : SANTA CATARINA

**RELATOR : MIN. LUIZ FUX**

REDATOR DO ACÓRDÃO : MIN. ROBERTO BARROSO

RECTE. (S) : JOÃO RODRIGUES

ADV. (A/S) : ANTONIO NABOR AREIAS BULHOES (1109/AL, 1465-A/DF, 2251-A/RJ) E OUTRO(A/S)

ADV. (A/S) : MARLON CHARLES BERTOL (10693/SC) E OUTRO(A/S)

RECDO. (A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

PROC. (A/S) (ES) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA

INTDO. (A/S) : ELOI TREVISAN

ADV. (A/S) : GÉLSON JOEL SIMON (16971/SC) E OUTRO(A/S)

INTDO. (A/S) : LUIZ FERNANDO DE OLIVEIRA GUEDES

ADV. (A/S) : LUIZ ANTONIO COSTA (15287/SC) E OUTRO(A/S)

INTDO. (A/S) : LUIZ HENTZ

ADV. (A/S) : GÉLSON JOEL SIMON (16971/SC) E OUTRO(A/S)

INTDO. (A/S) : CLAUDIO PEDRO UTZIG

**Decisão:** A Turma, por maioria, não conheceu do Recurso Especial, vencidos, integralmente, o Ministro Luiz Fux, Relator, e, parcialmente, em relação à condenação do artigo 90 da Lei 8.666/1993, o Ministro Marco Aurélio. Na sequência, por maioria, determinou a imediata execução da pena, com expedição de mandado de prisão, tudo nos termos do voto do Ministro Luís Roberto Barroso, Redator para o acórdão, vencidos os Ministros Marco Aurélio e Rosa Weber. Falou o Dr. Antonio Nabor Areias Bulhões pelo Recorrente. Presidência do Ministro Alexandre de Moraes. Primeira Turma, 6.2.2018.

Presidência do Senhor Ministro Alexandre de Moraes. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Luiz Fux, Rosa Weber e Luís Roberto Barroso.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Juliano Baiocchi Villa-Verde de Carvalho.

Carmen Lilian Oliveira de Souza  
Secretaria da Primeira Turma

**DOC. 06**

# COMISSÃO DE CONSTITUIÇÃO E JUSTIÇA E DE CIDADANIA

RECURSO Nº55/11 CCJC

REPRESENTAÇÃO Nº 01/2011

**Recorrente:** Deputada JAQUELINE RORIZ

**Relator:** Deputado VILSON COVATTI

## 1. DO RECURSO

Cuida-se de recurso interposto pela Deputada Jaqueline Roriz contra a decisão proferida pelo Conselho de Ética e Decoro Parlamentar que decidiu, por maioria de votos, rejeitar a preliminar apresentada em sua defesa e, no mérito, propor ao Plenário a cassação do seu mandato parlamentar, nos termos do voto do eminentíssimo Relator, Deputado Carlos Sampaio

A decisão tomada por maioria do douto Conselho impôs a drástica medida de cassação do mandato da ora recorrente. Por ela, o reconhecimento da incompatibilidade por falta de decoro parlamentar ocorre em face do que constou da representação feita pelo PSOL a respeito de “vídeo no qual a Representada Jaqueline Roriz aparece recebendo, de Durval Barbosa, recursos de origem ilícita”.

Para chegar a essa conclusão, o Conselho superou preliminar acerca da impossibilidade de imputar-se ofensa ao decoro parlamentar na hipótese de o suposto ato ser cometido por quem sequer detinha mandato parlamentar à época do ocorrido. Esse debate foi travado porque tornou-se incontroverso na apuração feita pelo Conselho de Ética serem as imagens que instruem o procedimento, que denotam a conduta acima apontada, do ano de 2006, período em que a Deputada, ora recorrente, sequer detinha mandato popular ou qualquer outro cargo público.

O recurso, interposto com fundamento no artigo 14, § 4º, inciso VII, do Código de Ética e Decoro Parlamentar, sustenta a impossibilidade de caracterização de conduta contrária ao decoro por quem não detém a qualidade de parlamentar, razão pela qual não tem a Câmara dos Deputados competência para processar e julgar parlamentar por ato violador da ética e do decoro parlamentar.

Aduz que a representação sequer poderia ser admitida na Câmara de Deputados, uma vez que escapa dos limites da jurisdição ética do Parlamento brasileiro a controvérsia acerca de condutas estranhas ao período de exercício do mandato parlamentar federal.

A propósito, lembra decisão anterior, tomada na Representação nº 02/07, em que o aludido Conselho abonou duto voto do então Deputado José Eduardo Martins Cardozo, destacado Mestre de Direito, que atualmente ocupa o Ministério da Justiça.

Nessa decisão anterior referida, o Conselho considerou que "*quem não é parlamentar não pode incorrer na falta de decoro parlamentar*".

Por isso, sustenta que houve violação à Constituição da República, que ao fixar, em seu art. 55, "*que perderá o mandato o Deputado ou Senador cujo procedimento for declarado incompatível com o decoro parlamentar*" excluiu do âmbito de sua incidência condutas anteriores ao período de mandato ou mesmo aquelas ocorridas após a sua cessação.

Argumenta, de outro lado, que a decisão recorrida ofendeu o artigo 55, § 1º da Constituição, os artigos 240, inciso II e 244 do Regimento Interno da Câmara e artigo 4º, do Código de Ética respectivamente, pois neles não há qualquer previsão normativa no sentido de admitir-se a imputação de fatos ocorridos antes do início do mandato parlamentar e que com ele não tenham qualquer relação.

Assinala que tanto não há previsão legal de que condutas praticadas por quem não é parlamentar possam ser enquadradas como quebra de decoro ou atentatórias à ética parlamentar que, após a divulgação do vídeo que deu origem à representação aqui examinada, foram apresentados diversos Projetos de Resolução no sentido de ampliar a disposição contida no inciso II, do artigo 4º do CEDP.

Acrescenta que o Projeto de Resolução nº 31, de 2011 de autoria do Deputado Reguffe, cuja justificativa era a de corrigir a distorção de o parlamentar somente ser investigado e julgado pelos ilícitos cometidos no exercício do mandato parlamentar, permitindo-se o exame de desvios praticados para a obtenção deste, assim como o Projeto de Resolução nº 36, de 2011, do Deputado Antonio Carlos Mendes Thame, e os de nº 33 e 34, Projetos da ilustre Deputada Federal Erika Kokay, foram rejeitados pelo Plenário da Câmara dos Deputados.

De igual maneira, o recurso interposto considera ter ocorrido violação dos arts. 18, VI do Regulamento do Conselho de Ética e 57, XVI, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, em face do

indeferimento, pela Presidência do Conselho de Ética e Decoro Parlamentar, do pedido de vista formulado pelo Deputado Vladimir Costa, na assentada em que o parecer foi submetido àquele Colegiado.

Destaca que o pedido de vista foi feito antes de ter sido iniciada a votação, violando prerrogativa parlamentar do integrante do Conselho.

Dentro do âmbito estabelecido estritamente pelo dispositivo do art. 14, § 4º, inc. VIII, do Código de Ética, passo a examinar a seguir as questões indicadas como vícios da decisão atacada pela recorrente, bem como a que segue, de enfrentamento necessário, conforme o item abaixo, destacada, frente a provocação existente na Casa de meu impedimento para o julgamento.

## **2. PRELIMINAR DE IMPEDIMENTO**

Inicialmente, pretendo enfrentar o “pedido” formulado por meio de memorando endereçado ao Presidente desta Comissão de Constituição e Justiça e da Cidadania.

Trata-se de pretensão firmada pelo Líder do Partido Socialismo e Liberdade, Deputado Chico Alencar, no sentido de que se reconheça meu impedimento para apreciar como Relator o recurso interposto pela Deputada Jaqueline Roriz.

A informação foi a mim passada diretamente pelo Presidente desta Comissão, com a entrega de missiva do PSOL, datada de 05.07.2011, com a qual é postulada a reconsideração quanto à minha nomeação para o exercício da função de Relator do Recurso da Deputada Jaqueline Roriz.

Esclareço, em primeiro lugar que, como a pretensão do colega é de ver reconhecido meu impedimento, para a solução desse impasse, necessariamente, busco subsídios legais no Código de Processo Civil, no sentido de vislumbrar a forma com a qual pode tramitar pedido dessa natureza.

