

06/06/2017

SEGUNDA TURMA

QUESTÃO DE ORDEM NA AÇÃO PENAL 985 MATO GROSSO

RELATOR : MIN. EDSON FACHIN
AUTOR(A/S)(ES) : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL
PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA
RÉU(É)(S) : NILSON APARECIDO LEITÃO
ADV.(A/S) : JOSÉ EDUARDO RANGEL DE ALCKMIN E
OUTRO(A/S)

EMENTA: AÇÃO PENAL. QUESTÃO DE ORDEM. DELITO DE APROPRIAÇÃO OU DESVIO DE RENDAS PÚBLICAS. SOBREPOSIÇÃO CONTRATUAL. SUPERFATURAMENTO. INOCORRÊNCIA. ABSOLVIÇÃO ANTERIOR À FASE DE ALEGAÇÕES FINAIS. POSSIBILIDADE.

1. A jurisprudência consolidada da Corte atesta o não cabimento de *habeas corpus* contra ato jurisdicional de Ministro ou órgão fracionário do STF.

2. A exigência de processo penal, expressa na cláusula *nulla poena sine iudicio*, traduz fator de proteção do acusado em face da persecução penal estatal. Precedentes.

3. Diante dessa finalidade, a existência de provas exibidas pela defesa que demonstrem a inocorrência do fato supostamente criminoso narrado na denúncia, associado à presença de pedido expresso, formulado pelo Procurador-Geral da República, de antecipada extinção da ação penal, autoriza, desde logo, a formação do juízo absolutório, dispensando-se a produção das demais provas requeridas pela defesa.

4. Questão de ordem resolvida para julgar desde logo a ação penal improcedente.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência do Senhor Ministro Edson Fachin, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, resolvendo questão

AP 985 QO / MT

de ordem, em julgar desde logo a ação penal improcedente, com a absolvição do acusado, nos termos do art. 386, II, do Código de Processo Penal, tudo nos termos do voto do Relator.

Brasília, 6 de junho de 2017.

Ministro **EDSON FACHIN**

Relator

06/06/2017

SEGUNDA TURMA

QUESTÃO DE ORDEM NA AÇÃO PENAL 985 MATO GROSSO

RELATOR : **MIN. EDSON FACHIN**
AUTOR(A/S)(ES) : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA**
RÉU(É)(S) : **NILSON APARECIDO LEITÃO**
ADV.(A/S) : **JOSÉ EDUARDO RANGEL DE ALCKMIN E OUTRO(A/S)**

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR): Trata-se de ação penal instaurada contra o Deputado Federal Nilson Aparecido Leitão.

Na ocasião do recebimento da denúncia (Inq. 3331/STF), assim resumi o panorama processual:

“Trata-se de Inquérito com denúncia oferecida perante o Juízo Federal da Subseção Judiciária de Sinop/MT, em face de Nilson Aparecido Leitão, ex-prefeito do Município, e dos representantes legais da empresa Agrimat Engenharia, Indústria e Comércio Ltda., imputando-lhes a prática dos delitos previstos no art. 1º, I e IV, do Decreto-lei 201/1967 e nos arts. 89, 92 e 96, I, da Lei 8.666/1993.

A denúncia narra três conjuntos de fatos.

No primeiro deles, o Ministério Público Federal imputa a prática do crime previsto no artigo 1º, IV, do Decreto-lei 201/67 ao qual entende corresponder os fatos a seguir resumidos: (i) **entre os anos de 2001 a 2006**, o denunciado Nilson Aparecido Leitão, em conjunto com outros acusados que não gozam de prerrogativa de foro perante este Supremo Tribunal Federal *“empregaram recursos repassados pela União em desacordo com os planos ou programas a que se destinavam”* (fl. 04); (ii) o Município de Sinop/MT e o DENIT teriam firmado o Convênio nº 17/02, cujo objeto era a promoção de melhorias na travessa urbana de

AP 985 QO / MT

Sinop/MT, Km 847 a KM 854 do PNU, com 7Km, mas, segundo a imputação, *"os recursos não foram utilizados em conformidade com o estabelecido no Plano de Trabalho, porquanto os serviços executados foram distintos do objeto, uma vez que realizadas obras diversas da 'Pavimentação Asfáltica e Drenagem Urbana das Vias Marginais na Rodovia BR-163/MT, na travessa urbana de Sinop, no segmento entre os km 847,0 e km 854,0', tais como a construção de interseções e acessos e a duplicação da rodovia"* (fls. 05-06).

No segundo conjunto de fatos, o Ministério Público Federal imputa ao acusado e aos então corréus a prática, **em abril de 2001**, dos crimes previstos nos arts. 89 e 92, ambos da Lei 8.666/93. Segundo narra, ao celebrar o Convênio 17/02 com o DNIT, embora o denunciado tenha feito menção à necessidade de dar prosseguimento a obras previstas em convênio anterior, qual seja, o Convênio 55/96, anteriormente celebrado entre o Município de Sinop e o extinto DNER, não poderia ter se valido da licitação realizada para atender às obras daquele antigo convênio para a execução das obras do convênio novo, ainda que o objeto de ambos fosse o mesmo. Deveria, segundo a acusação, ter realizado nova licitação.

Ao deixar de realizar nova licitação e adjudicar os serviços previstos no novo convênio à empresa Agrimat Engenharia Indústria e Comércio Ltda., vencedora do certame relativo ao convênio anterior, o acusado teria praticado o crime do art. 89 da Lei 8.666/93. Ainda, o contrato anteriormente celebrado entre a referida empresa e o Município de Sinop já estava extinto, uma vez que o prazo de 720 dias já havia se esgotado, mas o denunciado teria promovido um "Termo Aditivo de Restituição de Prazo de Contrato" ampliando-o para 2.880 dias. Com isso, segundo a denúncia, teria praticado o delito do art. 92 da Lei 8.666/93.

