

16/12/2010

PLENÁRIO

**AÇÃO PENAL 527 PARANÁ**

**RELATOR** : MIN. DIAS TOFFOLI  
**REVISOR** : MIN. CELSO DE MELLO  
**AUTOR(A/S)(ES)** : MINISTERIO PUBLICO FEDERAL  
**PROC.(A/S)(ES)** : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA  
**REU(É)(S)** : LUIZ CARLOS SETIM  
**ADV.(A/S)** : ROBERTO BRZEZINSKI NETO E OUTRO(A/S)  
**ADV.(A/S)** : ADMAR GONZAGA NETO

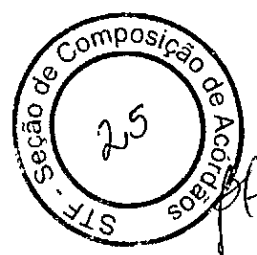
**EMENTA**

**Ação Penal. Ex-prefeito municipal. Atualmente, deputado federal. Dispensa ou inexigibilidade de licitação fora das hipóteses previstas em lei (Art. 89, da Lei nº 8.666/93). Ausência do elemento subjetivo do tipo. Pedido julgado improcedente, com a absolvição do réu com fundamento no art. 386, V, do Código de Processo Penal.**

1. Consoante posicionamento jurisprudencial dessa Colenda Corte Constitucional, a competência penal originária do STF por prerrogativa de função advinda da investidura de sujeito ativo de um delito, no curso do processo, em uma das funções descritas no art. 102, I, alíneas "b" e "c", da CF/88 não acarreta a nulidade da denúncia oferecida, nem dos atos processuais praticados anteriormente perante a justiça competente à época dos fatos. Precedentes.

2. Não restou demonstrada a vontade livre e conscientemente dirigida a superar a necessidade de realização da licitação. Pressupõe o tipo, além do necessário dolo simples (vontade consciente e livre de contratar independentemente da realização de prévio procedimento licitatório), a intenção de produzir um prejuízo aos cofres públicos por meio do afastamento indevido da licitação.

3. O simples fato de aparecer o denunciado, nominalmente, como responsável pelo convênio, sem demonstração de sua ciência de que serviços outros complementares tenham sido contratados sem a devida observância do procedimento licitatório adequado, não conduz



AP 527 / PR

automaticamente à tipificação do ilícito que lhe é imputado, hipótese em que se estaria adentrando no campo da responsabilidade objetiva.

4. Ação penal julgada improcedente.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em sessão plenária, sob a presidência do Sr. Ministro Cezar Peluso, na conformidade da ata do julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em julgar improcedente a ação e absolver o acusado, nos termos dos votos do Relator e do Revisor.

Brasília, 16 de dezembro de 2010.

MINISTRO DIAS TOFFOLI

Relator

16/12/2010

PLENÁRIO

**AÇÃO PENAL 527 PARANÁ**

**RELATOR** : **MIN. DIAS TOFFOLI**  
**REVISOR** : **MIN. CELSO DE MELLO**  
**AUTOR(A/S)(ES)** : **MINISTERIO PUBLICO FEDERAL**  
**PROC.(A/S)(ES)** : **PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA**  
**REU(É)(S)** : **LUIZ CARLOS SETIM**  
**ADV.(A/S)** : **ROBERTO BRZEZINSKI NETO E OUTRO(A/S)**  
**ADV.(A/S)** : **ADMAR GONZAGA NETO**

**RELATÓRIO****O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TOFFOLI:**

A Procuradoria-Geral da Justiça do Estado do Paraná, em 27/1/2004, ofereceu denúncia contra Luiz Carlos Setim, ex-prefeito de São José dos Pinhais, junto ao Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, nos seguintes termos:

“Conforme consta do presente pedido de providências, o denunciado Luiz Carlos Setim exerceu a Chefia do Poder Executivo do Município de São José dos Pinhais durante a gestão 97/2000, sendo reeleito para a gestão atual (2001/2004).

Nessa qualidade dolosamente dispensou a instalação de certame licitatório, fora das hipóteses estabelecidas em lei, quando ordenou o pagamento de despesas para a aquisição de materiais de construção destinados para guarnecer as obras da Escola Chico Mendes, localizada no município de São José dos Pinhais, custeadas com recursos financeiros repassados ao município através do convênio de Nº 23/94, firmado com a FUDEPAR, cujas condutas delituosas seguem descritas abaixo:

1) Nos dias 13 de maio, 29 de junho, 11 de agosto, e 15 de setembro de 1998, o prefeito e ora denunciado Luiz Carlos Setim, determinou o pagamento da quantia total de R\$ 28,140,55, ao representante legal da empresa Disbracon – Materiais para Construção Ltda., em virtude da aquisição de

AP 527 / PR

materiais de construção para serem utilizados nas obras da Escola Chico Mendes, conforme ordens de pagamento de nºs 02572, 04242, 05031, 06337, 06267 e notas fiscais de nºs 2826, 2007, 2137, 2138, 2139, 2263, 2261 e 2262. Acontece, porém, que, para a realização das despesas públicas efetivadas com a referida empresa, o prefeito denunciado não promoveu a instalação de certame licitatório, no caso exigível, na modalidade de carta convite, pelo valor da despesa, segundo a tabela vigente à época dos fatos. Naquele período a licitação era dispensável até o valor de R\$ 8.000,00 (oito mil reais).

Não obstante estar ciente da exigência suso referida, o denunciado Luiz Carlos Setim ordenou os pagamentos em foco, dispensando dolosamente a instalação do certame licitatório fora das hipóteses estabelecidas em lei, pois além de deixar de selecionar as melhores propostas para a administração municipal, as reiteradas aquisições de materiais de construção se referiam a parcelas de um mesmo objeto, previamente definido, razão pela qual deveriam ser realizadas de uma só vez.

2) – Nos dias 22 de julho e 16 de setembro, o prefeito e ora denunciado Luiz Carlos Setim, determinou o pagamento da quantia total de R\$ 9.772,97, ao representante legal da empresa Negrelli Materiais de Construção Ltda., em virtude da aquisição de materiais de construção para serem utilizados nas obras da Escola Chico Mendes, conforme ordens de pagamento de nºs 04177, 06338, 06266 e notas fiscais de nºs 1752, 2036, 2037, 2038. Acontece, porém, que, para a realização das despesas públicas efetivadas com a referida empresa, o prefeito denunciado não promoveu a instalação de certame licitatório, no caso exigível, na modalidade de carta convite, pelo valor da despesa, segundo a tabela vigente à época dos fatos. Naquele período a licitação era dispensável até o valor de R\$ 8.000,00 (oito mil reais).