Não há no Regimento Interno da Câmara dos Deputados forma prevista para a análise de tão importante questão, reafirmando-se, dessa forma, o acerto de aplicar-se subsidiariamente o estatuto adjetivo acima referido.

Daí, percebo que a solução do impasse dessa questão, ante a menção que o PSOL faz de assemelhar meu impedimento àquele contido no art. 134, inc. III, também do CPC, necessariamente deve ser enfrentado por rito que respeite a forma processual da exceção de impedimento.

Essa fórmula é encontrada no art. 312 do referido Estatuto, donde se depreende que há um possível contraditório estabelecido entre o excipiente e o excepto, a ser decidido, caso haja a recusa em reconhecer-se como impedido, pela autoridade superior. Esta, no caso, entendo deva ser o Presidente desta Comissão de Constituição e Justiça e da Cidadania.

Ante esse indeclinável procedimento que se deve instaurar, desde logo, passo a apresentar os motivos pelos quais rejeito a exceção de impedimento levantada contra mim, Relator nomeado.

Inverto a análise dos pontos sugeridos pelo excepciente para analisar, em primeiro lugar, o fundamento utilizado como impedimento, fundado no § 6º do art. 180 do RICD.

Diz o requerente que está claro o interesse individual deste Relator uma vez que foi vencido no julgamento da representação do PSOL contra a Deputada Jaqueline Roriz no Conselho de Ética da Câmara.

O argumento utilizado não se sustenta. Confunde o excipiente interesse pessoal com *munus* decorrente da atividade de Parlamentar. Quando da participação no Conselho de Ética, assim foi feito por determinação constante na distribuição dos Deputados nas Comissões e Conselho da Casa, sem que houvesse qualquer motivo para, no caso concreto, negar a atribuição de enfrentar o procedimento imposto. Assim foi feito por força do dispositivo do art. 7º do Código de Ética e por integrar o Conselho na condição de titular convocado para participar da apreciação da representação.

O voto proferido se deu com base no que dispõe o Código de Ética e decorre da participação no próprio Conselho, conforme o rito procedural contido no § 4º do art. 14 do Código de Ética.

Dessa forma, com participação na apuração dos fatos, na condição de integrante do Conselho, não está presente a hipótese fundada no dispositivo do RICD de que teria interesse pessoal no deslinde da questão de uma forma ou outra.

Em nada repercuta no íntimo do ora Relator as questões tratadas no âmbito do Conselho. Não se trata, indiscutivelmente, de questão relativa a este Relator e nem de matéria em que tem interesse individual, de maneira que **não me dou por impedido** com base no dispositivo regimental trazido para oferecer oposição a minha atuação parlamentar.

Ademais, as hipóteses de impedimento devem estar claramente adequadas à previsão legal e essa, como visto da leitura, não se amolda a este Relator.

Vai além o PSOL. Utiliza outro fundamento lógico, contudo, inoponível a esta relatoria. Assenta-se em analogia de regras processuais em que verifica pelo art. 134, inc. III, do Código de Processo Civil, ser incompatível a um juiz participar de julgamento de processo no qual tenha, como juiz de 1º grau, proferido sentença ou decisão.

Argumenta, afirmando que não haverá isenção para a análise das razões de recurso, bem como sustenta ser o exame recursal deferido à Comissão de Constituição e Justiça e da Cidadania para as decisões da CEDP similar aos dois graus de jurisdição existentes na estrutura do Poder Judiciário. Por isso, entende incidente a regra.

Com o devido respeito do argumento utilizado pelo deputado signatário do memorando, a regra pretendida não tem aplicação nos procedimentos instituídos na Câmara dos Deputados. Não há nesta esfera de Poder graus de jurisdição distintos, da mesma forma em que não posso visualizar hierarquização entre os Deputados Federais – todos aqui representam os eleitores que têm direitos iguais, sem que se possa cogitar de uma estratificação entre os membros do Poder Legislativo.

Há nesse aspecto, distante similaridade com as regras estabelecidas para o Judiciário.

Basta atentar-se às estruturas dos dois Poderes e, de pronto, evidencia-se ampla distinção.

O Poder Judiciário tem em seus quadros juízes de 1º e 2º graus, sendo estes de hierarquia superior aos primeiros. A estrutura para seu funcionamento e pela complexidade dos processos que estão a ele afeitos, recomenda a sempre presente possibilidade de revisão dos julgamentos de 1º grau pelos juízes que integram o 2º grau.

É da essência do Poder Judiciário e está garantido pelo princípio da revisão das decisões a possibilidade de se interpor recursos aos Tribunais hierarquicamente superiores ao juiz de 1º grau que haja proferido sentença ou decisão.

Essas normas se fundamentam nos princípios contidos na Carta da República, disseminados no Capítulo que trata do Poder Judiciário, fundamentalmente na previsão recursal existente nos mais diversos dispositivos que a regulamentam.

O duplo grau de jurisdição, contudo, não é garantia de todos os julgamentos perante o Poder Judiciário. As normas constitucionais que tratam da possibilidade de revisão de sentenças e decisões por órgãos de hierarquia superior e as regras processuais recepcionadas pela Constituição Federal, bem

como as regras regimentais é que, última análise, estabelecem o direito recursal e a forma com é apreciado o recurso.

O Supremo Tribunal Federal, em memorável voto do Ministro Sepúlveda Pertence, no RHC 79.785/RJ, aborda o direito ao duplo grau de jurisdição e o garante quando houver previsão legal e constitucional para tal, não significando um direito intrínseco e indissociável das decisões ou sentenças lançadas por juízes de qualquer hierarquia.

O duplo grau de jurisdição é um princípio constitucional que não tem aplicação geral. Nesse sentido, naquela oportunidade, o Ministro Sepúlveda Pertence lançou seu entendimento, ao dizer em excerto do julgamento referido:

“À falta de órgãos jurisdicionais *ad qua*, no sistema constitucional, indispensáveis a viabilizar a aplicação do princípio do duplo grau de jurisdição aos processos de competência originária dos Tribunais, segue-se a incompatibilidade com a Constituição da aplicação no caso da norma internacional de outorga da garantia invocada.”

A interpretação, portanto, das questões atinentes ao duplo grau de jurisdição, como é a formulada no memorando do PSOL, deve receber resposta adequada às características constitucionais e peculiares de cada um dos Poderes da República.

Com base nas regras que se aplicam nos Tribunais do País, deve ser feita a analogia, não como pretende o autor do requerimento, mas sob a ótica precípua de que não há hierarquia entre os Deputados Federais.

Esse deve ser o ponto de partida em que se afirma, também, a inexistência de instâncias distintas de um órgão do Legislativo em relação a outro.

Dessa forma, chegar-se-á a constatação de que uma analogia mais pertinente ao caso em tela seria aquela que vem contida no Código de Processo Civil, nos dispositivos dos arts. 533 e 534.

Essas regras tratam da hipótese de recurso de embargos infringentes, ou seja, quando a decisão de um dos órgãos colegiados (de mesma instância, portanto) de qualquer dos Tribunais que os contenham não delibera de forma unânime. Nesse caso, caberão, teoricamente, os embargos que **“serão processados e julgados conforme dispuser o regimento interno do tribunal.”**

E vai além a regra processual bem mais adequada à questão que enfrentamos. Diz que “Caso a norma regimental determine a escolha de novo relator, esta recairá, se possível, em juiz que não haja participado do julgamento anterior.”

Diante desses elementos, é certo afirmar que a regra do art. 134, inc. III, do CPC, invocada pelo autor do requerimento, não tem pertinência para o processo que ora trago à apreciação. Integramos a Câmara dos Deputados, onde não há hierarquia entre seus membros eleitos pelo povo, inexistindo, também, duplo grau de “jurisdição” ou instâncias distintas, uma vez que sua estrutura é unitária.

Essa forma de a Câmara se compor, por outro lado, e por força de normas regimentais e do Código de Ética, autorizam a revisão das decisões do Conselho de Ética pela Comissão de Constituição e Justiça e da Cidadania, conforme consta nos dispositivos do art. 14, § 4º, inc. VIII, do Código de Ética e Decoro Parlamentar da Câmara dos Deputados, e do art. 32, inc. IV, letra “p”, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados.

Assim, se necessário for invocar normas processuais para compatibilizar o procedimento com as necessidades de uma decisão justa e de acordo com a estrutura do Poder Legislativo, as regras que mais se amoldam à hipótese são aquelas conditas nos arts. 533 e 534 do CPC.