No terceiro conjunto de fatos, ao acusado e aos então corréus imputa-se o delito previsto no art. 1º, I, do Decreto-lei 201/67 e art. 96, I, da Lei 8.666/93, porque teriam, durante os anos de 2001 a 2006, ao executar as obras previstas no Convênio 17/02 celebrado entre o Município de Sinop e o DNIT, mediante

AP 985 QO / MT

superfaturamento de preços, desviado dinheiro público e fraudado licitação. Segundo a denúncia, o superfaturamento resta evidenciado pela comparação entre os preços praticados pela mesma empresa (Agrimat Engenharia Indústria e Comércio Ltda.) ao executar idênticos serviços ao próprio Município de Sinop e em outro Município, mas praticando preços sensivelmente menores.

Em decorrência da diplomação de Nilson Aparecido Leitão no cargo de Deputado Federal, os autos foram remetidos a esta Suprema Corte onde, em 14.03.2013, meu antecessor na relatoria deste feito, Ministro Ricardo Lewandowski, manteve perante este Supremo Tribunal Federal somente a persecução contra o acusado detentor de foro por prerrogativa de função, determinando o encaminhamento de cópia dos autos à origem para prosseguimento quanto aos demais (fls. 370-372).

A análise dos autos demonstra que o denunciado apresentou defesa (fls. 23-61), arrolou testemunhas e juntou documentos (fls. 62-124). Preliminarmente, alegou inépcia da denúncia por ausência de individualização da conduta dos acusados, ausência de descrição do dolo específico e violação ao princípio da indivisibilidade da ação penal. No mérito, requer a extinção da punibilidade por: (i) prescrição da pretensão punitiva do delito do art. 1º, IV, do Decreto-Lei 201/1967, com base no art. 109, IV, do CP e (ii) prescrição da pena em perspectiva, em relação aos crimes do art. 1º, I, do Decreto-Lei 201/1967 e dos arts. 89 e 92 da Lei 8.666/1993, com base no art. 110, caput, do CP. Alternativamente, requer a absolvição sumária por entender que os fatos não constituem crime (art. 397, III, CPP).

O Ministério Público Federal manifestou-se sobre a defesa preliminar (fls. 317-325) e juntou novos documentos (329-334). Dada a oportunidade ao acusado de se manifestar por meio de despacho publicado em 02.10.2009 (fls. 334-335), permaneceu silente.

O Procurador-Geral da República ofereceu aditamento à denúncia (fls. 360-364) a fim de especificar a conduta do

AP 985 QO / MT

Deputado Federal e excluir da imputação o delito tipificado no art. 1º, IV, do Decreto-lei nº 201/1967, em decorrência de documentos apresentados pela defesa, o que o fez nos seguintes termos:”

A denúncia foi recebida apenas em relação à imputação do art. 1º, I, do Decreto-lei n. 201/1967, conforme decisão assim emendada:

“DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL. DENÚNCIA CONTRA DEPUTADO FEDERAL. FATOS OCORRIDOS DURANTE O EXERCÍCIO DE MANDATO DE PREFEITO MUNICIPAL. CRIMES PREVISTOS NO ART. 1º DO DECRETO-LEI 201/67 E NA LEI 8.666/93. RECEBIMENTO PARCIAL. PRESCRIÇÃO.

1. Denúncia pela prática de crimes previstos no art. 1º, I e IV, do Decreto-lei 201/67 e arts. 89, 92 e 96, I, da Lei 8.666/93 imputados a Deputado Federal quando no exercício de mandato de Prefeito Municipal.

2. Prescrição da pretensão punitiva do crime previsto no art. 1º, IV, do Decreto-lei 201/67 e dos crimes previstos nos arts. 89 e 92, da Lei 8.666/93.

3. O Supremo Tribunal Federal, em sede de repercussão geral (RE 602.527 QO-RG), decidiu ser inadmissível decretar a prescrição da pretensão punitiva pela pena em perspectiva, antecipada ou projetada. Entendimento que se prestigia em homenagem aos princípios da segurança jurídica e colegialidade.

4. Não é inepta a denúncia que descreve ação típica, individualiza a conduta do denunciado, menciona sua consciência quanto aos fatos imputados e aponta indícios de autoria e materialidade.

5. Não tem cabimento a alegação de ausência de dolo quando do juízo de admissibilidade da acusação, exceto quando demonstrada estreme de dúvidas.

6. Em razão do princípio da taxatividade (art. 5º, XXXIX, da CR), a conduta de quem, em tese, frauda licitação ou

AP 985 QO / MT

contrato dela decorrente, cujo objeto é a contratação de obras e serviços, não se enquadra no art. 96, I, da Lei 8.666/93, pois esse tipo penal contempla apenas licitação ou contrato que tem por objeto aquisição ou venda de bens e mercadorias.

7. Prefeito Municipal que, em tese, promove superfaturamento de preços de serviços e obras públicas visando desviar ou permitir o desvio de recursos públicos, comete o crime do art. 1º, I, do Decreto-lei 201/67.

8. Denúncia parcialmente recebida pelo crime do art. 1º, I, do Decreto-lei 201/67.”

(Inq 3331, Relator(a): Min. EDSON FACHIN, Primeira Turma, julgado em 01/12/2015)

Foram rejeitados os embargos de declaração manejados pela defesa (fls. 505/512).

Na fase do art. 8º da Lei 8.038/90, o réu apresentou defesa prévia (fls. 524/529 e fls. 537/544).

Determinada a realização de atos instrutórios (fls. 554/555).

A defesa requereu a juntada de sentença proferida em ação de improbidade administrativa (fls. 570/575).

Juntado o mandado de citação devidamente cumprido (fl. 605).

Diante dos documentos exibidos pela defesa, a PGR manifestou-se pelo reconhecimento da ausência de justa causa para prosseguimento da ação penal, pleiteando a concessão de *habeas corpus* de ofício (fls. 607/615).

É o relatório.

06/06/2017

SEGUNDA TURMA

QUESTÃO DE ORDEM NA AÇÃO PENAL 985 MATO GROSSO

VOTO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (RELATOR): Senhor Presidente, conforme relatado, trata-se de ação penal em que se atribui ao acusado Nilson Aparecido Leitão a prática do delito previsto no art. 1º, I, do Decreto-lei 201/67.