Não obstante estar ciente da exigência suso referida, o denunciado Luiz Carlos Setim ordenou os pagamentos em foco, dispensando dolosamente a instalação do certame licitatório

AP 527 / PR

fora das hipóteses estabelecidas em lei, pois além de deixar de selecionar as melhores propostas para a administração municipal, as reiteradas aquisições de materiais de construção se referiam a parcelas de um mesmo objeto, previamente definido, razão pela qual deveriam ser realizadas de uma só vez.

Em assim procedendo, incorreu o denunciado Luiz Carlos Setim nas sanções do art. 89, "caput", da Lei nº 8.666/93, (duas vezes), observada a regra do art. 69, do Código Penal, motivo pelo qual se oferece a presente denúncia, que se espera seja R.A, observando-se inicialmente o disposto no art. 4º e seguintes da Lei nº 8.038, de 28 de maio de 1990, diploma este aplicável por força da Lei nº 8.658, de 26 de maio de 1993." (fls. 2/5).

Notificado em 16/3/2004 (fl. 737), apresentou resposta à denúncia (fls. 685 a 717).

A 2ª Câmara Criminal do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, em 3/6/2004, recebeu a denúncia em acórdão assim fundamentado:

"1. O Ministério Público do Paraná ofereceu denúncia contra Luiz Carlos Setim, Prefeito Municipal de São José dos Pinhais, dando-o incurso nas sanções do art. 89, **caput** (duas vezes), da Lei nº 8.666/93, c/c art. 69 do Código Penal, por fatos assim descritos:

Conforme consta do presente pedido de providências, o denunciado LUIZ CARLOS SETIM exerceu a Chefia do Poder Executivo do Município de São José dos Pinhais durante a gestão 97/2000, sendo reeleito para a gestão atual (2001/2004). Nessa qualidade, dolosamente dispensou a instalação do certame licitatório, fora das hipóteses estabelecidas em lei, quando ordenou o pagamento de despesas para a aquisição de materiais de construção destinados para guarnecer as obras da Escola Chico Mendes, localizada no município de São José dos Pinhais, custeadas com recursos financeiros repassados ao município através do convênio de nº 23/94, firmado com a FUNDEPAR, cujas condutas delituosas seguem descritas

AP 527 / PR

abaixo:

1) Nos dias 13 de maio, 29 de junho, 11 de agosto e 15 de setembro de 1998, o prefeito e ora denunciado Luiz Carlos Setim determinou o pagamento da quantia total de R\$ 28.140,55 ao representante legal da empresa Disbracon Materiais para Construção Ltda., em virtude da aquisição de materiais de construção para serem utilizados nas obras da Escola Chico Mendes, conforme ordens de pagamentos de n<sup>os</sup> 02572, 04242, 05031, 06337, 06267 e notas fiscais de n<sup>os</sup> 2826, 2007, 2137, 2138, 2139, 2263, 2261 e 2262. Acontece, porém, que, para a realização das despesas públicas efetivadas com a referida empresa, o prefeito denunciado não promoveu a instalação do certame licitatório, no caso exigível, na modalidade carta convite, pelo valor da despesa, segundo a tabela vigente à época dos fatos. Naquele período a licitação era dispensável até o valor de R\$ 8.000,00 (oito mil reais). Não obstante estar ciente da exigência **suso** referida, o denunciado Luiz Carlos Setim ordenou os pagamentos em foco, dispensando dolosamente a instalação do certame licitatório fora das hipóteses estabelecidas em lei, pois além de deixar de selecionar melhores propostas para a administração municipal, as reiteradas aquisições de materiais de construção se referiam a parcelas de um mesmo objeto, previamente definido, razão pela qual deveriam ser realizadas de uma só vez.

2) Nos dias 22 de julho e 16 de setembro, o prefeito e ora denunciado Luiz Carlos Setim determinou o pagamento da quantia total de R\$ 9.772,97, ao representante legal da empresa Negrelli Materiais de Construção Ltda., em virtude da aquisição de materiais de construção para serem utilizados nas obras da Escola Chico Mendes, conforme ordens de pagamentos de n<sup>os</sup> 04177, 06338, 06266 e notas fiscais de nos 1752, 2036, 2037, 2038. Acontece, porém, que, para a realização das despesas públicas efetivadas com a referida empresa, o denunciado não promoveu a instalação do certame licitatório, no caso exigível, na modalidade carta convite, pelo valor da despesa, segundo a tabela vigente à época dos fatos. Naquele

AP 527 / PR

período a licitação era dispensável até o valor de R\$ 8.000,00 (oito mil reais). Não obstante estar ciente da exigência *suso* referida, o denunciado Luiz Carlos Setim ordenou os pagamentos em foco, dispensando dolosamente a instalação do certame licitatório fora das hipóteses estabelecidas em lei, pois além de deixar de selecionar melhores propostas para a administração municipal, as reiteradas compras se referiam a parcelas de um mesmo objeto, previamente definido, razão pela qual deveriam ser realizadas de uma só vez.

Autuada a inicial acusatória, o Denunciado foi regularmente notificado para apresentar resposta preliminar (art. 4º, §1º, da Lei nº 8.038/90 c/c a Lei nº 8.658/93), sendo requisitados seus antecedentes criminais.

