

**17/10/2013**

**PLENÁRIO**

**AG.REG. NA AÇÃO PENAL 568 SÃO PAULO**

<b>RELATOR</b>	<b>: MIN. ROBERTO BARROSO</b>
<b>AGTE.(S)</b>	<b>: NEWTON LIMA NETO</b>
<b>ADV.(A/S)</b>	<b>: IGOR TAMASAUSKAS E OUTRO(A/S)</b>
<b>AGDO.(A/S)</b>	<b>: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO</b>
<b>PROC.(A/S)(ES)</b>	<b>: PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO</b>
<b>RÉU(É)(S)</b>	<b>: ROBERTO VENOSA</b>
<b>ADV.(A/S)</b>	<b>: JOSÉ LUIZ M. DE MACEDO</b>

**EMENTA:** AGRAVO REGIMENTAL INTERPOSTO DE DECISÃO MONOCRÁTICA PROFERIDA PELO RELATOR ORIGINÁRIO (MIN. JOAQUIM BARBOSA) QUE INDEFERIU REQUERIMENTO DE TRANCAMENTO DE AÇÃO PENAL INICIADA EM INSTÂNCIA INFERIOR (EM FACE DO DEP. FEDERAL NEWTON LIMA NETO) E REMETIDA AO STF. CRIME DE DISPENSA IRREGULAR DE LICITAÇÃO (ART. 89, DA LEI Nº 8.666/93). ALEGAÇÃO DE QUE A ABSOLVIÇÃO EM AÇÃO CIVIL PÚBLICA POR IMPROBIDADE REPERCUTE NA AÇÃO PENAL E RETRA A JUSTA CAUSA DA ACUSAÇÃO. INDEPENDÊNCIA ENTRE INSTÂNCIAS PENAL E CÍVEL. ABSOLVIÇÃO CÍVEL BASEADA EM FALTA DE PROVAS. RECURSO REJEITADO.

1. Alegação de falta de justa causa para prosseguimento de ação penal iniciada em instância inferior e que foi remetida ao STF após diplomação do Deputado Federal Newton Lima Neto em virtude de julgamento pela improcedência do pedido em ação civil pública.

2. Impossibilidade de vincular ao juízo criminal a avaliação feita por juízo cível, ainda mais tratando-se de julgamento em instância inferior sob pena de eventual usurpação da competência criminal do STF.

3. No presente caso, verifica-se que a improcedência do pedido condenatório na ação civil pública por improbidade decorreu de falta de prova.

4. Na presente ação penal é possível a produção de prova suficiente

**AP 568 AGR / SP**

para formação de convencimento condenatório, diante do caráter mais profundo da instrução criminal.

5. Recurso a que se nega provimento.

**A C Ó R D ã O**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Sessão Plenária, sob a Presidência do Ministro Joaquim Barbosa, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos e nos termos do voto do Relator, em negar provimento ao agravo regimental. Votou o Presidente. Ausentes, justificadamente, os Ministros Celso de Mello, Cármen Lúcia e Luiz Fux.

Brasília, 17 de outubro de 2013.

**MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - RELATOR**

17/10/2013

PLENÁRIO

**AG.REG. NA AÇÃO PENAL 568 SÃO PAULO**

<b>RELATOR</b>	<b>: MIN. ROBERTO BARROSO</b>
<b>AGTE.(S)</b>	<b>: NEWTON LIMA NETO</b>
<b>ADV.(A/S)</b>	<b>: IGOR TAMASAUSKAS E OUTRO(A/S)</b>
<b>AGDO.(A/S)</b>	<b>: MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO</b>
<b>PROC.(A/S)(ES)</b>	<b>: PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO</b>
<b>RÉU(É)(S)</b>	<b>: ROBERTO VENOSA</b>
<b>ADV.(A/S)</b>	<b>: JOSÉ LUIZ M. DE MACEDO</b>

**R E L A T Ó R I O**

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR):**

Trata-se de agravo regimental interposto por Newton Lima Neto na Ação Penal 568 contra decisão monocrática prolatada pelo Ministro Joaquim Barbosa (fls. 1035/1036, Vol. 5), que indeferiu pedido de trancamento da persecução penal.

O ora agravante foi denunciado por violação ao art. 89, da Lei 8.666/93, porque, conforme peça acusatória, na qualidade de prefeito do município de São Carlos/SP, teria contratado o Instituto de Organização Racional do Trabalho (IDORT), dispensando licitação fora das hipóteses previstas em lei.