Narra o Ministério Público que o denunciado, na então qualidade de Prefeito do Município de Sinop/MT, teria desviado rendas públicas em proveito de representantes da empresa AGRIMAT ENGENHARIA INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA, *“mediante fraude em licitação instaurada para pavimentação asfáltica e drenagem urbana das vias marginais na BR-163/MT, consistente na elevação arbitrária dos preços, em prejuízo da Fazenda Pública.”*

Aponta-se a suposta identidade de objeto entre os Convênios n. 55/1996 e 17/2002, sendo que referida via pública teria sido asfaltada mediante o ajuste anterior, a sinalizar, na visão da acusação, a sobreposição contratual com possível malversação de recursos públicos. Outrossim, argumentou-se que a Controladoria-Geral da União teria verificado discrepância econômica entre o objeto do asfaltamento e outros contratos de pavimentação firmados pela própria municipalidade, bem como entre avenças entabuladas entre a AGRIMAT ENGENHARIA e outros municípios.

Nada obstante esse cenário inicial, que conferia plausibilidade mínima à pretensão acusatória, cumpre ponderar a exibição superveniente de sentença de improcedência proferida em ação de improbidade administrativa.

Oportuno registrar que, por óbvio, não se ignora a independência das instâncias, de modo que o juízo exarado no contexto de ação de improbidade não orienta, de modo necessário, o resultado de eventual ação penal. Por outro lado, cumpre asseverar que, em tal ocasião, a matéria foi examinada de modo exauriente, mediante amplo exercício do

AP 985 QO / MT

contraditório e produção probatória, cenário de potencial repercussão na convicção desta Corte.

A esse respeito, o Juízo Federal, ao apreciar a questão atinente ao articulado superfaturamento, concluiu (*grifei*):

“No caso vertente, as imputações feitas na inicial pautaram-se em relatório de fiscalização elaborado pela Controladoria-Geral da União antes do ajuizamento da presente ação.

Ocorre que, no curso da instrução foi realizada perícia a respeito da execução dos convênios n. 55/96 e 17/02, sendo que o Ministério Público Federal, ao debruçar-se sobre as conclusões periciais, concluiu pela **inexistência das irregularidades inicialmente apontadas no relatório de fiscalização da CGU.**

A União também foi intimada a se manifestar sobre o laudo pericial. Requereu a concessão de prazo para que a Controladoria Geral da União elaborasse parecer técnico, o que foi concedido por este juízo.

Não obstante a concessão de prazo suficiente para manifestação de ordem técnica por parte da União, esta limitou-se a reafirmar os parâmetros utilizados no relatório da CGU elaborado antes do ajuizamento da ação, sem considerar a conclusão da perícia judicial a respeito dos mesmos fatos.

A título de exemplo, **o relatório da CGU, que subsidiou o ajuizamento da demanda, dá conta de que os preços praticados na execução do convênio n. 17/02 seriam superiores aos preços praticados em contratações de serviços semelhantes pela Prefeitura de Sinop - MT, o que sugeriria a prática de sobrepreço no convênio objeto desta ação, segundo fundamentado na inicial.** Tal parâmetro utilizado pela CGU foi analisado na perícia judicial, tendo **o perito apresentado alguns critérios de ordem técnica para justificar o fato de os preços praticados no convênio n. 17/02 serem superiores aos praticados em outras obras da prefeitura relativas à pavimentação e drenagem, tais como qualidade especial do**

AP 985 QO / MT

revestimento, espessura do asfalto, necessidade de aquisição da matéria-prima fora do município de Sinop, entre outros fatores que teriam interferido na diferença de preço.

(...)

Ainda quanto às justificativas técnicas informadas pelo perito judicial a respeito do preço praticado nos convênio objeto desta ação, apesar de perito informar que a qualidade, espessura do asfalto e origem da matéria-prima justificariam a diferença de preço, a União limitou-se a dizer que esses serviços não foram considerados na análise de custo que fundamentou o relatório de fiscalização pela CGU. Tal argumento apenas demonstra que a Controladoria Geral da União, intimada a se manifestar depois da elaboração do laudo judicial, ignorou completamente as conclusões periciais em seu novo parecer.”

Com relação à alegada sobreposição contratual, vale transcrever trecho das alegações finais do Ministério Público (fls. 616/626), colhidas em primeiro grau (*grifei*):

“Consoante as disposições contidas no trabalho técnico, a contrassenso do que trazido na peça inaugural, **no que se refere à suposta sobreposição dos objetos dos Convênios 055/96 e 017/02, não se constatou sobreposição, apenas continuidade das obras que não haviam sido concluídas**; já no que se refere à suposta execução das obras em vias distintas daquelas previstas no Edital, em verdade o que ocorreu foi apenas a mudança dos nomes das ruas.

Explica-se.

O Convênio 055/96 teve como objeto a execução de pavimentação asfáltica e drenagem urbana das vias marginais da BR-163/MT - km 847 ao km 854. Todavia, **com a extinção do órgão DNER e a conseqüente criação do DNIT, para continuidade dos serviços remanescentes firmou-se novo Convênio, qual seja, o Convênio 017/02, Plano de Trabalho este que foi devidamente aprovado pelo DNIT.**

Com efeito, concluiu-se pelo laudo pericial que o ocorrido,

AP 985 QO / MT

de fato, foi que as Ruas marginais sofreram modificação do nome, que se deu segundo o exposto: i) as Ruas Rondonópolis e Cuiabá passaram a denominar-se unicamente como atualmente é conhecida Rua Ênio Pepino - Lei Municipal 370195; ii) as Ruas Penápolis e São Paulo passaram a denominar-se, unicamente, como também atualmente conhecida Rua João Pedro Moreira de Carvalho - Lei Municipal 370/95. Saliendo-se que **a pavimentação das referidas ruas marginais foi realizada em parte pela Prefeitura Municipal de Sinop/MT, e, em parte através do Convênio 055/96 (Planta demonstrativa fl. 827).**

Nesse ponto, convém ressaltar que **pelo Convênio 017/02 não foi - como constatado inicialmente - realizada a pavimentação das ruas marginais, e sim, o alargamento da Rodovia BR 163 entre o km 851 e km 854 (planta demonstrativa fl. 827).** Logo, como retrocitado, evidencia-se, com clareza, que não coincidiram os objetos de um e outro Convênio, motivo pelo qual desfalece tal impropriedade. Cumpre ainda ressaltar que, como aponta o Laudo ao responder ao Quesito dos Requeridos (8.2.1), o Convênio 017/02, com o DNIT, foi firmado em razão da extinção do DNER para dar continuidade aos serviços, remanescentes do Convênio 055/96.