Em sua resposta (f. 685/717), o Prefeito noticia que a rejeição, pelo Tribunal de Contas (Resolução nº 8.084/00), das contas referentes ao Convênio firmado com a Fundepar para a construção da Escola Chico Mendes não se deu por fraude ou malversação de verbas públicas e que restou reconhecida, no julgamento do recurso de revista interposto, a inexistência de qualquer prejuízo ao erário, estando a obra devidamente concluída. Argui a inépcia da denúncia, por não descrever o fato criminoso com todas as suas circunstâncias, mormente o dolo específico que teria informado as condutas imputadas. Acrescenta que o sujeito ativo do tipo do art. 89, da Lei nº 8.666/93, é o administrador que declara a dispensa ou inexigibilidade da licitação, não sendo possível presumir sua responsabilidade por ser o Chefe do Executivo Municipal ou por suposição de que tenha determinado o pagamento das aquisições não licitadas. Alega, ainda, a falta de justa causa para a ação penal, uma vez que os elementos coligidos não permitem concluir tenha sido ele o responsável pelos pagamentos, certo que o fato de ter subscrito a ordem de pagamento nº 2572, em valor inferior ao limite para dispensa da licitação, não autoriza o recebimento da exordial, a qual não pode repousar em exercícios meramente especulativos. Pede, então, a rejeição da denúncia, até mesmo por inexistir ofensa ao bem jurídico

AP 527 / PR

tutelado.

2. A exordial acusatória, ao contrário do alegado na defesa preliminar, mostra-se apta a desencadear a **persecutio criminis in iudicio**, desde que a imputação em que se assenta descreve fatos circunstanciados e pontualmente referidos às peças informativas que a instruem, ensejando ao Denunciado, destarte, plena compreensão das acusações irrogadas e permitindo à defesa técnica contestá-las amplamente. É dizer, a denúncia atende aos requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal e apresenta-se formal e materialmente correta, narrando fatos definidos como infração penal e apontando indícios que dão suporte à imputação. E subsumindo-se os fatos à descrição abstrata da lei penal, não há como considerar comprometida a sua higidez. Por outro lado, os delitos previstos na Lei nº 8.666/93 são todos punidos a título de dolo e, assim, a circunstância de a denúncia não descrever o dolo específico reclamado pelo Denunciado não induz inépcia, sabido que somente após a instrução será possível verificar a presença, ou não, desse elemento subjetivo e da extensão da responsabilidade do agente.

Quanto à alegada inexistência de indícios da autoria, verifica-se que, ao contrário do afirmado, a denúncia não está a repousar em exercícios meramente especulativos, bastando registrar a observação feita pelo Prefeito por ocasião da interposição do aludido recurso de revista perante o Tribunal de Contas: que no intuito de não quebrar a continuidade da construção da obra relativa à Escola Chico Mendes, cuja prestação de contas está sob a análise desse colendo Tribunal de Contas, e, somado ao fato de que os valores das 3 (três) últimas parcelas não haviam sido repassadas ao Município pela Fundepar, o gestor deste Município, dentro de seu dever de atuar, foi compelido à adquirir materiais para a finalização da obra mencionada (f. 592).

Este fato e os documentos de f. 74/75, 80/82, 105/109, 120/121, 122/124, 130/132, 144/146 e 148/149 constituem indícios suficientes para subsidiar a acusação.



AP 527 / PR

Como se tem repetido, se a denúncia contempla crime em tese e vem respaldada em elementos idôneos, de rigor a sua admissão para que as dúvidas acerca da justificativa apresentada pelo Acusado possam ser solucionadas no decorrer do feito, até porque só a atipia absoluta, de plano detectável, é que enseja o reconhecimento da falta de justa causa (STJ RHC nº 7844/PA, 5ª Turma, Rel. Min. FELIX FISCHER, DJU 03.11.98, p. 182).

Em suma e para não se ingressar em matéria própria do juízo de mérito, o recebimento da denúncia, satisfeitos que se acham os requisitos do art. 41 do Código de Processo Penal e ausentes quaisquer das causas de rejeição elencadas no art. 43 do mesmo *Codex*, é medida que se impõe, viabilizando-se, destarte, com a instauração da ação penal, a imprescindível instrução processual” (fls. 748/752).

O denunciado Luiz Carlos Setim foi interrogado em 9/5/2005 (fls. 783/784) e apresentou alegações preliminares, com rol de testemunhas (fls. 786/787).

Não foram arroladas testemunhas pelo Ministério Público, tendo sido ouvidas as seguintes testemunhas de defesa: Irene Basso Cim (fls. 807/808); Leone do Rocio Leal (fls. 809/810); Sérgio Luiz Cordeiro Muniz (fls. 811/812); Hélio Nascimento (fls. 813/814); André Luiz Sada (fl. 816); Alberto Alexander Nogueira Júnior (fl. 817); Pedro Setenareki Filho (fls. 818/819) e Alcídio Renato Vosgerau (fls. 821/822).

Os presentes autos foram remetidos a esta Corte por decisão de 4/12/2009, proferida pela Juíza de Direito Luciani Regina Martins de Paula, tendo em vista que o denunciado passou a exercer o mandato de deputado federal (fl. 1.079).

Foi aberta vista ao Procurador-Geral da República, Dr. **Roberto Monteiro Gurgel Santos** (fl. 1.087), que apresentou manifestação em 22/3/2010, nos seguintes termos:

“1. Trata-se de ação penal proposta pelo Ministério Público do Estado do Paraná contra LUIZ CARLOS SETIM pela

AP 527 / PR

prática do crime previsto no artigo 89, *caput*, da Lei nº 8.666/93, duas vezes, na forma do artigo 69, do Código Penal (fls. 02/05).

2. A denúncia foi oferecida perante o Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, tendo em vista que o denunciado, à época, exercia o mandato de Prefeito do Município de São José dos Pinhais/PR.

3. Recebida a denúncia em 03/06/04 (fls. 748/752), delegou-se ao juízo de primeiro grau, em 16.09.04, a realização do interrogatório e a instrução do feito (fls. 761)

4. O réu foi interrogado (fls. 783/784) e apresentou defesa prévia (fls. 786/787). Às fls. 792/793 a defesa comunicou que LUIZ CARLOS SETIM não mais exercia o mandato de Prefeito, e, salientando a cessação da competência originária do Tribunal de Justiça para o processo e julgamento da causa, requereu o adiamento de audiência de oitiva de testemunhas já designada, o que foi indeferido pelo Juízo (fls. 801).

5. Realizou-se, então, a oitiva das testemunhas de defesa: IRENE BASSO CIM (fls. 807/808); LEONE DO ROCIO LEAL (fls. 809/810); SÉRGIO LUIZ CORDEIRO MUNIZ (fls. 811/812); HÉLIO NASCIMENTO (fls. 813/814); ANDRÉ LUIZ SADA (fls. 816); ALBERTO ALEXANDER NOGUEIRA JÚNIOR (fls. 817); PEDRO SETENAREKI FILHO (fls. 818/819) e ALCÍDIO RENATO VOSGERAU (fls. 821/822).