Diante delas, ceder-se-ia à complementação, caso existisse, de normas do Regimento Interno da Câmara dos Deputados para se verificar quais dos integrantes da Comissão de Constituição e Justiça e da Cidadania seria mais apropriado para assumir a atribuição de relatar o recurso. Ocorre que, como dito, não há normas que determinem a distribuição do recurso a algum membro específico, ou mesmo que restrinjam sua distribuição. Diga-se, ainda, que as próprias normas processuais não impõem a restrição pretendida pelo PSOL, de forma que não há o impedimento referido.

Mais um argumento, ainda, deve ser ventilado, a fim de que se esgote qualquer hipótese de levantamento do impedimento deste Relator. Trata da questão relativa à distribuição do feito perante a Comissão de Constituição e Justiça e da Cidadania. Não há regra que estabeleça a forma de escolha do Relator.

Diante disso, a partir da nomeação realizada em plenário pelo próprio Presidente da Comissão de Constituição e Justiça e da Cidadania, sem que tenha havido impugnação ou que exista qualquer regra de direito que impeça de assumir a relatoria desse feito, não reconheço o impedimento alegado e passo a abordar a matéria relativa ao mérito.

A prerrogativa de nomeação para o exercício da relatoria é exclusiva do Presidente da Comissão para quem, também, sustenta-se a falta de qualquer impedimento. Ademais, *ad argumentandum*, como a nomeação se deu no plenário da Comissão de Constituição e Justiça e da Cidadania, sem qualquer oposição naquele ato, consolidou-se a situação de forma a não mais pode ser alegado qualquer impedimento.

Destaco esse ponto, a fim de que, a teor da regra do Código de Processo Civil, do art. 313, seja apreciada pela Comissão a alegação do Deputado Chico Alencar acerca do impedimento fundamentado na regra do art. 134, inc. III, do CPC.

### 3. DO MÉRITO

I

A disposição do artigo 14, § 4º, inciso VII do Código de Ética da Câmara dos Deputados prevê o cabimento de recurso contra a decisão “(...) do Conselho ou de seus membros que tenham contrariado norma constitucional, regimental ou deste Código, hipótese na qual a Comissão se pronunciará exclusivamente sobre os vícios apontados (...).”

O recurso a que se refere, cujo cabimento está descrito na norma, tem como órgão competente para sua apreciação a Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados por força da norma acima descrita, bem como pela redação do art. 32, inc. IV, letra “p”, do Regimento Interno da Casa Legislativa da República.

Da redação do primeiro dispositivo acima citado, fica suficientemente clara a possibilidade de reconhecimento de interposição de recurso com o único objetivo de que seja reconhecido eventual descumprimento de norma constitucional, regimental ou do próprio Código de Ética.

No caso, é imperioso consignar que o recurso se circunscreve à discussão do tema da violação de norma constitucional, regimental e do próprio Código de Ética e Decoro Parlamentar, motivo pelo qual deve ser conhecido.

Destaco, inicialmente, que pela dicção da norma em que se fundamenta o recurso apresentado pela Deputada Jaqueline Roriz, as matérias a serem apreciadas restringem-se unicamente aos vícios apontados na peça em que manifesta a irresignação.

Tais vícios devem ser entendidos, contudo, em sentido amplo, como sendo todos os conteúdos da decisão que estão em descompasso com as normas da Constituição de República, do Regimento Interno da Câmara e do seu Código de Ética.

Não se referem, evidentemente, a vícios procedimentais que possam ser alegados para apenas se sustentar a nulidade processual.

É ampla a possibilidade de infringência aos direitos previstos, sendo, por isso, mais consentânea a interpretação de que a expressão “vícios” deve ser entendida como toda a decisão que atinja direitos adjetivos e substantivos da recorrente.

Dessa forma, como encaminho meu voto no sentido de dar provimento ao recurso, deixo de analisar, a não ser que fique vencido, a questão relativa à alegação de violação dos arts. 18, inc. VI, do Regulamento do Conselho de Ética e art. 57, inc. XVI, do Regimento Interno da Câmara dos Deputados, relativo ao pedido de vista do Deputado Vladimir Costa.

Trata-se de questão prejudicial, voltando críticas ao procedimento e eventual cerceamento de defesa reflexamente contida em falta de oportunidade de integrante do Conselho ter vista dos autos.

As nulidades somente devem ser proclamadas quando delas decorrer prejuízo e no presente caso não os sinto, em face ao meu entendimento de prover a inconformidade manifestada pela defesa da Deputada acusada de falta de decoro parlamentar. A regra que se impõe seja base para deliberação nesse sentido está contida no Código de Processo Civil, no art. 249, § 2º, com a seguinte redação:

“Art. 249. O juiz ao pronunciar a nulidade (...)

§ 1º (...)

§ 2º Quando puder decidir do mérito a favor da parte a quem aproveite a declaração de nulidade, o juiz não a pronunciará nem mandará repetir o ato, ou suprir-lhe a falta.”

Dessa forma, não sendo o caso de decretar-se a nulidade aventada no recurso pelos motivos acima expostos, passo a verificar a questão de fundo, atinente ao poder dessa Casa Legislativa de processar por falta de decoro parlamentar atual Deputada Federal que na época das irregularidades apontadas na representação não detinha mandato, nem expectativa decorrente de suplência (também inexistente na época).

O recurso, no que diz com a questão de fundo, merece ser acolhido, com a mais respeitosa vênia.

Trata-se de caso sem qualquer ineditismo entre nós, sendo que a decisão recorrida representou uma profunda revisão do entendimento anteriormente consagrado pelo próprio Conselho de Ética e Decoro Parlamentar.

De fato, tem razão a recorrente.

Assinala com correção ter perseverado entre nós, até agora, decisão acolhida pelo Conselho de Ética e relatoria do Deputado José Eduardo Cardozo no sentido de que não podem fatos ocorridos anteriormente ao mandato de Deputado Federal serem considerados para o fim de exame do decoro parlamentar.

Ao apreciar a Representação nº 02/2007, deduzida contra o Deputado Raul Jugmann afastou a hipótese de punição. Investigavam-se atos de possível improbidade administrativa praticados quando era ocupante do cargo de Ministro de Estado, não ostentando, naquela época, o mandato parlamentar, o que veio a ocorrer posteriormente. O Conselho de Ética, na linha de voto do ilustre Deputado José Eduardo Cardozo se pronunciou:

**"De fato, conforme honestamente narra a exordial, a época em que se realizaram os fatos que embasam a presente acusação, não era o representado Deputado Federal.** Não exercia mandato parlamentar. Investido, com efeito, estava em cargo de Ministro de Estado. Ostentava, por tal provimento, a condição de agente político, particular espécie, como é sabido de todos, do gênero agente público. Nesta exclusiva condição teria praticado os fatos narrados na representação. Mandato parlamentar não exercia, e nem dele licenciado estava.

Segundo apurado por este Relator, e na conformidade do documento ora juntado aos autos, o Deputado Raul Jungmann iniciou seu mandato na legislatura pertinente aos anos de 2003 a 2007, tendo sido reeleito para a legislatura atual. Assim, quando da ocorrência dos fatos narrados na representação (desvio de verbas públicas para gastos de publicidade entre 1998 e 2002), não era o representado Deputado Federal.

**Ora, quem não é parlamentar não pode incorrer na falta de decoro parlamentar.** Embora o dever de probidade, de moralidade, seja um dever a que estão submetidos todos os

agentes públicos em geral, aos ditames da ética parlamentar apenas os parlamentares estão submetidos. Logo, se um agente público comete um ato de improbidade administrativa e não é parlamentar, estará submetido, naturalmente, aos processos judiciais que lhe poderão imputar sanções jurídicas pertinentes ao ato de improbidade que praticou. Mas se é parlamentar e comete um ato de improbidade administrativa, além de submetido aos processos judiciais que poderão lhe imputar sanções jurídicas, estará submetido ao processo ético-disciplinar que poderá determinar a sanção política de cassação do seu mandato pelo Parlamento.

Pretender que alguém que não era parlamentar quando da prática de um ato, após tornar-se parlamentar, possa ser punido por este mesmo ato a título de desrespeito às normas éticas de uma especial categoria de agentes públicos a que não pertencia, seria admitir-se uma estranha forma de retroatividade punitiva. Uma retroatividade não só ofensiva aos mais elementares princípios de direito, mas à própria lógica e ao bom senso."