Em resposta à quesitação formulada pela defesa, corroborou:

"8.2.8. Os serviços executados referentes ao contrato de repasse número 127.069-90/2001, celebrado pela Prefeitura Municipal de Sinop com a Caixa Econômica Federal e os serviços executados pela AGRIMAT na execução do objeto do convênio número 55196 e convênio 17/02, foram realizados em locais distintos na Rua Colonizador Ênio Pepino? Resposta: **Sim, são absolutamente distintos, conforme indicado no mapa abaixo.**"

Na mesma direção, as testemunhas arroladas pela PGR e inquiridas

AP 985 QO / MT

por meio de carta de ordem não lograram apontar irregularidades que confirmassem a tese acusatória. Jolar Nazaré Folleto (fl. 597) e Wilson Bruno (fl. 651) limitaram-se a reconhecer a autenticidade de documentos e descrever, em linhas gerais, a regularidade dos procedimentos fiscalizatórios dos quais já participaram. Em tais relatos, não descreveram circunstâncias que eventualmente pudessem sugerir a sobreposição contratual ou o superfaturamento da obra pública.

Como se vê, atento exame do quadro processual revela a insubsistência das premissas da pretensão acusatória. A uma, pela prova pericial judicializada em outro Juízo em que constatada a distinção do objeto contratual entre os Convênios 055/96 e 017/02, a dissuadir a hipótese de sobreposição contratual. A duas, em decorrência de que o exame pericial teria apontado justificativas técnicas para as discrepâncias econômicas entre os contratos objeto de apuração penal e os demais paradigmas.

Diante desse cenário, em manifestação de fls. 607/615, o Procurador-Geral da República concluiu o seguinte (*grifei*):

“Destarte, a conclusão da perícia judicial que atestou a regularidade do Convênio 017/2002, afastando as evidências preliminares de sobrepreço e de superposição dos serviços executados, retira o lastro probatório da materialidade delitiva.

(...)

Ante o exposto, o Procurador-Geral da República, **patente a ausência de justa causa** para o prosseguimento da ação penal, manifesta-se pela concessão de *habeas corpus* de ofício.”

Consigne-se que o juízo de recebimento de denúncia contenta-se com a existência de justa causa para a ação penal, exigindo-se lastro probatório mínimo a afastar eventual temeridade da imputação. Diante desse particular, a Primeira Turma desta Corte, por unanimidade, em sessão realizada em 01.12.2015, recebeu a denúncia na parcela já descrita.

Naquela ocasião, portanto, a plausibilidade da imputação resolveu-

AP 985 QO / MT

se em favor do prosseguimento da ação penal. Imperioso ressaltar que referida análise acerca da viabilidade da ação penal tem como norte, de um lado, a constatação dos inevitáveis efeitos decorrentes da instauração da ação penal e, de outro, o substrato probatório mínimo exigido na referida etapa. A esse respeito, colaciono elucidativo precedente:

“Creio ser de Carnelutti a observação acerca de dramático paradoxo do processo penal: para saber se se deve aplicar a pena, é necessário o processo, mas o processo, pelo estigma que acarreta e os constrangimentos que gera já é, em si mesmo, uma pena: assim, com o processo, começa-se por punir aquele de quem se pretende saber se merece ser punido.

O paradoxo é quase sempre inevitável, pela impossibilidade de reclamar-se do acusador, para a instauração do processo, a certeza do crime e da responsabilidade do acusado, que só para a sentença condenatória é dado exigir.”
(HC 80161, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 27/06/2000)

Indispensável, nessa ambiência, que as consequências inerentes à deflagração da ação penal sejam balizada pelos estritos limites da necessidade e adequação de sua instauração, sob pena de que sejam alcançados efeitos que extrapolem o mínimo indispensável ao regular exercício da tutela penal. E, ao meu sentir, esse raciocínio também pode ser aplicado na hipótese de inviabilidade superveniente da ação penal que revele a desproporcionalidade da continuidade da persecução criminal.

No caso concreto, o conjunto probatório amealhado, no qual se incluem as provas emprestadas exibidas pela defesa, somado ao convencimento do titular da ação penal, evidencia, desde logo, a ausência de justa causa para o prosseguimento da ação penal, forte na comprovação da atipicidade da conduta.

Merece ponderação, ainda, o esgotamento das provas requeridas pela acusação e o pedido expresso de extinção da ação penal. Nessa

AP 985 QO / MT

perspectiva, não é razoável perdurar o trâmite da ação penal tão somente pela inocorrência de produção das provas pleiteadas pela defesa, tampouco pela ausência de alegações finais, se é possível, desde logo, obter pronunciamento favorável às postulações das partes.

Não se pode desprezar, em tais hipóteses, a envergadura constitucional da duração razoável do processo (art. 5º, LXXVIII), cujo elastecimento deve pautar-se por critérios que observem a necessária celeridade na obtenção da resposta da jurisdição penal. Mais que isso, sob uma ótica holística da administração da Justiça, não é razoável que a Corte permaneça ocupando-se de caso penal se já se afigura possível a formação segura do juízo absolutório.