6. Na fase do art. 499, do Código de Processo Penal, então vigente, o Ministério Público nada requereu. O réu, entretanto, não se manifestou porque o despacho respectivo (fls. 828) não foi publicado.

7. Devolvidos os autos ao Tribunal de Justiça do Paraná (fls. 837), o Ministério Público Estadual, diante do exercício do mandato de Deputado Federal pelo réu, requereu a remessa dos autos ao Supremo Tribunal Federal (fls. 887/888), o que foi determinado pelo acórdão de fls. 901/903.

8. Julgados os recursos interpostos dessa decisão, os autos foram remetidos a essa Corte em 04.12.09 (fls. 1079).

9. O réu foi diplomado no mandato de Deputado Federal em 19.12.06, quando então passou a ser competente para o

AP 527 / PR

processo e julgamento do presente feito o Supremo Tribunal Federal. Assim, as decisões proferidas após essa data estão eivados de nulidade, em razão da incompetência absoluta do Juízo (art. 567 do CPP).

10. A última decisão válida proferida nos autos data de 04.08.06, quando foi concedida vista às partes para manifestação na fase do art. 499, do Código de Processo Penal, vigente à época.

11. Assim, a manifestação apresentada pelo Ministério Público Estadual em julho de 2007, em cumprimento a tal despacho, quando o réu já se encontrava no exercício do mandato parlamentar, não é válida. Nesta data já detinha atribuição para o feito o Procurador-Geral da República.

12. No entanto, visando a economia e a celeridade processual, o Ministério Público Federal informa que não tem diligências a requerer na fase do art. 10, da Lei nº 8.038/90.

13. Outrossim, requer seja a defesa intimada a manifestar-se acerca de eventuais diligências, na mencionada fase processual" (fls. 1090 a 1092).

O parecer acima reproduzido foi por mim acolhido em 14/4/2010, tendo sido determinada a intimação da acusação e da defesa a fim de que requeressem as diligências que entendessem necessárias (fls. 1094 a 1097).

O réu manifestou-se e requereu um novo interrogatório, bem como a expedição de ofício à Câmara Municipal de São José dos Pinhais para que encaminhasse a esta Suprema Corte "*documento comprovando se as contas municipais foram aprovadas no período assinalado na vestibular*" (fls. 1103/1104).

Em 29/6/2010, indeferi a expedição de ofício à Câmara Municipal, por entender tratar-se de prova inócua ao deslinde da controvérsia, a qual, ademais, caberia à própria defesa providenciar, caso entendesse de modo distinto. Deferi, em atenção à ampla defesa e ao exercício regular do contraditório, o reinterrogatório do réu, que foi devidamente realizado, conforme fls. 1136/1137.

A Dra. **Cláudia Sampaio Marques**, Subprocuradora-Geral da

AP 527 / PR

República, e o Dr. **Roberto Monteiro Gurgel Santos**, Procurador-Geral da República, apresentaram alegações finais requerendo a absolvição do denunciado, mediante os seguintes fundamentos:

"1. O Ministério Público do Estado do Paraná ofereceu denúncia contra **Luiz Carlos Setim**, imputando-lhe a prática do delito tipificado no artigo 89, *caput*, da Lei nº 8.666/93, por duas vezes, na forma do art. 69 do Código Penal (fls. 2/5).

2. Segundo a denúncia, o réu, na qualidade de Prefeito de São José dos Pinhais/PR, durante o mandato de 1997/2000, dispensou a realização de licitação fora das hipóteses legais nos seguintes casos:

'Nos dias 13 de maio, 29 de junho, 11 de agosto, e 15 de setembro de 1998, o prefeito e ora denunciado Luiz Carlos Setim, determinou o pagamento da quantia total de R\$ 28.140,55, ao representante legal da empresa Disbracon – Materiais para Construção Ltda., em virtude da aquisição de materiais de construção para serem utilizados nas obras da Escola Chico Mendes, conforme ordens de pagamentos de nºs 02572, 04242, 05031, 06267 e notas fiscais de nºs 2826, 2007, 2137, 2138, 2139, 2263, 2261 e 2262. Acontece, porém, que, para a realização das despesas públicas efetivadas com a referida empresa, o prefeito denunciado não promoveu a instalação do certame licitatório, no caso exigível, na modalidade carta convite, pelo valor da despesa, segundo a tabela vigente à época dos fatos. Naquele período a licitação era dispensável até o valor de R\$ 8.000,00 (oito mil reais).

(...)

2 – Nos dias 22 de julho e 16 de setembro, o prefeito e ora denunciado Luiz Carlos Setim, determinou o pagamento da quantia total de R\$ 9.772,97, ao representante legal da empresa Negrelli Materiais de Construção para serem utilizados nas obras da Escola Chico Mendes, conforme ordens de pagamento de nºs 04177, 06338, 06266 e notas fiscais de nºs 1752, 2036, 2037,

2038. Acontece, porém, que, para a realização das despesas públicas efetivadas com a referida empresa, o denunciado não promoveu a instalação do certame licitatório, no caso exigível, na modalidade carta convite, pelo valor da despesa, segundo a tabela vigente, à época dos fatos. Naquele período a licitação era dispensável até o valor de R\$ 8.000,00 (oito mil reais).

(...)

3. Notificado (fls. 737), **Luiz Carlos Setim** apresentou resposta escrita à acusação (fls. 685/717). Às fls. 748/752 encontra-se o acórdão de recebimento da denúncia, em 03.06.04. Devidamente citado (fls. 776-verso), o réu foi interrogado (fls. 783/784) e apresentou defesa prévia (fls. 786/787).

4. O Ministério Público do Estado do Paraná não arrolou testemunhas. Pela defesa foram ouvidos: Irene Basso Cim (fls. 807/808); Leone do Rocio Leal (fls. 809/810); Sérgio Luiz Cordeiro Muniz (fls. 811/812); Hélio Nascimento (fls. 813/814); André Luiz Sada (fls. 816); Alberto Alexander Nogueira Júnior (fls. 817); Pedro Setenareki Filho (fls. 818/819) e Alcídio Renato Vosgerau (fls. 821/822).