Nos termos do Contrato Administrativo 87/2002, firmado em **08.08.2002**, o instituto foi contratado para realizar “*serviço de consultoria para mapeamento de processo e construção de indicadores, treinamento em direito administrativo e diagnósticos, treinamento e acompanhamento das ações administrativas com o objetivo de melhoria de atendimento*” (fls. 259/263 – Vol. 2). Consta, também, às fls. 516/518 – Vol. 03, termo aditivo ao referido contrato, assinado em **03.04.2003**.

Na petição 32706, fls. 1021-1024 - Vol. 05, requer-se o trancamento da ação penal argumentando-se que “*os mesmos fatos referentes à contratações mencionadas foram objeto de ação civil pública por improbidade administrativa julgada improcedente, com confirmação em segunda instância.*” Assim,

**AP 568 AGR / SP**

sustenta que a ação penal carece de justa causa.

Alega, ainda, que apesar de as instâncias administrativa e penal serem independentes, a natureza de *ultima ratio* da persecução penal não autoriza o reconhecimento de que uma conduta lícita na seara civil e administrativa seja considerada ato penalmente relevante.

Pleiteia, então, o reconhecimento da atipicidade das condutas imputadas e o consequente trancamento da ação penal. Subsidiariamente, requer-se, “ao menos” o recolhimento das Cartas de Ordem expedidas ou a determinação de seu sobrestamento até que a Suprema Corte analise o pedido.

Às fls. 1035/1036, o Min. Joaquim Barbosa, então relator dos autos, ressaltou a independência das responsabilidades civil, penal e administrativa e indeferiu os pedidos da defesa ao fundamento de que, conforme firme jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF), “*o fato de a ação de improbidade administrativa ter sido julgada improcedente, de per se, não constitui causa de prejudicialidade à ação penal em curso.*”

No presente agravo regimental (fl. 1042-1048 – Vol. 5), reitera-se a tese no sentido de que não se deve inverter a lógica da subsidiariedade e do caráter fragmentário do Direito Penal, consagrados no Estado de Direito.

Em outras palavras, aduz-se que norma penal deve declarar injusto apenas aquele comportamento absolutamente inaceitável, insuportável para o convívio em sociedade e rechaçado pelo ordenamento jurídico como um todo.

Em parecer de fls. 1053/1059 a Procuradoria-Geral da República opina pelo não provimento do agravo regimental e, consequentemente, pelo prosseguimento da ação penal e requer, ainda, a expedição de ofícios aos Tribunais de Justiça dos Estados do Rio Grande do Sul (TJ/RS) e de São Paulo (TJ/SP) para que prestem informações sobre o cumprimento das cartas de ordem expedidas para oitiva das testemunhas de defesa (fls. 1018/1019).

Às fls. 1091 foi expedida Carta de Ordem e, após diligências, foi devolvida a esta Suprema Corte pelo TJ/SP (fls. 1139).

**AP 568 AGR / SP**

Em 26 de junho de 2013 substituí a relatoria destes autos (fls. 1141).  
É o relatório.

17/10/2013

PLENÁRIO

AG.REG. NA AÇÃO PENAL 568 SÃO PAULO

**V O T O**

**O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR):**

O núcleo da controvérsia consiste em se identificar se o julgamento pela improcedência do pedido em ação civil pública por improbidade administrativa - confirmada em segunda instância - teria o condão de obstar a ação penal em trâmite nesta Suprema Corte, que fora instaurada em razão dos mesmos fatos que deram ensejo à ação cível (imputação de dispensa indevida de licitação).

A decisão agravada fundou-se na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (STF) no sentido de que as instâncias penal e administrativa são independentes, havendo repercussão da primeira sobre a segunda apenas na hipótese de reconhecimento de inexistência do fato ou negativa de autoria.