Nessa mesma direção, há doutrina que compreende viável, na hipótese de reconhecimento superveniente da ausência de justa causa, a prolação de decisão antecipada de mérito:

“Quanto à decisão que reconhece a falta de justa causa, deve-se considerar que (...) uma vez iniciado o processo, é mais benéfico para o réu que se produza uma decisão antecipada de mérito, absolvendo-o, com base no art. 386, do CPP, dependendo da fundamentação utilizada pelo juiz” (Aury Lopes Jr. Direito Processual Penal, 11ª ed. São Paulo: Saraiva, 2014).

Tal proceder, no caso concreto, além concretizar o devido processo legal, alinha-se aos anseios processuais de ambas as partes, subtraindo qualquer possibilidade de nulidade, forte no postulado *pas de nullité sans grief* (art. 563, CPP).

Com efeito, tem-se, na hipótese, a ausência de prova suficiente da incriminação e a presença de pedido expresso de absolvição formulado Procurador-Geral da República, com esgotamento das provas requeridas pela acusação. Nessa atmosfera, impende salientar ainda que o processo penal traduz, como finalidade essencial, obstáculo ao arbítrio estatal, de modo que seria ilógico compreendê-lo como instrumento dificultador do juízo absolutório. Na mesma linha:

AP 985 QO / MT

“Por isso mesmo, o processo penal só pode ser concebido - e assim deve ser visto - como instrumento de salvaguarda da liberdade do réu. O processo penal condenatório não é um instrumento de arbítrio do Estado. Ele representa, antes, um poderoso meio de contenção e de delimitação dos poderes de que dispõem os órgãos incumbidos da persecução penal. (...) A própria exigência de processo judicial representa poderoso fator de inibição do arbítrio estatal e de restrição ao poder de coerção do Estado. A cláusula *nulla poena sine iudicio* exprime, no plano do processo penal condenatório, a fórmula de salvaguarda da liberdade individual.” (HC 73338, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Primeira Turma, julgado em 13/08/1996, *grifei*)

Embora alcançando resultado semelhante, a proposta formulada pelo Ministério Público não me parece a de maior rigor técnico. Com efeito, a concessão de ordem de *habeas corpus* pressupõe ameaça ou coação ao direito de locomoção derivada de ilegalidade ou abuso de poder (art. 5º, LXVIII).

Na espécie, a instauração da ação penal decorre de decisão colegiada proferida, por unanimidade, pela Primeira Turma deste Tribunal. Ocorre que o Plenário da Corte, por maioria, posicionou-se pela impossibilidade de concessão de *habeas corpus* contra atos jurisdicionais emanados de integrantes ou órgãos fracionários do próprio Supremo: HC 137701 AgR, Relator(a): Min. DIAS TOFFOLI, Tribunal Pleno, julgado em 15/12/2016; HC 136097 AgR, Relator(a): Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 14/10/2016; HC 132400 AgR, Relator(a): Min. ROSA WEBER, Tribunal Pleno, julgado em 01/07/2016; HC 133091 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Tribunal Pleno, julgado em 02/06/2016 e HC 105959, Relator(a): Min. MARCO AURÉLIO, Relator(a) p/ Acórdão: Min. EDSON FACHIN, Tribunal Pleno, julgado em 17/02/2016.

Nessa perspectiva, não é possível aferir eventual ilegalidade da decisão colegiada em apreço, de modo que não se pode conferir contornos de ilegalidade à deflagração da ação penal. Esse fato, contudo,

AP 985 QO / MT

no caso concreto, não atua como obstáculo ao imediato pronunciamento de mérito que importe absolvição do acusado.

Diante do exposto, nos termos do art. 21, III, RISTF, **submeto questão de ordem ao Colegiado com proposta de absolvição do acusado, nos termos do art. 386, II, do Código de Processo Penal.**

06/06/2017

SEGUNDA TURMA

QUESTÃO DE ORDEM NA AÇÃO PENAL 985 MATO GROSSO

VOTO

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO (Revisor): Estou de inteiro acordo, Senhor Presidente, **com as razões** que Vossa Excelência **expôs, como Relator**, em seu douto voto.

Cabe registrar que há expressa manifestação, no caso, do Senhor Procurador-Geral da República, **reconhecendo a absoluta ausência de prova juridicamente idônea** que possa justificar **a formulação de um juízo de condenação. Há de prevalecer, por isso mesmo, na espécie, a presunção constitucional de inocência, eis** que o Ministério Público **não se desincumbiu do ônus de comprovar, de modo pleno**, os elementos **pertinentes** à acusação penal.

Com efeito, a falta de suporte probatório idôneo na presente causa **impede que se formule, legitimamente, na espécie, qualquer juízo penal condenatório contra** o ora acusado.

As acusações penais, como se sabe, não se presumem provadas, pois o ônus da prova concernente aos elementos constitutivos do pedido (autoria e materialidade do fato delituoso, de um lado, e demonstração do nexo de causalidade entre a conduta e o resultado por ela provocado, de outro) incumbe, exclusivamente, a quem acusa.

Daí o magistério jurisprudencial que esta Suprema Corte **firmou** no tema:

“(…) AS ACUSAÇÕES PENAIS NÃO SE PRESUMEM PROVADAS: O ÔNUS DA PROVA INCUMBE, EXCLUSIVAMENTE, A QUEM ACUSA

Nenhuma acusação penal se presume provada. Não compete ao réu demonstrar a sua inocência. Cabe, ao contrário, ao Ministério

AP 985 QO / MT

Público comprovar, de forma inequívoca, para além de qualquer dúvida razoável, a culpabilidade do acusado. Já não mais prevalece, em nosso sistema de direito positivo, a regra que, em dado momento histórico do processo político brasileiro (Estado Novo), criou, para o réu, com a falta de pudor que caracteriza os regimes autoritários, a obrigação de o acusado provar a sua própria inocência (Decreto-lei nº 88, de 20/12/37, art. 20, n. 5). Precedentes.

Para o acusado exercer, em plenitude, a garantia do contraditório, torna-se indispensável que o órgão da acusação descreva, de modo preciso, os elementos estruturais (essentia delicti) que compõem o tipo penal, sob pena de devolver-se, ilegitimamente, ao réu o ônus (que sobre ele não incide) de provar que é inocente.