5. Às fls. 887/888 o Ministério Público Estadual, diante do exercício do mandato de Deputado Federal pelo réu, requereu a remessa dos autos ao Supremo Tribunal Federal, o que foi determinado pelo acórdão de fls. 901/903.

6. O Ministério Público Federal nada requereu na fase do art. 10 da Lei nº 8.038/90 (fls. 1090/1092). A defesa pediu que fosse oficiada a Câmara Municipal de São José dos Pinhais/PR para que encaminhasse documento para comprovar "*se as contas municipais foram aprovadas no período assinalado na vestibular.*" Outrossim, pugnou que fosse o réu reinterrogado (fls. 1108/1109).

7. Deferido apenas o pedido de reinterrogatório (fls. 1120/1123), o novo termo de declarações se encontra às fls. 1136/1137.

8. Com efeito, em 16 de março de 1994 a Prefeitura de São José dos Pinhais firmou com o Instituto de Desenvolvimento

**AP 527 / PR**

Educacional do Paraná – FUNDEPAR o Convênio nº 23/94 para a construção do estabelecimento de ensino EET Chico Mendes (fls. 11/15). Após o convênio foram celebrados quatro termos aditivos a ele referentes (fls. 17, 19/20, 22/23, 25 e 26).

9. Em 5 de dezembro de 1997 o Departamento de Materiais/Divisão de Licitação enviou o memorando nº 787/297 à Secretaria Municipal de Finanças solicitando informações acerca da disponibilidade de recursos orçamentários e financeiros oriundos do Convênio nº 23/94, requerendo autorização para abertura de procedimento licitatório (fls. 214).

10. Assim, foram realizados os procedimentos licitatórios nº 17/98, 28/98, 65/98 e 95/98, sob a modalidade convite. Nestes, sagraram-se vencedores, respectivamente, Denck Construção Civil Ltda (fls. 150); Edison Inácio Correia (fls. 388); Usimix Serviços de Concretagem Ltda (fls. 439) e Serralheria Nicola Ltda (fls. 527).

11. No entanto, além das contratações antes referidas, outras foram feitas sem licitação com as empresas Disbracom – Materiais para Construção S/A e Negrelli – Materiais de Construção Ltda, consoante extrai-se das ordens de pagamento de fls. 74, 80, 105, 120, 122, 130, 144 e 148.

12. Contudo, não é possível afirmar que tais contratações, que dispensaram indevidamente o procedimento licitatório, foram realizadas em decorrência de ordem ou a pedido de **Luiz Carlos Setim**. Quanto a ele, o que se tem é apenas a certeza de que realizou a obra na escola estadual Chico Mendes. Confira-se:

'(...) que então Setim assumiu, que a comunidade então implorou para que a escola saísse, para que conseguissem ter espaço, que a comunidade estava cobrando, e que estavam na luta pedindo, até que o prefeito Setim resolveu lhes ajudar (...)' (Irene Basso Cim) (fls. 807/808)

'(...) que foi feito passeata solicitando a construção da escola, que após a construção assim mesmo não sobrou espaço vazio, que na época não tinham escola de

Contenda e nem da Malhada (...)’ (Leone do Rocio Leal)  
(fls. 809/810)

13. Merece destaque o fato de que somente a ordem de pagamento de fls. 74 está assinada pelo réu, sendo que as demais foram todas assinadas pelos respectivos Secretários Municipais de Finanças. Do mesmo modo, o pagamento das notas de empenho não foram autorizadas pelo réu.

14. Dessa forma, o dolo do réu para dispensar de forma indevida o procedimento licitatório com vistas a favorecer as empresas Disbracom – Materiais para Construção S/A e Negrelli – Materiais de Construção Ltda não foi provado.

15. Provou-se apenas que houve a aquisição de produtos sem o respectivo procedimento licitatório, o que foi inclusive admitido por **Luiz Carlos Setim**. Porém, não ficou evidenciada qualquer ação do réu tendente dispensar a licitação para que fossem contratadas as empresas antes referidas.

16. Diante do exposto, requer o Ministério Público Federal seja julgada improcedente a pretensão punitiva para absolver **Luiz Carlos Setim** da prática delituosa que lhe foi imputada por falta de provas de sua anuência e efetivo envolvimento nos fatos, nos termos do art. 386, inciso V, do Código de Processo Penal.” (fls. 1142 a 1146).

O réu apresentou alegações finais em 25/10/10, reiterando o pedido de absolvição apresentado pelo Ministério Público Federal, aduzindo que não restou comprovada a efetiva participação dolosa do acusado nos fatos, pugnando pela improcedência da ação penal, nos termos do inciso V do art. 386 do Código de Processo Penal (fls. 1163/1181).

É o relatório.

16/12/2010

PLENÁRIO

AÇÃO PENAL 527 PARANÁ

## VOTO

## O EXMO. SR. MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Luiz Carlos Setim, ex-prefeito de São José dos Pinhais/PR, atualmente no exercício do cargo de Deputado Federal, foi denunciado com base no art. 89, **caput**, da Lei nº 8.666/93 (por duas vezes) combinado com o art. 69 do mesmo diploma (concurso material), extraindo-se da denúncia que “[n]essa qualidade dolosamente dispensou a instalação de certame licitatório, fora das hipóteses estabelecidas em lei, quando ordenou o pagamento de despesas para a aquisição de materiais de construção destinados para guarnecer as obras da Escola Chico Mendes, localizada no município de São José dos Pinhais, custeadas com recursos financeiros repassados ao município através do convênio de Nº 23/94, firmado com a FUNDEPAR” (fls. 2/3).

Inicialmente destaco a competência desta Corte para o processamento da presente ação penal, uma vez que o ora réu, atualmente, encontra-se no exercício de mandato eletivo no cargo de deputado federal.