A tese defensiva que objetiva vincular o STF a decisões de instâncias inferiores proferidas na seara extrapenal já foi enfrentada pelo Pleno do STF no julgamento do Inquérito 2131, Rel. para acórdão Min. Luiz Fux, DJe 7.8.2012, cuja ementa se transcreve:

“INQUÉRITO. DENÚNCIA. ALICIAMENTO DE TRABALHADORES (ART. 207, § 1º, CP). FRUSTRAÇÃO DE DIREITO ASSEGURADO PELA LEGISLAÇÃO TRABALHISTA MAJORADO (ART. 203, § 1º, I, E § 2º, CP). REDUÇÃO A CONDIÇÃO ANÁLOGA À DE ESCRAVO (ART. 149). INDEPENDÊNCIA DE INSTÂNCIAS. JÚIZO DE PROBABILIDADE CONFIGURADO. DENÚNCIA RECEBIDA. 1. O art. 395 do CPP só permite a rejeição da denúncia quando for manifestamente inepta, faltar pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal, ou, ainda, faltar justa causa para o exercício da ação penal, situações que não se

**AP 568 AGR / SP**

configuram na hipótese. 2. A persecução penal relativa à suposta prática dos crimes previstos nos arts. 207, § 1º (aliciamento de trabalhadores), 203, § 1º, I, e § 2º (frustração de direito assegurado pela legislação trabalhista majorado), e 149 (redução a condição análoga à de escravo) do Código Penal, independe do prévio desfecho dos processos trabalhistas em curso, ante a independência de instâncias. 3. A orientação jurisprudencial relativa ao delito de sonegação tributária é inaplicável à situação, porquanto a redução ou supressão de tributo é elemento típico do crime do art. 1º da Lei nº 8.137/90, o mesmo não ocorrendo com relação aos delitos apontados na denúncia. 4. Os argumentos de fato suscitados pelo denunciado, como a temporariedade do vínculo de trabalho, a inexistência da servidão por dívida ou de qualquer coação, dentre outros, não merecem análise nesta sede de cognição sumária, que se limita a apurar a existência de justa causa, esta configurada pelas inúmeras provas colhidas pelo Ministério Público Federal. 5. Os elementos de prova acostados à denúncia são capazes de conduzir a um juízo de probabilidade a respeito da ocorrência do fato típico, antijurídico e culpável, bem como de sua autoria. 6. Denúncia recebida.

No precedente do Inquérito 2131, a defesa juntou aos autos cópia de julgado de Tribunal Regional do Trabalho que afastava a existência de trabalho escravo na fazenda dos acusados e, ainda assim, o Pleno do STF recebeu a denúncia que imputava ao investigado a prática do crime de redução à condição análoga de escravo.

O que o réu pretende aqui não é fazer valer a previsão legal do art. 66, do Código de Processo Penal<sup>1</sup>, de que da absolvição no processo criminal possa surtir efeito extrapenal, mas sim impor ao juízo criminal a apreciação da prova realizada no julgamento cível, por instâncias inferiores ao Supremo Tribunal Federal.

---

1 “Art. 66. Não obstante a sentença absolutória no juízo criminal, a ação civil poderá ser proposta quando não tiver sido, categoricamente, reconhecida a inexistência material do fato.”

**AP 568 AGR / SP**

Em situação semelhante à dos presentes autos, em que também se imputava a prática de fraude em procedimento licitatório mediante dispensa irregular de certame, a Segunda Turma desta Suprema Corte reafirmou a independência da instância penal e administrativa, ressaltando que a decisão do Tribunal de Contas da União não constitui condição de punibilidade nos crimes tipificados na Lei 8.666/93. A propósito, confira-se o teor do acórdão do HC 103725, rel. Min. Ayres Britto, DJe 01.02.2012:

*HABEAS CORPUS. PEDIDO DE TRANCAMENTO DE INQUÉRITO POLICIAL. DISPENSA IRREGULAR DE LICITAÇÃO, FRAUDE NO PROCEDIMENTO LICITATÓRIO E FORMAÇÃO DE QUADRILHA. ALEGAÇÃO DE ATIPICIDADE DA CONDUTA DEBITADA À PACIENTE. AUSÊNCIA DE DECISÃO DO TRIBUNAL DE CONTAS DA UNIÃO SOBRE A REGULARIDADE OU IRREGULARIDADE NA EXECUÇÃO DE OBRAS EM AEROPORTOS BRASILEIROS. IMPROCEDÊNCIA DA TESE DEFENSIVA. FUNÇÃO CONSTITUCIONAL DOS TRIBUNAIS DE CONTAS. ORDEM DENEGADA. 1. A se tomar por modelo o inquérito policial que se lê no capítulo constitucional devotado à Segurança Pública (Capítulo III do Título V), o que se tem é um mecanismo voltado para a preservação dos superiores bens jurídicos da ordem pública e da incolumidade das pessoas e do patrimônio. Mecanismo integrante do sistema de segurança pública, normada pela Magna Carta de 1988 como dever do Estado, direito e responsabilidade de todos (art. 144, cabeça). Onde o cuidadoso juízo de ponderação que deve fazer o magistrado para concluir pela necessidade de suspensão, ou, mais sério ainda, de trancamento de inquérito para fins penais. 2. Nessa linha de orientação, trancamento de inquérito policial pela via do habeas corpus, segundo pacífica jurisprudência desta Casa de Justiça, constitui medida excepcional, admissível tão-somente “quando evidente a falta de justa causa para o seu prosseguimento, seja pela inexistência de indícios de autoria do delito, seja pela não comprovação de sua materialidade, seja*