Em matéria de responsabilidade penal, não se registra, no modelo constitucional brasileiro, qualquer possibilidade de o Judiciário, por simples presunção ou com fundamento em meras suspeitas, reconhecera culpa do réu. Os princípios democráticos que informam o sistema jurídico nacional repelem qualquer ato estatal que transgrida o dogma de que não haverá culpa penal por presunção nem responsabilidade criminal por mera suspeita.”

(HC 88.875/AM, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

O fato indiscutível e relevante, Senhor Presidente, é que a insuficiência da prova penal existente nos autos não pode legitimar, como precedentemente enfatizado, a formulação, no caso, de um juízo de certeza que autorize a condenação do réu.

Impende destacar, por oportuno, que, em nosso sistema jurídico, como ninguém o desconhece, a situação de dúvida razoável só pode beneficiar o réu, jamais prejudicá-lo, pois esse é um princípio básico que deve sempre prevalecer nos modelos constitucionais que consagram o Estado Democrático de Direito.

AP 985 QO / MT

É preciso lembrar que as limitações à atividade persecutório-penal do Estado traduzem garantias constitucionais insuprimíveis que a ordem jurídica **confere ao suspeito, ao indiciado e ao acusado com a finalidade de fazer prevalecer o seu estado de liberdade em razão do direito fundamental** – que assiste a qualquer um – de ser presumido inocente.

Cumprido ter presente, bem por isso, *neste ponto*, **em face** de sua permanente atualidade, **a advertência** feita por RUI BARBOSA (“**Novos Discursos e Conferências**”, p. 75, 1933, Saraiva) **no sentido** de que, “*Quanto mais abominável é o crime, tanto mais imperiosa, para os guardas da ordem social, a obrigação de não aventurar inferências, de não revelar prevenções, de não se extraviar em conjecturas (...)*” (grifei).

Não podemos desconhecer, *no ponto*, que o processo penal, **por representar** uma estrutura formal de cooperação, **rege-se pelo princípio da contraposição dialética**, que, **além de não admitir** condenações judiciais **baseadas em prova alguma**, **também não legitima nem tolera** decretos condenatórios **apoiados** em elementos de informação **unilateralmente** produzidos pelos órgãos da acusação penal. **A condenação** do réu pela prática *de qualquer* delito – **até mesmo** pela prática de uma simples contravenção penal – **somente** se justificará **quando existentes**, *no processo*, **e sempre colhidos sob a égide do postulado constitucional do contraditório**, **elementos de convicção** que, **projetando-se** “*beyond all reasonable doubt*” (**além, portanto, de qualquer dúvida razoável**), **veiculem** dados consistentes **que possam legitimar** a prolação de um decreto condenatório pelo Poder Judiciário.

Somente a prova penal produzida em juízo pelo órgão da acusação penal, *sob a égide da garantia constitucional do contraditório*, **pode revestir-se de eficácia jurídica bastante para legitimar** a prolação de um decreto condenatório (**HC 73.338/RJ**, Rel. Min. CELSO DE MELLO, *v.g.*).

AP 985 QO / MT

Nunca é demasiado reafirmar que o princípio do estado de inocência, em nosso ordenamento jurídico, qualifica-se, constitucionalmente, como insuprimível direito fundamental de qualquer pessoa, que jamais se presumirá culpada em face de acusação penal contra ela formulada, tal como esta Suprema Corte tem sempre proclamado (ADPF 144/DF, Rel. Min. CELSO DE MELLO – HC 93.883/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO, v.g.):

“(…) A PRESUNÇÃO CONSTITUCIONAL DE INOCÊNCIA IMPEDE QUE O ESTADO TRATE COMO SE CULPADO FOSSE AQUELE QUE AINDA NÃO SOFREU CONDENAÇÃO PENAL IRRECORRÍVEL.

A prerrogativa jurídica da liberdade que possui extração constitucional (CE, art. 5º, LXI e LXV) não pode ser ofendida por interpretações doutrinárias ou jurisprudenciais que, fundadas em preocupante discurso de conteúdo autoritário, culminam por consagrar, paradoxalmente, em detrimento de direitos e garantias fundamentais proclamados pela Constituição da República, a ideologia da lei e da ordem.

Mesmo que se trate de pessoa acusada da suposta prática de crime hediondo, e até que sobrevenha sentença penal condenatória irrecorrível, não se revela possível por efeito de insuperável vedação constitucional (CE, art. 5º, LVII) presumir-lhe a culpabilidade.

Ninguém, absolutamente ninguém, pode ser tratado como culpado, qualquer que seja o ilícito penal cuja prática lhe tenha sido atribuída, sem que exista, a esse respeito, decisão judicial condenatória transitada em julgado.

O princípio constitucional do estado de inocência, tal como delineado em nosso sistema jurídico, consagra uma regra de tratamento que impede o Poder Público de agir e de se comportar, em

AP 985 QO / MT

relação ao suspeito, ao indiciado, ao denunciado ou ao réu, como se estes já houvessem sido condenados, definitivamente, por sentença do Poder Judiciário. Precedentes.”

(HC 95.290/SP, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Desse modo, é sempre importante insistir na asserção de que nenhuma acusação penal presume-se provada. Tal afirmação, que decorre do consenso doutrinário e jurisprudencial em torno do tema, apenas acentua a inteira sujeição do Ministério Público ao ônus material de provar a imputação penal consubstanciada na denúncia.

Revela-se importante advertir, bem por isso, na linha do magistério jurisprudencial desta Corte e dos Tribunais em geral e em respeito aos princípios estruturantes do regime democrático, que, “Por exclusão, suspeita ou presunção, ninguém pode ser condenado em nosso sistema jurídico-penal” (RT 165/596, Rel. Des. VICENTE DE AZEVEDO – grifei).