Insta, ainda, destacar, consoante posicionamento jurisprudencial desta Colenda Corte Constitucional, que a competência penal originária do STF por prerrogativa de função advinda da ocorrência de investidura do sujeito ativo de um delito, no curso do processo, em uma das funções descritas no art. 102, I, alíneas “b” e “c”, da CF/88 não acarreta a nulidade da denúncia oferecida, nem dos atos processuais praticados anteriormente perante a justiça competente à época dos fatos. Dá-se, apenas, a cessação da competência da Justiça Estadual do Paraná e o deslocamento para o Supremo Tribunal Federal. Tal desconjunção não afasta o princípio **tempus regit actum**, do qual resulta a validade dos atos antecedentes à alteração da competência inicial, por força da intercorrente diplomação do réu. Neste sentido:



AP 527 / PR

"STF - COMPETÊNCIA PENAL ORIGINÁRIA POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO - ADVENTO DA INVESTIDURA NO CURSO DO PROCESSO - INEXISTÊNCIA DE NULIDADE SUPERVENIENTE DA DENÚNCIA E DOS ATOS NELE ANTERIORMENTE PRATICADOS - REVISÃO DA JURISPRUDÊNCIA DO TRIBUNAL.

1. A *Perpetuatio jurisdictionis*, embora aplicável ao processo penal, não é absoluta: assim, V.G., é indiscutível que a diplomação do acusado, eleito Deputado Federal, no curso do processo, em que já adviera sentença condenatória pendente de apelação, acarretou a imediata cessação da competência da Justiça local e seu deslocamento para o Supremo Tribunal. 2. Daí não se segue, contudo, a derrogação do princípio *tempus regit actum*, do qual resulta, no caso, que a validade dos atos antecedentes a alteração da competência inicial, por força da intercorrente diplomação do réu, há de ser aferida, segundo o estado de coisas anterior ao fato determinante do seu deslocamento. 3. Não resistem a crítica os fundamentos da jurisprudência em contrário, que se vinha firmando no STF: a) o art. 567 Código de Processo Penal faz nulos os atos decisórios do Juiz incompetente, mas não explica a suposta eficácia *extunc* da incompetência superveniente a decisão; b) a pretensa ilegitimidade superveniente do autor da denúncia afronta, além do postulado *tempus regit actum*, o princípio da indisponibilidade da ação penal. 4. Enquanto prerrogativa da função do congressista, o início da competência originária do Supremo Tribunal há de coincidir com o diploma, mas nada impõe que se empreste força retroativa a esse fato novo que o determina. 5. Desse modo, no caso, competiria ao STF apenas o julgamento da apelação pendente contra a sentença condenatória, se, para tanto, a Câmara dos Deputados concedesse a necessária licença. 6. A intercorrência da perda do mandato de congressista do acusado, porém, fez cessar integralmente a competência do Tribunal, dado que o fato objeto do processo e anterior a diplomação. 7. Devolveu-se, em consequência, ao Tribunal de Justiça de Estado de Rondônia a

AP 527 / PR

competência para julgar a apelação pendente, uma vez que a diplomação do réu não afetou a validade dos atos anteriormente praticados, desde a denúncia a sentença condenatória" (Inq 571/DF-QO, Rel. Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, DJU de 5/3/1993);

"INQUÉRITO PENAL - QUESTÃO DE ORDEM - REQUERIMENTO DE SUSTAÇÃO DO PEDIDO DE LICENÇA À CÂMARA DOS DEPUTADOS POR FALTA DE RATIFICAÇÃO, PELA PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA, DA DENÚNCIA OFERECIDA ANTES DA OCORRÊNCIA DA COMPETÊNCIA DESTA CORTE POR PRERROGATIVA DE FUNÇÃO - Este Plenário, ao julgar questão de ordem relativa ao Inquérito nº 571, decidiu, reformulando a jurisprudência que se firmara anteriormente, que 'não há razão suficiente para que, advindo a diplomação do réu, na pendência de um processo já instaurado, à diplomação superveniente do juízo originário, se concedam efeitos retro-operantes de nulidade dos atos anteriormente praticados, dos quais nunca se cogitara de outorgar à necessidade superveniente da licença para o processo', não havendo, portanto, ilegitimidade superveniente do autor da denúncia, o que afrontaria o postulado *tempus regit actum* e o princípio da indisponibilidade da ação penal. Daí, haver-se decidido nessa questão de ordem que, inclusive, é válida a denúncia oferecida pelo Ministério Público antes de ocorrer a competência superveniente desta Corte, independentemente de ratificação pela Procuradoria-Geral da República. Questão de ordem que se resolve no sentido do indeferimento da diligência requerida" (Inq 1028-6-QO, Rel. Min. MOREIRA ALVES, DJU de 16/5/1997).

Em relação ao mérito, como sustentado tanto pela acusação como pela defesa, o pedido é improcedente.

Encontra-se, nos autos, o Convênio nº 23/94, celebrado entre o Instituto de Desenvolvimento Educacional do Paraná (FUNDEPAR) e o

AP 527 / PR

Município de São José dos Pinhais, assinado em 16/3/1994 pelo então Prefeito do Município de São José dos Pinhais/PR, João Batista Ferreira da Cruz (fls. 11/15), bem como o 4º e o 5º Termo Aditivo ao citado convênio, dessa feita subscritos pelo réu Luiz Carlos Setim (fls. 25/26).

Estão nos autos, igualmente, as Ordens de Pagamento nºs 02572 (fl. 74), 04242 (fl. 80), 05031 (fl. 105), 04177 (fl. 120), 06337 (fl. 122), 06338 (fl. 130), 06267 (fl. 145) e 06266 (fl. 148), as quais autorizaram os pagamentos que se dizem efetuados sem a necessária observância do procedimento licitatório adequado.

Observo que a única ordem de pagamento subscrita pessoalmente pelo réu é a de nº 02572 (fl. 74), pela qual se determinou o pagamento da importância de R\$ 1.586,72 à Disbracon – Materiais para Construção Ltda. (conforme se vê na nota fiscal de fl. 75), cujo montante está dentro do limite de R\$ 8.000,00 à época estabelecido como valor máximo a admitir a dispensa de licitação.

Todos os demais pagamentos foram assinados e autorizados diretamente pelo Secretário Municipal de Finanças, ordenador de despesa regularmente investido de poderes para essa finalidade, independentemente de prévio conhecimento e aval do Prefeito Municipal.