O caso paradigma tem total semelhança com o caso em exame, pois nele se cuidou também de fatos que vieram à lume pela imprensa após a eleição e posse do parlamentar, abrangendo período anterior ao do mandato.

O dado de maior relevo, no meu sentir, é exatamente esse. E é esse o ponto sobre o qual mais se debruçou o Relator do processo no Conselho de Ética desta Câmara ao apreciar a questão da Deputada Jacqueline Roriz. O recurso aqui examinado, ao trazer à discussão o vício que entende contrariar as normas da Constituição Federal, do Regimento da Câmara e de seu Código de Ética lança seu foco sobre os pontos que já foram enfrentados por essa Casa, conforme demonstra a transcrição acima.

No voto do ilustre Relator do Conselho de Ética, o argumento não veio, *data venia*, a ser enfrentado, pois S. Exa., ao invés de deter-se no exame do precedente, passou à análise da Consulta nº 001/2007, que, equivocadamente, foi tida como consulta "*formulada por partidos políticos que compõem esta Casa ao Deputado e hoje Ministro da Justiça, José Eduardo Cardoso*", que cuidou de questão diversa.

Com efeito, a Consulta nº 001/2007, que teve como Relator o ilustre Deputado DAGOBERTO, e não José Eduardo Cardozo, teve presente questão diversa, como a própria ementa do parecer esclarece:

Os líderes do PMDB, do PT, do PP e do PR consultam sobre a possibilidade de instauração de procedimento disciplinar contra parlamentar quando o fundamento da representação tiver por base ato ou procedimento supostamente ocorrido em momento anterior ao processo eleitoral que confirma novo mandato.

Ora, claro está que a consulta se prende ao caso de alguém que, sendo parlamentar, praticou algum ato atentatório ao decoro ou à ética do Parlamento, mas, antes de ter sua conduta examinada pela Casa, se submete à nova eleição e se sagra vencedor.

Vale lembrar que anteriormente a tal consulta, o Supremo Tribunal Federal já havia definido que o fato de a conduta contrária, ofensiva à ética e ao decoro ser de legislatura anterior não conduziria ao arquivamento do processo, pois a continuidade do agente na vida parlamentar implicaria também a continuidade do processo.

Na mencionada Consulta nº 001/2007, restou assente o entendimento de que a superveniência de eleição em que o parlamentar se visse novamente eleito, a despeito de denúncias existentes, importaria no arquivamento do respectivo processo ou a impossibilidade de sua instauração, valendo a eleição como que um julgamento popular favorável.

De qualquer forma, o pressuposto era o de que o desvio de conduta tivesse ocorrido durante o exercício de anterior mandato parlamentar, de modo a ter aplicação a jurisprudência do STF que autorizava o processo ético mesmo em legislatura posterior.

A intervenção do ilustre Deputado José Eduardo Cardozo se limitou à observação de que a conduta tida como contrária ao decoro e à ética parlamentares deveria ser conhecida em todos os seus aspectos, para que o novo entendimento pudesse ser adotado.

Rememore-se que a aludida Consulta surgiu em face da reeleição em 2006 de deputados apontados como integrantes de esquemas como o "Mensalão" ou então "Sanguessugas" com base em investigações que vieram a público antes do aludido pleito.

Não se cuidou, portanto, do tema objeto da impugnação da recorrente, diferentemente do Parecer 002/2007, que teve como objeto a representação oferecida por Partido político contra o Deputado Raul Jugmann, este sim, versando a possibilidade de se estender as normas de proteção ao decoro parlamentar a período anterior ao exercício do mandato.

Aliás, no ponto, há de se ter presente o princípio da contemporaneidade, tão bem definido pelo eminentíssimo Ministro do STF Celso de

Mello como "a existência de uma necessária relação de contemporaneidade entre a prática do ato contrário ao decoro parlamentar, de um lado, e o exercício do mandato legislativo de outro".

Embora o voto condutor do parecer recorrido não negue a necessidade de ocorrer a contemporaneidade, define o princípio de forma diversa, sustentado que necessário seria considerar como contemporâneo "todo e qualquer fato que venha a conhecimento público após as eleições ou durante o novo mandato, mesmo que a conduta antes do pleito eleitoral".

Tal entendimento, além de contrariar frontalmente a definição de contemporaneidade consagrada pela nossa Suprema Corte, se revela absolutamente incompatível com outros julgados daquele Sodalício, que reiteradamente têm vinculado a quebra do dever de decoro com a atuação do mandato parlamentar.

Aliás, merecem destaque as observações feita no julgamento da medida liminar no MS nº 25.579 (Caso José Dirceu), em que se debateu amplamente a possibilidade de se amoldar ao conceito de decoro parlamentar atos praticados por quem estava afastado do mandato e no exercício ocasional do cargo de Ministro de Estado.

Ali, o eminentíssimo Ministro Sepúlveda Pertence, como de hábito, fez uma profunda análise da necessidade de observância estrita das hipóteses de instauração do procedimento com vistas à perda do mandato em razão da suposta ofensa ao decoro parlamentar, alertando para os riscos de ampliação das hipóteses previstas na Constituição.

Naquele julgamento ficou decidido que Deputado Federal licenciado nos termos do artigo 56, inciso I da Constituição Federal para o exercício do cargo de Ministro de Estado pode, excepcionalmente, ser submetido a processo por eventual quebra de decoro parlamentar desde que os atos praticados tenham relação também com a sua atuação no Congresso Nacional.

Impõe-se indagar: poderemos nós, agora, ampliar as hipóteses de reconhecimento de condutas de falta de decoro parlamentar para o fim de punir com base nela? A certo que não.

Continuo:

Saliente-se, também, a ressalva do eminentíssimo Ministro Joaquim Barbosa, relator para o acórdão, que rotineiramente não é de se admitir o julgamento da Casa Legislativa se a eventual infração ética houver ocorrido no exercício de cargo afeto ao Poder Executivo, *verbis*:

Inicialmente, gostaria de externar meu entendimento no sentido de que o membro do Congresso Nacional, uma vez licenciado do mandato e investido no cargo de Ministro de Estado, não pode, em princípio, e enquanto estiver no exercício da função ministerial, ser submetido a processo de perda de mandato com base no art. 55, inciso II, da CF, sobretudo se as acusações que lhe são feitas disserem respeito a fatos e atos estreitamente vinculados ao exercício da função executiva. Admiti-lo redundaria não apenas em violação ao artigo 102, inciso I, "c", da Constituição, mas também inserir nas relações entre Legislativo e Executivo um elemento de fragilização e desestabilização dos princípios de independência e harmonia por que devem pautar-se os Poderes da República (CF, art. 2º).

Em seguida, ao justificar a excepcionalidade do caso concreto, o eminente Ministro Joaquim Barbosa destaca existência de suposta atuação *"juridicamente vinculada à primitiva condição de parlamentar do impetrante"*, dizendo:

Sr. Presidente, eu não hesitaria um instante em conceder, ainda que por pura cautela, a liminar postulada pelo Impetrante caso as acusações que lhe são feitas tivessem cerrada pertinência com atos de competência exclusiva de Ministro de Estado, tais como os elencados no art. 87 da Constituição. Mas não é disso de que se trata. A representação formulada pelo Partido Trabalhista Brasileiro não diz respeito a fatos que se possam qualificar como inerentes ao exercício da função de Ministro de Estado. Ao contrário. Acusa-se o Impetrante de haver praticados atos que tinham por finalidade *"interferir e fraudar o regular andamento dos trabalhos legislativos, alterando o resultado das deliberações em favor do Governo"*.

Ou seja, a acusação é juridicamente vinculada à primitiva condição de parlamentar do Impetrante, em suma, a sua influência política. Irrelevante, a meu ver, o fato de que formalmente não haja contemporaneidade entre tais fatos e o exercício efetivo de mandato parlamentar.

Vale dizer, como ficou assente no voto condutor do acórdão, o colendo Supremo Tribunal Federal somente admitiu a imputação de fato supostamente indecoroso em relação a Parlamentar **afastado** do exercício de suas funções, tendo em vista a existência de estreito vínculo entre os fatos narrados e a condição de parlamentar ostentada pelo interessado.

É imperioso registrar assim que, à exceção do caso acima citado, nenhum Parlamentar afastado do exercício de suas funções chegou a responder por quebra de decoro.