**AP 568 AGR / SP**

ainda pela atipicidade da conduta do investigado” (HC 90.580, da relatoria do ministro Ricardo Lewandowski). 3. Eventual decisão do Tribunal de Contas da União sobre as contas da Administração não constitui condição de punibilidade dos crimes da Lei 8.666/1993. A relação entre a esfera de contas e a esfera judicial-penal é de independência. Essas instâncias são independentes ou autônomas, não ficando condicionadas a abertura do inquérito nem a propositura da denúncia à conclusão de um eventual processo de julgamentos de contas em qualquer Tribunal de Contas do País, inclusive o TCU. 4. Os Tribunais de Contas não se destinam especificamente a velar pelo princípio do sistema penal eficaz, mas à função que a própria Lei Maior do País designa por “controle externo”. A previsão constitucional desse aparato orgânico-funcional de controle externo não tem outro objetivo imediato senão o de evitar o desgoverno e a desadministração. Controle externo em que avulta o poder-dever de “julgar as contas dos administradores e demais responsáveis por dinheiros, bens e valores públicos da administração direta e indireta, incluídas as fundações e sociedades instituídas e mantidas pelo Poder Público federal, e as contas daqueles que derem causa a perda, extravio ou outra irregularidade de que resulte prejuízo ao erário público” e de “fiscalizar a aplicação de quaisquer recursos repassados pela União mediante convênio, acordo, ajuste ou outros instrumentos congêneres, a Estado, ao Distrito Federal ou a Município” (incisos II e VI do art. 71 da Constituição Federal). Procedimentos em que se aferem a legalidade, a legitimidade e a economicidade das práticas públicas. 5. A investigação propriamente penal, tão própria da Polícia quanto do Ministério Público, pouco tem a ver com o “Sistema Tribunais de Contas”, porque os Tribunais de Contas, a partir do TCU, são órgãos de controle externo das unidades administrativas de qualquer dos três Poderes da República, e desempenham uma função que não é a jurisdicional. Atuando eles ora autonomamente ou sem nenhum vínculo com o Poder Legislativo, ora por modo auxiliar ao controle externo que

**AP 568 AGR / SP**

também é próprio do Poder Legislativo. 6. Ordem denegada.

Ainda no que diz respeito à jurisprudência do STF, observo que a reiteração da discussão sobre a independência das instâncias penal e administrativa aplicada aos procedimentos administrativos disciplinares culminou, inclusive, no reconhecimento da repercussão geral da matéria e na reafirmação de jurisprudência pelo Pleno, conforme julgamento do ARE-RG 691306, Rel. Min. Cezar Peluso, DJe 11.9.2012, cuja ementa se transcreve a seguir:

SERVIDOR PÚBLICO. Policial Militar. Processo administrativo. Falta disciplinar. Exclusão da corporação. Ação penal em curso, para apurar a mesma conduta. Possibilidade. Independência relativa das instâncias jurisdicional e administrativa. Precedentes do Pleno do STF. Repercussão geral reconhecida. Jurisprudência reafirmada. Recurso extraordinário a que se nega provimento. Apresenta repercussão geral o recurso que versa sobre a possibilidade de exclusão, em processo administrativo, de policial militar que comete faltas disciplinares, independentemente do curso de ação penal instaurada em razão da mesma conduta.

No caso dos autos, o agravante insiste na afirmação de que uma conduta reconhecida lícita na esfera cível, por acórdão passível de recurso, não pode configurar ilícito penal, em razão do caráter fragmentário do Direito Penal.