Igualmente ausente, na espécie, o elemento subjetivo do tipo essencial à configuração do delito imputado ao réu. Não restou demonstrada a vontade livre e conscientemente dirigida a superar a necessidade de realização da licitação. Pressupõe o tipo, além do necessário dolo simples (vontade consciente e livre de contratar independentemente da realização de prévio procedimento licitatório), a intenção de produzir um prejuízo aos cofres públicos por meio do afastamento indevido da licitação.

Nesse sentido a lição de **Marçal Justen Filho (Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos. 12ª ed. São Paulo: Dialética, 2008. p. 831)**, quando sustenta que *“o elemento subjetivo consiste não apenas na intenção maliciosa de deixar de praticar a licitação cabível. Se a vontade consciente e livre de praticar a conduta descrita no tipo fosse suficiente para*

AP 527 / PR

*concretizar o crime, então seria de admitir-se modalidade culposa. Ou seja, quando a conduta descrita no dispositivo fosse concretizada em virtude de negligência, teria de haver a punição. Isso seria banalizar o Direito Penal e produzir criminalização de condutas que não se revestem de reprovabilidade. É imperioso, para a caracterização do crime, que o agente atue voltado a obter um outro resultado, efetivamente reprovável e grave, além da mera contratação direta. Ocorre, assim, a conduta ilícita quando o agente possui a vontade livre e consciente de produzir o resultado danoso ao erário. É necessário um elemento subjetivo consistente em produzir um prejuízo aos cofres públicos por meio do afastamento indevido da licitação. Portanto, não basta a mera intenção de não realizar licitação em um caso em que tal seria necessário”.*

Ademais, a ausência de observância das formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade da licitação somente é passível de sanção quando acarretar contratação indevida e demonstrar a vontade ilícita do agente em produzir um resultado danoso.

A respeito, lembra **Márcio dos Santos Barros (Comentários sobre Licitações e Contratos Administrativos. São Paulo: NDJ, 2005. p. 293)** que *“talvez seja este o crime que maior preocupação traga ao administrador público porque diz respeito a assuntos absolutamente controvertidos, que dependem em grande parte de interpretação de questões não pacíficas. Assim, só pode ser aplicável à hipótese a clara e dolosa violação à lei.”*

Em julgado onde se discutiu a tipicidade de infração imputada a prefeito, destacou o relator, **Ministro Ayres Britto** (Inq. nº 2646/RN – Tribunal Pleno, DJe de 7/5/10) o que segue:

“(…)

16. Todavia, esse regramento constitucional não tem a força de transformar em ilícitos penais práticas que eventualmente ofendam o cumprimento de deveres simplesmente administrativos. Daí por que a incidência da norma penal referida pelo Ministério Público está a depender da presença de um claro elemento subjetivo que não enxergo neste caso: a vontade livre e consciente (dolo) de lesar o Erário. Pois é assim que se garante a distinção, a meu sentir necessária,

AP 527 / PR

entre atos próprios do cotidiano político-administrativo (controlados, portanto, administrativa e judicialmente nas instâncias competentes) e atos que revelam o cometimento de ilícitos penais. E de outra forma não é de ser, pena de se transferir para a esfera penal a resolução de questões que envolvem a ineficiência, a incompetência gerencial e a responsabilidade político-administrativa. Questões que se resolvem no âmbito das ações de improbidade administrativa, portanto.

17. Hely Lopes Meirelles, em seu clássico *Direito Municipal Brasileiro* (RT, 1985, p. 587/588), no mesmo tom, sustenta que as figuras típicas do art. 1º do Decreto Lei 201/67:

“[...] só se tornam puníveis quando o Prefeito busca intencionalmente o resultado, ou assume o risco de produzi-lo. Por isso, além da materialidade do ato, exige-se a intenção de praticá-lo contra as normas legais que o regem [...] Mas em se tratando de crime contra Administração Municipal, é sempre possível e conveniente perquirir se o agente atuou em prol do interesse público, ou para satisfazer interesse pessoal ou de terceiro. Se o procedimento do acusado, embora irregular, foi inspirado no interesse público não há crime a punir”.

Em voto-vista de minha lavra, no Inquérito nº 2.027/RO, ao analisar questão análoga atinente ao elemento volitivo do tipo, já tive a oportunidade de destacar que, na verdade, se não se pode, pura e simplesmente, imputar ao governador de Estado (ou, como no caso, ao prefeito municipal) a responsabilidade pela execução dos convênios que assina, por outro lado, não se pode deixar de identificar ser o denunciado igualmente o responsável jurídico pelo convênio.

A pergunta que aqui me parece necessária, então, é saber se o fato de aparecer o denunciado, nominalmente, como responsável pelo convênio, sem demonstração de sua ciência de que serviços outros complementares

AP 527 / PR

tenham sido contratados sem a devida observância do procedimento licitatório adequado, conduz automaticamente à tipificação do ilícito que lhe é imputado sem que se esteja adentrando no campo da responsabilidade objetiva.

Mestre **Aníbal Bruno** ensinou, há muito, que o *"resultado típico de dano ou de perigo para um bem jurídico tutelado pela lei penal conduz a ordem jurídica a procurar a vontade geradora desse resultado"*, e, ainda, que o direito penal *"é conceitualmente um Direito Penal da Culpabilidade"*; depois de mencionar Mayer, afirma que a *"condenação da responsabilidade pelo resultado e essa exigência da responsabilidade pela culpabilidade vieram como produto de um processo longo de criação jurídica, que ainda hoje não chegou ao seu termo"*, lembrando que, nas origens, *"houve uma fase de pura responsabilidade objetiva"* (**Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense. v. I, Tomo 2º, p. 23-24 (Parte Geral)).