Aliás, no caso paradigma, deve ser ressaltado o quanto ficou expresso pelo digno Ministro Sepúlveda Pertence, em seu douto e magnífico voto:

18. Desconheço, a esse propósito, em outras ordens positivas, locução de termos tão imprecisos quanto essa, a do "decoro parlamentar", cujas conotações vão da sublimidade da Ética às frivolidades da Etiqueta.

19. Mas, é sabido, a pesquisa no direito comparado desvela que expressões de ambigüidade ou polissemia comparáveis tem sido utilizadas por outros documentos constitucionais para, ao fim e ao cabo, outorgar a uma maioria parlamentar - em geral, é certo, altamente qualificada - o poder de cassar o mandato de um membro das Câmaras.

da Casa dos Lordes, a um tempo, Câmara Alta do Parlamento e Corte Suprema da Justiça.

22. É da Constituição americana que a da Argentina recebeu regra semelhante, ainda hoje em vigor<sup>8</sup>.

23. Na América Latina - afora o Brasil de ontem -, só identifiquei instituição similar na Constituição da Bolívia, de 1967<sup>9</sup>.

24. Na Europa continental, a partir dos países aos quais mais se afina a nossa cultura jurídica - França, Portugal, Espanha, Itália e Alemanha -, são desconhecidas cassações assim discricionárias de mandatos parlamentares.

25. Claro, não faz sentido mencionar textos constitucionais de regimes revolucionários de "partido único" - com marcante protagonismo na cassação -, entre os quais se situam os de alguns países africanos recém libertados, quando de sua promulgação<sup>10</sup>.

26. Trabalho recente e precioso editado pela União Interparlamentar dá testemunho eloquente da raridade, em todo o mundo, dessa categoria de cassação de mandatos<sup>11</sup>.

27. A raridade da adoção de medidas similares não tem causado espécie, dados os riscos que traz consigo, de abusos do poder das maiorias.

28. "Basear no decoro parlamentar, para fazer o deputado ou senador perder o mandato" - advertira, entre nós, Sampaio Dória -, "é dar asas a vinditas políticas. Porque no conceito específico de decoro, há parcela de apreciação individual, de fugidio e de imponderável, no precisar a conveniência, a propriedade, a relação do ato com as circunstâncias. E daí o arbitrário no voto, ainda que por dois terços da Câmara ou do Senado..."

29. "Dai a excepcionalidade do remédio - acentua o mestre Reale <sup>(22)</sup> - "cujo caráter obsoleto é reconhecido pela maioria dos autores, exatamente pelo perigo de abusos que enseja, inclinando-se a legislação e a doutrina cada vez mais para outros processos de apuração de responsabilidade, nos casos de infração de deveres políticos, conferindo-se ao Parlamento a função de "denunciar", mas não a de "julgar" os próprios pares (Cf. Biscaretti di Ruffia, *Diritto Costituzionale*, Nápoles, 1965, ... ed., pág. 404 e segs.)"

Posteriormente, o ilustre Ministro Pertence realiza minuciosa evolução histórica e legislativa do tema tão palpitante. Demonstra, assim, que a cassação de mandatos, a juízo da câmara respectiva sobre a quebra do decoro parlamentar, somente viria a surgir na Constituição de 1946, que adotou fórmula aberta, nos moldes adotados nos Estados Unidos e na Argentina.

A Constituição de 1969, no entanto, instituiu mudanças significativas, definindo o instituto nos moldes que o conhecemos hoje. Vale registrar a doutrina do ilustre Professor Manoel Gonçalves Ferreira Filho, acerca do § 1º do artigo 35 da Carta outorgada:

*Este parágrafo foi uma inovação introduzida pela Emenda nº 1. Não constava do direito anterior. Procedeu, segundo parece, da intenção de precisar o campo do decoro parlamentar, tornando inquestionável abranger o abuso de prerrogativas e a percepção de vantagens ilícitas ou imorais.*

*É de se indagar, porém, se foi feliz a inovação. Por um lado, era ela dispensável. Ninguém, em sã consciência, recusaria o caráter de infração ao decoro parlamentar a todo ato que visasse à*

*percepção de vantagens, ilícitas ou imorais. Por outro lado, ela restringiu o âmbito do decoro parlamentar. De fato, à luz deste parágrafo, cumpre afirmar, que não há infração ao decoro parlamentar apta a ensejar a perda do mandato, senão quando configurar ação ou omissão descrita como tal, na Constituição ou no Regimento Interno. Adotou-se, pois, aqui, o rígido princípio da legalidade criminal." [destacou-se]*

Ainda na lição do emérito Ministro Pertence, no contexto normativo vigente, porém não é mais assim: *decoro parlamentar* – antes, um conceito expresso em termos indeterminados, que servia de frouxa demarcação dos únicos limites constitucionais à vontade legislativa – reduz-se, no texto vigente, a circunscrever o bem jurídico a ser protegido, mediante a sanção de perda do mandato, cominada apenas às hipóteses típicas de sua violação: duas, definidas na Constituição mesma, e as demais, de definição reservada ao regimento interno da Casa Legislativa.

Constata-se, dessa forma que o decoro parlamentar não é mais um conceito tão indeterminado quanto nas Constituições de 1967 e de 1946, quando era excessivamente fluido, uma vez que elas somente falavam em *decoro parlamentar*, não dando mais nenhuma baliza para a sua descoberta, deixando amplíssima margem de liberdade ao Legislativo. No entanto, nas Constituições de 1969 e na de 1988, o conceito de decoro sofreu uma mutação normativa; ficou mais preciso, sendo constitucionalmente tipificado.

Daí a interpretação estrita que sempre lhe foi dada pelo Parlamento valendo ressaltar que jamais houve instauração de procedimento ético-disciplinar em relação a fatos ou atos supostamente cometidos contra quem sequer possuía a condição de Parlamentar.

Por isso a ponderação que aqui se faz vai diametralmente contra aquela contida na decisão recorrida, em que é, inclusive, asseverado tratar-se o decoro de um conceito, propositadamente, aberto. O objetivo sustentado, com o qual não se concorda, é de se fazer uma análise ampla das condutas de parlamentares, quer os fatos tenham ocorrido antes da legislatura (quando ainda não é detentor de mandato), quer tenham ocorrido durante a legislatura.

A decisão nesse sentido, chega a causar perplexidade a partir de um dado não abordado no voto do Relator no Conselho de Ética, mas que deve ser de enfrentamento obrigatório. Trata-se do ponto relativo ao momento desde o qual se farão retroagir as normas que trazem como consequência a perda do mandato por falta de decoro parlamentar.

Futuramente, com quais casos o Conselho de Ética se preocupará? Todos aqueles descobertos pela imprensa ocorridos há 5 anos,

10 anos ou 20 anos? Qual será o elemento temporal que definira o momento de incidência das normas que tratam de decoro parlamentar?

A vacilação ao se tentar responder tal indagação é a medida certa que dá sustentação à interpretação mais direta da leitura das normas que tratam da questão do decoro parlamentar. E para tanto, entendendo sepultar a discussão, invoca a norma do art. 1º do Código de Ética e Decoro Parlamentar da Câmara dos Deputados.

Ora, se o decoro orienta a conduta do parlamentar no exercício do cargo, não pode o decoro parlamentar orientar aqueles que não são Deputados Federais. Enquanto não detiverem essa condição, não podem ser compelidos a se portarem para evitar um futuro e incerto dano ao Parlamento.

A regra mencionada, por si, preencheria todas as apontadas lacunas que dariam margem a uma ampla interpretação, tal como já fora desenvolvida em vários momentos em que o tema veio à baila. Com ela ficam suplantadas as indagações acerca da contemporaneidade da conduta com o mandato.

Especificamente, em relação ao caso em análise, o Relator no Conselho de Ética considera que há nexo de causalidade entre os fatos ocorridos em 2006 – atinentes à conduta descrita da Deputada Jaqueline Roriz – e a “honradez” da Casa a que pertence. Mesmo admitindo que na oportunidade dos fatos, sequer era detentora de mandato, coloca-se à mercê de terceiros que descobriram os fatos e que os divulgaram, fazendo, no seu sentir que os efeitos de atos praticados em 2006 fossem projetados para o presente. Daí o entendimento de atualidade dos fatos descritos.