Luiz Regis Prado, *in* Curso de Direito Penal Brasileiro, Vol. 1, pág. 149, Ed. Revista dos Tribunais, 9ª Edição, ao tratar do princípio da fragmentariedade, mediante metáfora afirma que *“esse princípio impõe que o Direito Penal continue a ser um arquipélago de pequenas ilhas no grande mar penalmente indiferente.”*

Referido princípio, portanto, em um primeiro momento é direcionado ao legislador, que não pode eleger uma conduta penalmente típica seguindo o critério do puro arbítrio. Em suma, o direito penal não pode ser chamado a tudo resolver, pois há de se identificar um desvalor

**AP 568 AGR / SP**

na conduta considerada injusto penal.

Entretanto, uma conduta pode ser considerada, concomitantemente, ilícito cível (ou administrativo) e ilícito penal, desde que haja alto grau de reprovação social da conduta tipificada como crime pelo legislador; situação comum na Lei 8666/91, que trata dos procedimentos licitatórios.

No presente caso, ainda, há de se observar o conteúdo do voto condutor da confirmação do julgamento pela improcedência do pedido pelo Tribunal de Justiça do estado de São Paulo, pois dele se extrai a afirmação de que o autor (Ministério Público) não conseguiu comprovar eventual falsidade do contrato social:

“Ora, até prova em contrário, e isso não se fez, o fato de constar no contrato social da Instituição a ausência de fim lucrativo é suficiente para que se entenda preenchido esse requisito.

Se o autor entende ser falso o que consta do contrato social, deveria fazer prova em contrário, o que não ocorreu”

Portanto, conclui-se que a instância cível julgou improcedente o pedido por falta de prova produzida pelo Ministério Público sobre a ilicitude da conduta.

Ocorre que nesta Ação Penal, que corre no âmbito do Supremo Tribunal Federal, a Procuradoria Geral da República pode vir a produzir as referidas provas, diante do caráter mais profundo da instrução, o que somente será verificado ao final, quando do julgamento. Nesse sentido, observo que ao processo criminal aplica-se o princípio da verdade real, enquanto no processo civil há maior possibilidade de utilização de presunções sobre a ocorrência de fatos. Com isso, deve ser resguardada para hipóteses excepcionais a possibilidade de uma absolvição em ação civil influenciar o julgamento penal, ou, como no presente caso, obstar que ele prossiga.

Por fim, havendo justa causa para o início da ação penal, a tese de que a absolvição na seara cível ou administrativa por instâncias jurisdicionais inferiores possa impedir o andamento da ação penal no STF encontra entrave na Constituição Federal, pois implicaria a grave consequência de subtrair da Suprema Corte o julgamento de ações penais

**AP 568 AGR / SP**

originárias, cuja competência lhe foi atribuída pela Constituição Federal no art. 102, inciso I, alíneas “b” e “c”.

Ante o exposto, **nego provimento** ao agravo regimental.

**17/10/2013**

**PLENÁRIO**

**AG.REG. NA AÇÃO PENAL 568 SÃO PAULO**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO – Presidente, apenas para ressaltar, endossando o que veiculado pelo ministro Luís Roberto Barroso, que a vinculação é inversa, a teor do disposto no artigo 935 do Código Civil, ou seja, se, no Juízo criminal, ficar afastado o fato ou a autoria, aí sim repercute nas demais esferas: na cível, propriamente dita, e na administrativa, que também é cível.



**PLENÁRIO**

**EXTRATO DE ATA**

**AG.REG. NA AÇÃO PENAL 568**

PROCED. : SÃO PAULO

**RELATOR : MIN. ROBERTO BARROSO**

AGTE.(S) : NEWTON LIMA NETO

ADV.(A/S) : IGOR TAMASAUSKAS E OUTRO(A/S)

AGDO.(A/S) : MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO

PROC.(A/S)(ES) : PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

RÉU(É)(S) : ROBERTO VENOSA

ADV.(A/S) : JOSÉ LUIZ M. DE MACEDO

**Decisão:** O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, negou provimento ao agravo regimental. Votou o Presidente, Ministro Joaquim Barbosa. Ausentes, justificadamente, os Ministros Celso de Mello, Cármen Lúcia e Luiz Fux. Plenário, 17.10.2013.

Presidência do Senhor Ministro Joaquim Barbosa. Presentes à sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Gilmar Mendes, Ricardo Lewandowski, Dias Toffoli, Rosa Weber, Teori Zavascki e Roberto Barroso.

Procurador-Geral da República, Dr. Rodrigo Janot Monteiro de Barros.

p/ Luiz Tomimatsu  
Assessor-Chefe do Plenário