Não é por outra razão que **Nilo Batista** indica que o *"princípio da culpabilidade deve ser entendido, em primeiro lugar, como repúdio a qualquer espécie de responsabilidade pelo resultado, ou responsabilidade objetiva. Mas, deve igualmente ser entendido como exigência de que a pena não seja infligida senão quando a conduta do sujeito, mesmo associada casualmente a um resultado, lhe seja reprovável"*. Para esse jurista, escapar da responsabilidade objetiva impõe que para *"além de simples laços subjetivos entre o autor e o resultado objetivo de sua conduta, assinala-se a reprovabilidade da conduta como núcleo da idéia de culpabilidade, que passa a funcionar como fundamento e limite da pena"*. De fato, diz **Nilo Batista**, *"o princípio da culpabilidade impõe a subjetividade da responsabilidade penal. Não cabe, em direito penal, uma responsabilidade objetiva, derivada tão-só de uma associação causal entre a conduta a um resultado de lesão ou perigo para um bem jurídico. É indispensável a culpabilidade. No nível do processo penal, a exigência de provas quanto a esse aspecto conduz ao aforisma 'a culpabilidade não se presume', que, no terreno dos crimes culposos (negligentes), nos quais os riscos de uma consideração puramente causal entre a conduta e o resultado são maiores, figura como constante estribilho em decisões judiciais: 'a culpa não se presume' . A responsabilidade penal é sempre subjetiva"* (**Introdução Crítica ao Direito**

AP 527 / PR

**Penal Brasileiro.** 4ª ed. REVAN, p. 103-104).

De igual modo, **Rogério Greco** assinala, invocando a lição de Nilo Batista, *"que para que determinado resultado possa ser atribuído ao agente é preciso que a sua conduta tenha sido dolosa ou culposa. Se não houve dolo ou culpa, é sinal de que não houve conduta; se não houve conduta, não se pode falar em fato típico; e não existindo o fato típico, como consequência lógica, não haverá crime. Os resultados que não foram causados a título de dolo ou culpa pela agente não podem ser a ele atribuídos, pois que a responsabilidade penal, de acordo com o princípio da culpabilidade, deverá ser sempre subjetiva"* (**Curso de Direito Penal.** 4. ed. Impetus, 2004. p. 100 (Parte Geral)).

Veja-se que ainda recentemente, esta Suprema Corte decidiu, sendo Relatora a Ministra **Cármem Lúcia**, que a ausência de provas da frustração dolosa do caráter competitivo da licitação conduz ao resultado de improcedência da ação com a absolvição do réu (AP nº 430/RS, Tribunal Pleno, DJe de 26/9/08). Na ocasião, o eminente Ministro **Menezes Direito** assinalou que *"o réu não praticou a conduta apontada na denúncia, sendo certo que a prova dos autos indica que ele não participou diretamente da condução do processo licitatório"*. Ou seja, não é possível aceitar que o agente do suposto ilícito responda por crime se agiu sem dolo ou culpa.

No HC nº 84.620/RS, de relatoria da eminente Ministra **Ellen Gracie**, Segunda Turma, DJ de 12/10/04, ficou claro que por *"eventual irregularidade na prestação de informações à autoridade judiciária sobre registros de consumidor, em bancos de dados, deve ser responsabilizado, penalmente, o funcionário responsável, e não o presidente da instituição"*, trancando-se, então, a ação penal.

Veja-se que, no caso, em consonância com os ordens de pagamento acostadas aos autos, o órgão executor era a Secretaria Municipal de Finanças. Com isso, caberia, em tese, ao executor do contrato, perfeitamente identificado, o controle da execução, o que incluiria, certamente, a aplicação dos recursos tal como prevista. E, ainda, ressalte-se, que o órgão apontado como executor não está no âmbito da denúncia.

Com isso, o fato de aparecer o denunciado, então prefeito municipal, como responsável pelo pagamento de ínfima parcela contratualmente

AP 527 / PR

ajustada, não tem o condão de transformá-lo em agente do ilícito. Na minha concepção, respeitando embora a dos que entenderam em sentido oposto, não identífico, nos autos, indício de prova fora da responsabilidade penal objetiva, ou seja, indício concreto de que o denunciado tenha participado de qualquer ato que ensejasse sua intervenção corretiva para impedir a prática do delito (art. 13, § 2º, do Código Penal). De igual modo, não há indício algum de que tenha determinado esse procedimento irregular.

O fato é que o exercício do cargo de prefeito municipal apresenta riscos próprios, sem dúvida, mas essa circunstância, ao meu sentir, não faz com que haja responsabilidade penal se não se demonstra, efetivamente, um mínimo de indícios de que teve participação no ato apontado como ilícito. O risco, por si só, decorrente do fato de ter assinado o contrato e uma ordem de pagamento (que, isoladamente, não atinge o valor necessário à formalização de procedimento licitatório) não é suficiente para a sua responsabilização penal, que seria, portanto, objetiva, o que é rechaçado por nosso ordenamento jurídico.

Veja-se, e revelo ainda uma vez, que embora tenha assinado o contrato e a autorização de pagamento e nele figure como responsável, o que é inerente à natureza do cargo que exercia, não era ele o executor do ajuste, e, portanto, não era ele o responsável direto pelo controle de sua execução.

Não cabia ao prefeito municipal gerenciar as obras, verificando a exatidão das compras correspondentes realizadas. Essa extensão pretendida pela denúncia é, pelo menos no meu entender, uma configuração da responsabilidade objetiva, não recebida por nosso direito positivo.

Ante o exposto, com fundamento no art. 386, inciso V, do Código de Processo Penal, julgo improcedente o pedido, absolvendo o réu da imputação de violação do art. 89, *caput*, da Lei nº 8.666/93.

É o voto.



PLENÁRIO

EXTRATO DE ATA

**AÇÃO PENAL 527**

PROCED.: PARANÁ

**RELATOR : MIN. DIAS TOFFOLI**

REVISOR : MIN. CELSO DE MELLO

AUTOR(A/S) (ES): MINISTERIO PUBLICO FEDERAL

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

REU(É) (S): LUIZ CARLOS SETIM


ADV. (A/S): ROBERTO BRZEZINSKI NETO E OUTRO(A/S)

ADV. (A/S): ADMAR GONZAGA NETO

**Decisão:** O Tribunal, por unanimidade e nos termos dos votos do Relator e do Revisor, julgou improcedente a ação e absolveu o acusado. Ausente, neste julgamento, o Senhor Ministro Gilmar Mendes. Presidiu o julgamento o Senhor Ministro Cezar Peluso. Plenário, 16.12.2010.

Presidência do Senhor Ministro Cezar Peluso. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Marco Aurélio, Ellen Gracie, Ayres Britto, Joaquim Barbosa, Ricardo Lewandowski, Cármen Lúcia e Dias Toffoli.

Procurador-Geral da República, Dr. Roberto Monteiro Gurgel Santos.

  
p/ Luiz Tomimatsu  
Secretário