O fato indiscutivelmente relevante no domínio processual penal, Senhores Ministros, é que, no âmbito de uma formação social organizada sob a égide do regime democrático, não se justifica, sem base probatória idônea, a formulação possível de qualquer juízo condenatório, que deve sempre assentar-se, para que se qualifique como ato revestido de validade ético-jurídica, em elementos de certeza, os quais, ao dissiparem ambiguidades, ao esclarecerem situações equívocas e ao desfazerem dados eivados de obscuridade, revelem-se capazes de informar e de subsidiar, com objetividade, o órgão judiciário competente, afastando, desse modo, dúvidas razoáveis, sérias e fundadas, cuja ocorrência só pode conduzir a um decreto de absolvição penal.

Em suma: a ausência ou a insuficiência de elementos probatórios revestidos de idoneidade jurídica e produzidos sob a garantia constitucional do contraditório desautoriza a prolação de qualquer juízo condenatório, eis que, em descumprindo o Ministério Público o ônus de comprovar a autoria e a materialidade do delito, bem assim o de demonstrar a existência do necessário

AP 985 QO / MT

nexo causal, incidirá, sempre, a fórmula de salvaguarda da liberdade do acusado consubstanciada no princípio "in dubio pro reo", como adverte a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:

"Ação Penal. Deputado Federal. Falsificação de documento particular. Falsidade ideológica. Estelionato. Absolvição.

.....
2. Na ausência de prova inequívoca de que o acusado emitiu ordens para o subordinado inserir informações falsas ou de que praticou ele mesmo as condutas descritas no tipo penal para falsificação ideológica dos documentos, é afastada a autoria.

.....
4. Pretensão acusatória julgada improcedente."

(AP 421/SP, Rel. Min. ROBERTO BARROSO – grifei)

"Ação Penal. Senador da República. Artigo 20 da Lei nº 7.492/86. Absolvição.

1. O delito do art. 20 da Lei nº 7.492/86 consuma-se no momento da aplicação do recurso em finalidade diversa da prevista no contrato.

2. À falta de prova suficiente de que o réu concorreu para o crime, impõe-se a absolvição na forma do art. 386, V, do Código de Processo Penal.

3. Pretensão acusatória julgada improcedente."

(AP 554/RO, Rel. Min. ROBERTO BARROSO – grifei)

"PROCESSUAL PENAL. DEPUTADO FEDERAL. ESTELIONATO. QUESTÃO INERENTE À ESFERA PRIVADA. ATIPICIDADE. ABSOLVIÇÃO POR FALTA DE PROVAS.

I – Denúncia pela suposta prática do crime de estelionato (art. 171, 'caput', do Código Penal).

II – Obtenção de vantagem ilícita mediante alegada simulação de contrato de natureza civil.

.....

AP 985 QO / MT

V – Ausentes elementos de prova aptos a propiciar condenação.

VI – Absolvição por deficiência de provas, com base no art. 386, V, do CPP.”

(AP 612/RS, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI – grifei)

“AÇÃO PENAL. CRIME DE DANO QUALIFICADO. INVASÃO DE INSTALAÇÕES DE AUTARQUIA DA UNIÃO. PRELIMINAR REJEITADA. MATERIALIDADE COMPROVADA. AUSÊNCIA DE PROVA SUFICIENTE DE AUTORIA OU PARTICIPAÇÃO. ABSOLVIÇÃO.

.....
2. Ainda que comprovada a materialidade do dano, a ausência de prova suficiente da autoria ou participação conduz à absolvição do réu por força do art. 386, VII, do Código de Processo Penal. Precedente.”

(AP 619/BA, Rel. Min. TEORI ZAVASCKI – grifei)

“Ação penal. Ex-secretário de estado. Deputado Federal. Peculato (art. 312 do CP). Desvio de colchões doados pelo governo federal para auxílio a vítimas de enchentes. Entrega e desvio dos bens para uso em evento da agremiação política a que o réu se encontra filiado. Alegada determinação do acusado para a cessão do material. Prova precária de envolvimento do réu no ilícito. Incidência do ‘in dubio pro reo’ e do ‘favor rei’. Pedido julgado improcedente, com a absolvição do réu com fundamento no art. 386, VII, do Código de Processo Penal.

.....
2. Diante da fragilidade da prova de efetivo envolvimento do acusado no crime em questão, é o caso de incidência dos brocardos ‘in dubio pro reo’ e ‘favor rei’, somente restando proclamar a improcedência da pretensão ministerial.

AP 985 QO / MT

3. Ação penal julgada improcedente.”

(AP 678/MA, Rel. Min. DIAS TOFFOLI – grifei)

De outro lado, Senhores Ministros, mostra-se relevante ter sempre presente a antiga advertência, que ainda guarda permanente atualidade, de JOÃO MENDES DE ALMEIDA JÚNIOR, **ilustre** Professor das Arcadas e **eminente** Juiz deste Supremo Tribunal Federal (“**O Processo Criminal Brasileiro**”, vol. I/8, 1911), **no sentido** de que a persecução penal, que se rege por estritos padrões normativos, **traduz** atividade necessariamente subordinada a limitações de ordem jurídica, **tanto** de natureza legal **quanto** de ordem constitucional, **que restringem** o poder do Estado, **a significar**, desse modo, **tal como enfatiza** aquele Mestre da Faculdade de Direito do Largo de São Francisco, **que o processo penal** só pode ser concebido – **e assim deve ser visto** – como instrumento de salvaguarda da liberdade jurídica do réu.

É por essa razão que o processo penal condenatório **não** constitui **nem** pode converter-se em instrumento de arbítrio do Estado. Ao contrário, ele representa poderoso meio de contenção e de delimitação dos poderes **de que dispõem** os órgãos incumbidos da persecução penal. **Não exagero** ao ressaltar a decisiva importância do processo penal **no contexto** das liberdades públicas, **pois** – insista-se – o Estado, **ao delinear um círculo de proteção em torno da pessoa do réu**, faz do processo penal um instrumento **destinado a inibir** a opressão judicial **e a neutralizar** o abuso de poder perpetrado por agentes e autoridades estatais.