Com o devido respeito do prolator do voto nesse sentido, não há como concordar com tal assertiva. A prática dos atos imputados à recorrente se esgotaram naquele longínquo momento e como não detinha mandato parlamentar, contra ela somente poderão ser impostas sanções que não requeira a condição especial de parlamentar para sua aplicação – na verdade a maioria das regras punitivas prescindem dessa condição.

O que defendo é, portanto, a impossibilidade de análise da conduta sob o crivo do Conselho de Ética Parlamentar. Para invocar sua atuação, há que se preencher requisitos, conforme já assentado na mais abalizada jurisprudência.

São conhecidos os precedentes, inclusive do colendo Supremo Tribunal Federal que permitiram a instauração e tramitação do processo contra Parlamentar em relação a fatos ocorridos na legislatura anterior, desde que já naquela ocasião, **o acusado ostentasse a condição de parlamentar**.

Nessa linha já decidiu o Supremo Tribunal Federal nos autos do Mandado de Segurança nº 24.458. No precedente citado, impetrado em favor do então Deputado Pinheiro Landim, foi reconhecida a possibilidade de que fosse instaurado procedimento no Conselho de Ética dessa Casa em relação a atos anteriores à legislatura, desde que à época dos fatos narrados na representação o Parlamentar já fosse detentor do cargo de Deputado Federal. Cumpre destacar a lição do Ministro Celso de Mello acerca da *ratio* subjacente ao julgamento anteriormente realizado no MS 23.388/DF:

“(...)

Parece revelar-se essencial, portanto, para os fins a que se refere o art. 55, § 2º da Constituição da República, a existência de uma necessária relação de contemporaneidade entre a prática do ato contrário ao decoro parlamentar, de um lado, e o exercício do mandato legislativo de outro, mesmo que o ato ofensivo à dignidade institucional do mandato (e, também, à honorabilidade do Parlamento) tenha ocorrido na legislatura imediatamente anterior, praticado por que, naquela momento, já era integrante do Poder Legislativo.

O dado essencial é que o decoro parlamentar somente pode ser atingido por quem tenha praticado o atentado enquanto detentor de mandato.

Outros tantos exemplos poderiam ser destacados valendo rememorar o caso do Deputado Hildebrando Pascoal que foi acusado da prática de homicídio antes do mandato. Mas o que justificou a sua cassação foi que um dos fatos contra si imputados ocorreu já no exercício do mandato. Na ocasião, destacou o eminente Deputado Inaldo Leitão “*a circunstância de um dos fatos imputados ao então representado ter ocorrido já no exercício deste mandato, nos livra de incômoda e exaustiva discussão teórica sobre se é possível ao parlamentar perder o mandato por atos cometidos antes de sua diplomação.*”

No processo de cassação de Talvane Albuquerque, o Senhor Relator, o eminente Relator, Deputado Aloysio Nunes Ferreira, após esclarecer que se sustentava “*a impossibilidade de, numa nova legislatura, cassar-se o mandato de Deputado Federal, a pretexto de falta de decoro parlamentar, por fatos supostamente ocorridos na legislatura anterior*”, observou que: “*Seria absurdo que não restasse outra alterantiva à Câmara, a não ser a de admitir a permanência em seu seio de que já houvesse, no exercício do mandato, demonstrado comportamento indigno, desmerecedor do cargo, incompatível com a respeitabilidade exigível de um representante popular*”.

E, mais adiante, voltou a ressaltar a necessidade do ato investigado estar ligado ao exercício do mandato: “*Na verdade, se a Câmara dos Deputados constata que alguém – por sua conduta ao exercer o mandato parlamentar – manchou a dignidade de todo o corpo legislativo, tem ele o dever de impedir a sua permanência na Casa do povo brasileiro*”.

Outro caso que pode ser tomado como precedente é o do Deputado Feres Nader em que o que se discutiu foi a possibilidade de o suplente de parlamentar responder, em uma legislatura, por ato praticado em outra, anterior, no **exercício de mandato de Deputado Federal**, que configuraria, em tese, falta de decoro. Vejam-se as seguintes elucidativas passagens do voto do Senhor Relator, Deputado José Abraão: (...) *É certo que somente o Deputado ou o Senador que integra o corpo legislativo, poderia agir ilicitamente, apresentando conduta incompatível com o decoro parlamentar*”. *Salta a evidência que somente quem estiver no exercício do mandato parlamentar poderá agir de forma a agredir a honorabilidade da Casa Legislativa, expondo-se à execração pública*. (...) Destarte, plena razão assistiria à Defesa, se a questão enfrentada fosse tão singela. Entretanto a situação apresenta complexidade cujo deslinde demanda esforço analítico maior, em face das características que o caso concreto oferece. Eis que a imputação oposta ao hoje suplente Feres Nader refere-se a sua conduta não como mero suplente, e sim como Deputado Federal. As irregularidades apontadas pela CPMI que teriam sido praticadas pelo Sr. Feres Nader – e ensejadores da caracterização da falta de decoro parlamentar – ocorreram quando do exercício de seu mandato. ”

Ora, em todos os precedentes citados fica indene de qualquer dúvida a necessidade de que para justificar a tramitação de representação por quebra de decoro parlamentar é indispensável a demonstração **de que se cuide de membro do Parlamento na data dos fatos**.

O nobre Deputado Carlos Sampaio, Relator do caso no egrégio Conselho de Ética, conferiu entendimento distinto ao caso, deixando assente que o fator determinante da abertura da competência do egrégio Conselho de Ética deve ser o conhecimento do fato pelo público ou pelo eleitorado, e não a data de sua suposta prática.

Vale dizer, não importa a condição de Parlamentar à época da ocorrência dos fatos e sim o momento que é divulgado destacando o eminente Deputado Relator que o bem jurídico tutelado na hipótese é o próprio Parlamento.

Mais outros dois aspectos, ainda, devem ser considerados.

O primeiro, a considerar que se qualquer cidadão, que não seja membro do Congresso Nacional, praticar um ato que possa também ter a qualificação de quebra decoro parlamentar, não revela de que forma isso possa atingir a imagem da Casa Legislativa tendo em vista que dela não fazia parte na esteira dos inúmeros precedentes já citados.

O outro aspecto diz respeito à divulgação de eventuais e supostas irregularidades. Podem as divulgações, também, ficar ao sabor da conveniência dos adversários políticos os quais, principalmente em períodos eleitorais, tem todo o interesse em ter uma arena para disputar os cargos que não alcançaram nas urnas.

A situação coloca em xeque a própria razão de existir do Conselho de Ética e Decoro Parlamentar que, se tiver alargada a competência para a apreciação de fatos ou atos ocorridos antes do Deputado assumir o seu mandato correrá o risco de substituir à Justiça Eleitoral e/ou Criminal nas conhecidas demandas que tem por pano de fundo, única e exclusivamente, a derrota nas urnas.

Daí a tradição nessa Casa, em observância à Constituição, ao Regimento Interno e ao próprio Código de Ética, de não admitir o processamento de representações contra quem não possuía mandato à época da ocorrência de fatos supostamente indecorosos.

Alerto não estarmos aqui a discutir o mérito da questão. Irregularidades podem e devem ser esclarecidas pelas instâncias próprias, como Polícia Federal, Ministério Público e Poder Judiciário. Como noticia o Conselho de Ética houve instauração de Inquérito perante o colendo Supremo Tribunal Federal, a requerimento do duto Procurador-Geral da República e a propositura de Ação Civil Pública pelo Ministério Público do Distrito Federal e Territórios.

Fica evidente, assim, que todas as medidas para a apuração dos fatos e eventual punição da responsável ou dos responsáveis foram tomadas e estão em andamento, nos termos da legislação aplicável.

Não é possível, pois, a instauração de Representação nessa Augusta Casa por um motivo bastante evidente, e óbvio, de que somente quem é possuidor do mandato de Deputado Federal está sujeito às sanções previstas no Código de Ética desta Casa e poderia, em tese, ofender o **decoro parlamentar**.

Não há qualquer dispositivo legal em vigor atualmente que possa justificar a tramitação de Representação no Conselho de Ética por fato ocorrido **5 anos antes do cidadão haver assumido a função de Deputado Federal.**

Segundo Alexandre de Moraes (2002, p. 416), a expressão decoro parlamentar pode ser compreendida como "o conjunto de regras legais e morais que devem reger a conduta dos parlamentares, no sentido de dignificação da nobre atividade legislativa". Por conseguinte, o procedimento disciplinar que visa à sua apuração buscará averiguar da ocorrência ou não de ofensa a tais regras de conduta.

