

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)**
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 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 inércia 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 inércia 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

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.

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 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.

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.

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)**
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 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 4ª 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 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

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

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 incurso 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

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

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

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 frustraram o caráter competitivo da licitação, sendo que o empresário se aproveitou de tal fato [...].”

O magistrado de 1ª instância, ao receber a peça, declinou, com fundamento no art. 29, X, da CF, da competência ao TRF da 4ª 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 nexos 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). Consectariamente, se o recurso é inadmissível por outro motivo, não há como se pretender seja reconhecida a

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. Cármen 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 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 delitosa 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. NEGÓ 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 Cármen 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. pl 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 Cármen Lúcia, DJe de 28/4/2011). No mesmo sentido: HC 109.942, Primeira Turma, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJe de 1º/08/2012; HC 108.645, Primeira Turma, Relatora a Ministra Cármen 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 para a contratação direta, ou simulando a presença das mesmas. Precedentes: Inq 2.648/SP, Rel. Ministra Cármen 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 Cármen 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*

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 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 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.”

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

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, conseqüentemente, 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 Nº 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.

06/02/2018

PRIMEIRA TURMA

RECURSO EXTRAORDINÁRIO 696.533 SANTA CATARINA

VOTO

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 4ª 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: conseqüente 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.

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 Cármen 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

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

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, conseqüentemente, 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.

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

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) -, exurgindo 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 Cármen Lúcia, DJ de 28.04.11). No mesmo sentido, os seguintes julgados: HC 109.942, Primeira Turma, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJe de 1º.08.12; HC 108.645, Primeira Turma, Relatora a Ministra Cármen 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. INQUIRÇÃO 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 pátrio, no que tange à análise das nulidades, adota o Sistema da

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 CÁRMEN 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

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 Cármen Lúcia, DJe de 07/10/2013).

“Ementa: HABEAS CORPUS. PROCESSUAL PENAL. AUDIÊNCIA DE INSTRUÇÃO. INVERSÃO DA ORDEM DE INQUIRÇÃO DAS TESTEMUNHAS. ARTIGO 212 DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. ARGUIÇÃO DE NULIDADE.

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 pas 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 perguntas, 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.

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

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 Cármen 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

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 Cármen 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

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

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

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 adveio, 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 descaracterizar 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, constringendo 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 converjam 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 sobredito fornecedor 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 adéqua 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, 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

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 ressarcido 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 incurso 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

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 culposos, 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-

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. Carmen Lúcia, Rel. p/ acórdão Min. Gilmar Mendes, j. 02/12/2014;

(iii) Há descrição do vínculo subjetivo entre os agentes no *concursum 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 desígnios 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

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.

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 correta, 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 vênias.

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

RE 696533 / SC

posição que assumi quando votei no agravo regimental, que considero ser a posição juridicamente correta.

É como voto, Presidente.

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 4ª Seção do Tribunal Regional Federal da 4ª 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 4ª 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 1ª 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.

RE 696533 / SC

5. Em 28.11.2017, o Juízo da 1ª 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.

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

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, 8ª 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 inconstitucional 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 1ª instância, e apenas retornou ao Tribunal Regional Federal da 4ª 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 1ª 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

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

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

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 Cármen Lúcia, DJe de 28/4/2011). No mesmo sentido: HC 109.942, Primeira Turma, Relatora a Ministra Cármen Lúcia, DJe de 1º/08/2012; HC 108.645, Primeira Turma, Relatora a Ministra Cármen 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

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 Cármen 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

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 Cármen 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 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

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 4ª Região. É que após a interposição do recurso especial, o recorrente foi diplomado no cargo de

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 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

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

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 4ª Região, a quem delego a execução da pena.

17. Expeça-se mandado de prisão.

18. É como voto.

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 vênia 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 vênia, 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

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 vênia, acompanho a divergência aberta pelo Ministro Luís Roberto. Não consigo transpor, embora compreenda, 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

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.

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.

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, conseqüentemente, 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 vênias 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 vênias e entendendo as razões do ilustre

RE 696533 / SC

Advogado, eu entendo ter incorrido a prescrição. E, conseqüentemente, Presidente, voto na linha requerida pelo Ministério Público, pela execução imediata da decisão.

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,

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.

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)**
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 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**

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!

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 prevalente 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 prevalente, 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 vênica 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

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.

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 vênias - 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.

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

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 expede 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)

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.

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

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 acionado 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.

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)**
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 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**

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

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.

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 vênias 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.

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.

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 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 8.666/1993 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

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 4ª 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 (interposto 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 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

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 1ª 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 Público 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)

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 1ª quanto em 2ª 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, conseqüentemente, 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 justeza 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

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

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 PROGRESSÃO DE REGIME. Contra decisão condenatória, proferida em única instância, por Tribunal estadual, cabe apenas recurso de índole 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 índole 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).

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.

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

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.**

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
Secretária da Primeira Turma