Daí, Senhor Presidente, a corretíssima observação do eminente e saudoso Professor ROGÉRIO LAURIA TUCCI (“**Direitos e Garantias Individuais no Processo Penal Brasileiro**”, p. 33/35, item n. 1.4, 2ª ed., 2004, RT), **no sentido** de que o processo penal **há de ser analisado** em sua precípua condição de “instrumento de preservação da liberdade jurídica do acusado em geral”, **tal como entende**, também em autorizado magistério, o saudoso Professor HÉLIO TORNAGHI (“**Instituições de Processo**

AP 985 QO / MT

Penal”, vol. 1/75, 2ª ed., 1977, Saraiva), cuja lição bem destaca a função tutelar do processo penal:

“A lei processual protege os que são acusados da prática de infrações penais, impondo normas que devem ser seguidas nos processos contra eles instaurados e impedindo que eles sejam entregues ao arbitrio das autoridades processantes.” (grifei)

Essa é a razão básica, Senhores Ministros, **que me permite insistir** na afirmação de que **a persecução penal** – cuja instauração **é justificada** pela prática de ato *supostamente* criminoso – **não se projeta nem se exterioriza** como manifestação de absolutismo estatal. **De exercício indeclinável**, a “*persecutio criminis*” **sofre** os condicionamentos **que lhe impõe** o ordenamento jurídico. **A tutela da liberdade**, nesse contexto, **representa insuperável** limitação constitucional ao poder persecutório do Estado, **mesmo porque** – *ninguém o ignora* – o processo penal **qualifica-se** como instrumento de salvaguarda dos direitos e garantias fundamentais daquele **que é submetido**, por iniciativa do Estado, a atos de persecução penal **cuja prática somente se legitima dentro de um círculo intransponível e predeterminado** pelas restrições fixadas pela própria Constituição da República, **tal como tem entendido a jurisprudência** do Supremo Tribunal Federal:

“O PROCESSO PENAL COMO INSTRUMENTO DE SALVAGUARDA DAS LIBERDADES INDIVIDUAIS

– **A submissão** de uma pessoa à jurisdição penal do Estado **coloca em evidência a relação de polaridade conflitante** que se estabelece **entre** a pretensão punitiva do Poder Público **e** o resguardo à intangibilidade do ‘*jus libertatis*’ titularizado pelo réu.

A persecução penal rege-se, **enquanto atividade estatal juridicamente vinculada**, por padrões normativos que, **consagrados** pela Constituição e pelas leis, **traduzem limitações significativas** ao poder do Estado. **Por isso mesmo, o processo penal só pode ser concebido** – **e assim deve ser visto** – como instrumento de salvaguarda da liberdade do réu.

AP 985 QO / MT

O processo penal condenatório não é um instrumento de arbítrio do Estado. Ele representa, antes, um poderoso meio de contenção e de delimitação dos poderes de que dispõem os órgãos incumbidos da persecução penal. Ao delinear um círculo de proteção em torno da pessoa do réu – que jamais se presume culpado, até que sobrevenha irrecorrível sentença condenatória –, o processo penal revela-se instrumento que inibe a opressão judicial e que, condicionado por parâmetros ético-jurídicos, impõe ao órgão acusador o ônus integral da prova, ao mesmo tempo em que faculta ao acusado, que jamais necessita demonstrar a sua inocência, o direito de defender-se e de questionar, criticamente, sob a égide do contraditório, todos os elementos probatórios produzidos pelo Ministério Público.

A própria exigência de processo judicial representa poderoso fator de inibição do arbítrio estatal e de restrição ao poder de coerção do Estado. A cláusula 'nulla poena sine iudicio' exprime, no plano do processo penal condenatório, a fórmula de salvaguarda da liberdade individual."

(HC 73.338/RJ, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

Desse modo, Senhor Presidente, manifesto-me, na condição de Revisor, de pleno acordo com Vossa Excelência na resolução desta questão de ordem, julgando improcedente a presente denúncia e decretando, em consequência, a absolvição do réu, com apoio no art. 386, II, do Código de Processo Penal.

É o meu voto.

06/06/2017

SEGUNDA TURMA

QUESTÃO DE ORDEM NA AÇÃO PENAL 985 MATO GROSSO

VOTO

O SENHOR MINISTRO DIAS TOFFOLI:

Senhor Presidente, louvo o acurado voto de Vossa Excelência e, tal qual fez o eminente Revisor, o acompanho, inclusive quanto à solução, a qual me parece, realmente, a mais adequada para o caso.

06/06/2017

SEGUNDA TURMA

QUESTÃO DE ORDEM NA AÇÃO PENAL 985 MATO GROSSO

VOTO

O SENHOR MINISTRO RICARDO LEWANDOWSKI - Senhor Presidente, cumprimento Vossa Excelência e também o eminente Revisor pelo profundo estudo que fizeram da matéria. Tal como disse o Ministro Toffoli, a solução alvitrada no caso presente - ou seja, já avançar para a absolvição - é algo que se impõe, até para que, no caso, o paciente ou acusado fique totalmente exonerado das imputações que lhe foram feitas, originalmente.

Acompanho-o, resolvendo a questão de ordem nos exatos termos propostos por Vossa Excelência.

SEGUNDA TURMA

EXTRATO DE ATA

QUESTÃO DE ORDEM NA AÇÃO PENAL 985

PROCED. : MATO GROSSO

RELATOR : MIN. EDSON FACHIN

AUTOR(A/S) (ES) : MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL

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

RÉU(É) (S) : NILSON APARECIDO LEITÃO

ADV.(A/S) : JOSÉ EDUARDO RANGEL DE ALCKMIN (002977/DF) E

OUTRO(A/S)

Decisão: A Turma, por votação unânime, resolvendo questão de ordem, julgou desde logo a ação penal improcedente, com a absolvição do acusado, nos termos do art. 386, II, do Código de Processo Penal, tudo nos termos do voto do Relator. Não participou, justificadamente, deste julgamento, o Senhor Ministro Gilmar Mendes. Presidência do Senhor Ministro Edson Fachin. **2ª Turma**, 6.6.2017.

Presidência do Senhor Ministro Edson Fachin. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski e Dias Toffoli.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Paulo Gustavo Gonet Branco.

Ravena Siqueira
Secretária