O relator da CPMI do orçamento, Deputado Roberto Magalhães conceituou o decoro "como o conjunto de atributos que **exaltam o parlamentar**, que lhe dão respeitabilidade. A quebra do decoro parlamentar, a contrario sensu, seria aquela conduta do parlamentar que atingisse a própria respeitabilidade deste e, por extensão, a do parlamento."

O regramento é muito claro no sentido de somente tornar passível de punição com a perda do mandato àqueles Parlamentares que eventualmente abusem das prerrogativas do cargo, incorrendo em condutas atentatórias à elevada missão constitucional que possuem.

O instituto constitucional do Decoro Parlamentar prescreve que este não pode sobrepor interesses pessoais aos do Congresso Nacional, ou seja, não pode se prevalecer de sua posição para obter vantagens, lícitas ou não. Nesse sentido é a lição de Hamilton Rangel Júnior:

"(...)

Ou seja, é o Decoro Parlamentar o mecanismo que nossa Constituição oferece à instituição do Parlamento, para que seus membros não utilizem sua autonomia individual para constranger a subsidiariedade da função legislativa. (...)"

A própria Resolução nº 25, de 2001 que institui o Código de Ética e Decoro Parlamentar da Câmara dos Deputados deu nova redação ao artigo 244 do Regimento Interno da Casa para que passasse a vigorar com seguinte redação:

Art. 244. O Deputado que praticar ato contrário ao decoro parlamentar ou que afete a dignidade do mandato estará sujeito às penalidades e ao processo disciplinar previstos no Código de Ética e Decoro Parlamentar, que definirá também as condutas puníveis." (grifou-se).

O artigo 1º do Estatuto de Ética Casa na sua redação original também não deixa qualquer dúvida em relação aos destinatários de suas normas:

**Art.1º Este Código estabelece os princípios éticos e as regras básicas de decoro que devem orientar a conduta dos que estejam no exercício do cargo de Deputado Federal;**

Mesmo com as alterações recentemente efetivadas com o intuito de trazer “(...) *mais segurança ao processo político-disciplinar, que necessita de um viés mais técnico-jurídico*” (exposição de motivos) o mencionado artigo 1º foi alterado apenas para acrescentar incluir entre os destinatários da norma, **os detentores de mandato**, ainda que afastados de suas funções no Congresso. A redação atual é a seguinte:

**Art. 1º Este Código estabelece os princípios éticos e as regras básicas de decoro que devem orientar a conduta dos que sejam titulares ou que estejam no exercício de mandato de Deputado Federal.**

No mesmo sentido é a redação conferida ao inciso II, do artigo 4º do Código de Ética que, ao regulamentar a Constituição dispõe:

Art. 4º Constituem procedimentos incompatíveis com o decoro parlamentar, puníveis com a perda de mandato:

.....

II – perceber, a qualquer título, em proveito próprio ou de outrem, **no exercício de atividade parlamentar**, vantagens indevidas (Constituição Federal, art. 55, § 1º);

Como fica evidente da leitura dos dispositivos legais e regimentais aplicáveis, outra não é a conclusão que se tira, senão o entendimento de que atos cometidos por cidadão comum, muitos anos antes do exercício do Mandato de Deputado Federal não poderão ser analisados no âmbito do Conselho de Ética e certamente merecerão a censura adequada nas esferas próprias como, aliás, ocorre no caso concreto.

Para reforçar ainda mais essa hipótese é necessário recordar que, recentemente, foram rejeitados 4 (quatro) Projetos de Resolução que tinham por finalidade ampliar as disposições do Código de Ética e Decoro Parlamentar no sentido de justificar eventual punição por atos cometidos antes do mandato ou com a finalidade de sua obtenção.

É inegável que a sua rejeição revela a evidente impossibilidade jurídica de aplicar entendimento rejeitado por unanimidade pelos membros desta Casa. Aliás, a mera apresentação dos Projetos de Resolução demonstra a inexistência de qualquer norma nesse sentido.

Ora, tanto não há qualquer norma atualmente em vigor para o tratamento da situação da presente Representação que, depois de serem divulgadas as imagens da Deputada Jaqueline Roriz, foram apresentados projetos de alteração das normas do Código de Ética.

O Projeto de Resolução nº 31, de 2011 de autoria do Exmo. Sr. Deputado Reguffe teve por objetivo alterar o inciso II, do artigo 4º, do Código de Ética, com a seguinte fundamentação:

(...)

Da mesma forma que qualquer cidadão deste país, quando acusado de um delito é investigado e julgado pela justiça, é justo que o seu representante no parlamento também o seja, não apenas nos atos ilícitos cometidos no exercício do mandato parlamentar, como também, nas ilicitudes cometidas para a obtenção deste.

Portanto, a presente proposta visa corrigir essa distorção no Código de Ética e Decoro Parlamentar da Câmara dos Deputados e atender esse clamor social para que o parlamento assuma sua responsabilidade de zelar pela conduta ética e moral daqueles que foram eleitos democraticamente para a obtenção deste.” [destacou-se]

A sugestão de redação do dispositivo é a seguinte:

Art. 4º (...)

.....

.....

II – perceber, de forma direta ou indireta, vantagens indevidas em proveito próprio ou de outrem, no exercício do mandato parlamentar ou para obtenção deste (Constituição Federal, art. 55, § 1º);” destacou-se

Outro Projeto de Resolução, de nº 36, de 2011, de autoria do Excelentíssimo Senhor Deputado Mendes Thame, sugere a alteração dos dispositivos para que passem a vigorar com a seguinte redação, *verbis*:

Art. 1º. O Art. 244 do Regimento Interno da Câmara dos Deputados passa a vigorar com a seguinte alteração:

Art. 244. O Deputado que praticar ***durante o mandato*** ato contrário ao decoro parlamentar ou seja descoberto algum

***delito criminoso anterior a sua posse que afete a dignidade do mandato estará sujeito às penalidades e ao processo disciplinar previstos no Código de Ética e Decoro Parlamentar, que definirá também as condutas puníveis.***

Art. 2º. O inciso II do Art. 4º da Resolução nº 25, de 10 de outubro de 2001, que dispõe sobre o Código de Ética e Decoro Parlamentar da Câmara dos Deputados passa a vigorar com a seguinte alteração;

“Art. 4º.....

I - .....

II – perceber, a qualquer título, em proveito próprio ou de outrem, **quer durante o** exercício da atividade parlamentar **ou anterior a ele**, vantagens indevidas (Constituição Federal, art. 55, § 1º);”  
**grifos do original**

Para justificar a alteração, foram suscitados os seguintes argumentos:

“O Projeto de Resolução visa estabelecer normas mais claras para que os Membros que compõem o Conselho de Ética e Decoro Parlamentar da Câmara dos Deputados, que têm uma pesada responsabilidade perante Parlamento, passam a julgar adequadamente seus Pares envolvidos em práticas incompatíveis com o decoro parlamentar. E, **pelo fato de não terem normas mais específicas para tratarem de determinados casos** acabam aplicando uma sentença que, geralmente, não é a esperada pela sociedade brasileira.

Os Projetos de Resolução nºs 33 e 34 foram apresentadas pela Excelentíssima Senhora Deputada Erika Kokay propondo a alteração da seguinte forma:

#### **Projeto de Resolução nº 33:**

Art. 1º O inciso II do art. 4º da Resolução nº 25, de 2001, passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 4º.....

II – perceber a qualquer título **e em qualquer tempo**, em proveito próprio ou de outrem, vantagens indevidas (CF, art. 55, § 1º);

#### **Projeto de Resolução nº 34, de 2011:**

“Art. 1º o Art. 4º capítulo III do Código de Ética e Decoro Parlamentar da Câmara dos Deputados passa a vigorar acrescido do seguinte inciso VI.

“Art. 4º.....

.....  
VI – praticar delitos, ainda que no período anterior ao exercício do mandato ou que a pena aplicável esteja prescrita.”

Ocorre que todos os Projetos de Resolução foram rejeitados na Sessão Plenária do dia 26 de junho de 2011.

Ora, o processo administrativo de caráter ético-disciplinar deve observar sempre os ditames da Constituição Federal que é expressa no artigo 5º, inciso XXXIX: “*não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia sem cominação legal;*”.

No inciso seguinte do mesmo artigo 5º foi consagrado o princípio da irretroatividade das leis: XL – *a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu;*

Fica patente, portanto, que a absoluta ausência de norma específica para atender ao caso concreto inviabiliza a aplicação de sanção acerca de fatos anteriores ao exercício do mandato e que não guardam qualquer relação com este.

Por tais razões, a orientação do egrégio Conselho de Ética, da Câmara dos Deputados e do Supremo Tribunal Federal, nos termos dos vários precedentes citados é no sentido de que somente a pessoa que estava investido da condição de Parlamentar à época dos fatos poderia, em tese, cometer ato atentatório ao decoro parlamentar.

Quanto ao argumento que os fatos tratados na presente Representação somente vieram ao conhecimento público e, consequentemente dos eleitores, após as eleições e, por isso, poderiam justificar a instauração de procedimento punitivo no Conselho de Ética, entendo não ser esse o foro adequado para substituir a vontade do eleitor.

Não há como, agora, fora do período eleitoral pretender-se fazer uma leitura da intenção do eleitorado para se afirmar cabalmente que a Deputada não se teria eleito caso a divulgação das notícias fosse mais ágil.

Não tenho como, em sã consciência fazer essa interpretação e, após o resultado das urnas, me substituir aos eleitores com a aplicação de um instituto similar ao do *recall* de outros países, mas que no Brasil sequer existe.

O amplo tema que envolve este voto já foi analisado no âmbito deste egrégio Conselho na Consulta nº 01/2007. Naquela ocasião ficou expresso no parecer do Deputado Relator a possibilidade de abertura de processos de cassação em relação a fatos ocorridos na legislatura anterior e que viessem a público após as eleições desde que, o requerido exercesse também mandato parlamentar, nos termos de sua bem fundamentada exposição.

Na ocasião foi aprovada também a sugestão de texto para proposta de emenda à Constituição que, como é notório, não foi aprovada, com o seguinte teor:

Art. 1º. O § 1º do artigo 55 da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

Art. 55 (...)

§ 1º É incompatível com o decoro parlamentar, a qualquer tempo, além dos casos definidos no regimento interno, o abuso das prerrogativas asseguradas a membro do Congresso Nacional, a percepção de vantagens indevidas e a prática de delitos, ainda que anterior ao exercício do mandato ou que a pena aplicável esteja prescrita.”

Como se vê dos elementos acima expostos, minha orientação está fundamentada para dar provimento ao recurso manejado pela Deputada Jaqueline Roriz.

Dessa forma, pelo que pude apurar e inteirar-me da questão que envolve a irresignação apresentada pelo Deputada Jaqueline Roriz, conheço do recurso e lhe dou parcial provimento diante da impossibilidade de imputar a prática de quebra de decoro parlamentar a alguém que não detinha a condição de membro da Câmara Federal à época dos fatos, propondo o arquivamento da representação quanto ao tema.

Sala da Comissão, em 13 de julho de 2011.

**VILSON COVATTI**  
**Deputado Federal PP/RS**  
**Relator**

**DOC. 07**



## Consulta Processual Unificada - Resultado da Pesquisa



CONCILIAR | PUSH

**AÇÃO PENAL Nº 2004.04.01.005062-5 (TRF) / 0050625-50.2004.4.04.0000****Originário: INQUERITO Nº 2002.72.02.000282-0 (SC)****Data de autuação: 27/07/2010****Relator: Des. Federal CLAUDIA CRISTINA CRISTOFANI - 4ª Seção****Órgão Atual: SECRETARIA DE RECURSOS****Localizador: OF13C4****Situação: SUSPENSO/SOBRESTADO****Competência: Penal (Seção)****Assuntos:**

1. Crimes da Lei de licitações(Lei 8.666/93)
2. Crimes de Responsabilidade (DL 201/67, Lei 1.079/50 e Lei 5.249/67)

**17/02/2010 01:52** Disponibilização no Diário Eletrônico de acórdão no dia 17/2/2010 (Boletim 27/2010) - [Abrir documento](#) **10/02/2010 16:04** Remessa para disponibilização no Diário Eletrônico de acórdão no dia 17/02/2010 - [Abrir documento](#) **09/02/2010 15:17** Re却bimento GUIA NR.: 10/0021080 ORIGEM: GAB. Des. Federal TADAAQUI HIROSE**09/02/2010 14:19** Remessa Interna com Acórdão GUIA NR.: 100021080 ORIGEM: GAB47B DESTINO: SECRETARIA DO PLENÁRIO, CORTE ESPECIAL E SEÇÃO**18/12/2009 16:45** Re却bimento 5 volumes e 1 apenso p/acórdão - GUIA NR.: 90243327 ORIGEM : SECRETARIA DA CORTE ESPECIAL DESTINO: GAB47B**18/12/2009 15:46** Conclusão para Acórdão GUIA NR.: 090243327 ORIGEM: SCE DESTINO: GAB. Des. Federal TADAAQUI HIROSE**18/12/2009 15:22** Re却bimento GUIA NR.: 09/0242585 ORIGEM: GAB. Des. Federal VICTOR LUIZ DOS SANTOS LAUS**17/12/2009 18:42** Remessa Interna com Voto-Vista GUIA NR.: 090242585 ORIGEM: GAB48C DESTINO: SECRETARIA DO PLENÁRIO, CORTE ESPECIAL E SEÇÃO**17/12/2009 16:20** Julgamento (JUIZ P/ ACÓRDÃO: TADAAQUI HIROSE) PROSSEGUINDO O JULGAMENTO, APÓS O VOTO-VISTA DO DES. FEDERAL VICTOR LUIZ DOS SANTOS LAUS E DO VOTO DO JUIZ FEDERAL SEBASTIÃO OGÊ MUNIZ, ACOMPANHANDO O RELATOR, A SEÇÃO, POR UNANIMIDADE, DECIDIU A) DECLARAR EXTINTA A PUNIBILIDADE QUANTO A LUIZ FERNANDO DE OLIVEIRA GUEDES; B) ABSOLVER CLÁUDIO PEDRO UTZIG E LUIZ HENTZ, COM RELAÇÃO AO CRIME PREVISTO NO ART. 89 DA LEI Nº 8.666; C) ABSOLVER CLÁUDIO PEDRO UTZIG E ELÓI TREVISAN DO CRIME PREVISTO NO ART. 90 DA LEI Nº 8.666/93; E, POR MAIORIA, A) CONDENAR LUIZ HENTZ, PELO CRIME DO ART. 90 DA LEI Nº 8.666/93, E DECLARAR EXTINTA A PUNIBILIDADE, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR, NO QUE FOI ACOMPANHADO PELO DES. FEDERAL VICTOR LAUS E JUIZ SEBASTIÃO OGÊ MUNIZ, VENCIDOS OS DES. FEDERAIS PAULO AFONSO BRUM VAZ E NÉFI CORDEIRO; B) CONDENAR JOÃO RODRIGUES, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR, ACOMPANHADO PELO DES. FEDERAL VICTOR LAUS E PELO JUIZ FEDERAL SEBASTIÃO OGÊ MUNIZ, VENCIDOS OS DES. FEDERAIS PAULO AFONSO BRUM VAZ E NÉFI CORDEIRO. - [Abrir documento](#) **06/11/2009 18:23** Re却bimento GUIA NR.: 90211177 ORIGEM : SECRETARIA DO PLENARIO, CORTE ESPECIAL E SEÇÕES DESTINO: GAB48C**05/11/2009 18:53** Conclusão para Voto-Vista GUIA NR.: 090211177 ORIGEM: SPL DESTINO: GAB. Des. Federal VICTOR LUIZ DOS SANTOS LAUS**22/10/2009 15:01** Juntado(a) SUBSTABELECIMENTO - JOAO RODRIGUES - 09/1664649 - 21/10/2009 14:19**16/10/2009 16:36** Juntado(a) SUBSTABELECIMENTO - LUIZ FERNANDO DE OLIVEIRA GUEDES E OUTROS - 09/1635122 - 15/10/2009 17:39**16/10/2009 16:36** Re却bimento GUIA NR.: 90196628 ORIGEM : GAB. DES. FEDERAL TADAAQUI HIROSE DESTINO: SPL**16/10/2009 15:36** Remessa Interna para Magistrado que Pediu Vista GUIA NR.: 090196628 ORIGEM: GAB47B DESTINO: SECRETARIA DO PLENÁRIO, CORTE ESPECIAL E SEÇÃO