

14/04/2015

PRIMEIRA TURMA

AÇÃO PENAL 568 SÃO PAULO

RELATOR : **MIN. ROBERTO BARROSO**
REVISOR : **MIN. MARCO AURÉLIO**
AUTOR(A/S)(ES) : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA**
RÉU(É)(S) : **NEWTON LIMA NETO**
ADV.(A/S) : **IGOR TAMASAUSKAS E OUTRO(A/S)**

EMENTA : PROCESSO PENAL. AÇÃO PENAL. QUESTÃO DE ORDEM. DEPUTADO FEDERAL NÃO REELEITO. PERDA SUPERVENIENTE DE PRERROGATIVA DE FORO. INSTRUÇÃO CONCLUÍDA. ATIPICIDADE OBJETIVA E SUBJETIVA MANIFESTA. *HABEAS CORPUS* DE OFÍCIO. CONCESSÃO. ABSOLVIÇÃO.

1. A Turma, por maioria de votos, já decidiu que a renúncia de parlamentar, após o final da instrução, não acarreta a perda de competência do Supremo Tribunal Federal. Precedente: AP 606-QO, Rel. Min. Luís Roberto Barroso (Sessão de 07.10.2014).

2. No Inq 3734, a Turma entendeu, por ocasião do recebimento da denúncia, que na hipótese de não reeleição não se aplica o mesmo critério de fixação de competência.

3. O caso presente, que envolve julgamento de ação penal, é análogo a este último. No entanto, a instrução foi concluída e o voto do relator preparado quando o denunciado ainda era titular de mandato.

4. Diante disso, o relator propôs a concessão de *habeas corpus* de ofício, já que seu voto era pela absolvição. A Turma concordou que vulneraria o mandamento da celeridade processual deixar-se de formalizar a extinção do processo com base no art. 386, III do CPP quando relator e revisor já haviam formado tal convicção.

5. Ordem concedida de ofício.

ACÓRDÃO

AP 568 / SP

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal, sob a Presidência da Ministra Rosa Weber, na conformidade da ata de julgamento e das notas taquigráficas, por maioria de votos, em conceder a ordem, de ofício, para extinguir a ação penal, com resolução do mérito, absolvendo o réu por atipicidade de conduta, nos termos do voto do Relator, vencida a Ministra Rosa Weber, que declinava da competência para julgamento do feito ao Juízo da 3ª Vara Criminal da Comarca de São Paulo.

Brasília, 14 de abril de 2015.

MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO - RELATOR

AÇÃO PENAL 568 SÃO PAULO

RELATOR : **MIN. ROBERTO BARROSO**
REVISOR : **MIN. MARCO AURÉLIO**
AUTOR(A/S)(ES) : **MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DE SÃO PAULO**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**
RÉU(É)(S) : **NEWTON LIMA NETO**
ADV.(A/S) : **IGOR TAMASAUSKAS E OUTRO(A/S)**

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR):

1. Trata-se de ação penal proposta pelo Ministério Público do Estado de São Paulo em face do Deputado Federal Newton Lima Neto, imputando-lhe o crime previsto no artigo 89, *caput*, c/c art. 84, § 2º, ambos da Lei 8.666/93 (“*Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade: Pena - detenção, de 3 (três) a 5 (cinco) anos, e multa*”).

2. Segundo a acusação, o parlamentar, quando Prefeito da cidade de São Carlos/SP, teria contratado o Instituto de Organização Racional do Trabalho (IDORT), dispensando licitação fora das hipóteses previstas em lei.

3. A denúncia (fls. 01/05) foi recebida em 06.05.2010 (fls. 746) pelo juízo da 3ª Vara Criminal da Comarca de São Carlos/SP. O acusado apresentou defesa preliminar (fls. 761/770) e o juízo de origem não verificou qualquer hipótese de absolvição sumária. Em decorrência da diplomação de Newton Lima Neto para o mandato de Deputado Federal, o juízo de origem declinou do processo em favor do Supremo Tribunal Federal, que desmembrou o feito, integrando o polo passivo desta relação processual apenas o parlamentar federal.

4. Na petição de fls. 1.021/1.024, a defesa requereu o

AP 568 / SP

“reconhecimento da atipicidade das condutas imputadas e o conseqüente trancamento da ação penal” em razão da *“ação civil pública por improbidade administrativa julgada improcedente, com confirmação em segunda instância”* O Min. Joaquim Barbosa decidiu 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 decisão foi referendada pelo Plenário desta Corte em 17.10.2013, em sede de agravo regimental (fls. 1.151/1.164).

5. Não foram ouvidas testemunhas. O réu foi interrogado às fls. 1.271/1.315.

6. A requerimento da defesa, foi deferida a seguinte diligência na fase do art. 10 da Lei nº 8.038/90: a obtenção dos relatórios finais das atividades referentes ao contratos administrativo nº. 87/02 e 126/02 da Prefeitura de São Carlos.

7. O Procurador-Geral da República apresentou as alegações finais às fls. 1.366/1.374, requerendo a improcedência da pretensão punitiva, absolvendo-se o réu Newton Lima Neto na forma do art. 386, III, do Código de Processo Penal.

8. Em 22 de agosto de 2014, a defesa ofereceu as alegações finais de fls. 1.378/1.395, requerendo: *“a improcedência da ação penal, com a absolvição do Defendente pela atipicidade (objetiva e subjetiva), nos termos do art. 386, inciso III, do Código de Processo Penal.”*

9. Esse é o relatório. À douta revisão.

14/04/2015

PRIMEIRA TURMA

AÇÃO PENAL 568 SÃO PAULO

VOTO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR):

I. QUESTÃO DE ORDEM. DA COMPETÊNCIA

1. Em consulta ao sítio do Tribunal Superior Eleitoral verifico que o réu não foi reeleito para a 55ª legislatura e, portanto, não está no exercício de mandato parlamentar federal.

2. A Turma, por maioria de votos, já decidiu que a renúncia de parlamentar, após o final da instrução, não acarreta a perda de competência do Supremo Tribunal Federal. Precedente: AP 606-QO, Rel. Min. Luís Roberto Barroso (Sessão de 07.10.2014).

3. Por ocasião do julgamento da AP 606-QO, sob minha relatoria, apontei três marcos que deveriam ser considerados para a construção de um critério geral adequado para fixação da competência por prerrogativa de função: (i) o princípio do juiz natural; (ii) o caráter indisponível da competência jurisdicional do STF; e (iii) a natureza unilateral da renúncia ao mandato parlamentar:

“Em suma: juiz natural não significa a possibilidade de o réu escolher o juiz competente, ou afastá-lo, por decisão unilateral. Como consequência, a competência do STF, de base constitucional, não pode ser subtraída por conduta deliberada e manipulativa da parte; é possível sustar esse efeito secundário da renúncia, uma vez instaurado o processo que possa levar à perda do mandato. “

4. Por outro turno, no Inq 3734, sob minha relatoria, também decidido pela Primeira Turma, entendeu-se que na hipótese de não

AP 568 / SP

reeleição não se aplica a mesma doutrina.

“INQUÉRITO. DEPUTADO FEDERAL NÃO REELEITO.
PRERROGATIVA DE FORO.

1. A Turma, por maioria de votos, já decidiu que a renúncia de parlamentar, após o final da instrução, não acarreta a perda de competência do Supremo Tribunal Federal. Precedente: AP 606-QO, Rel. Min. Luís Roberto Barroso (Sessão de 07.10.2014).

2. Todavia, na hipótese de não reeleição, não se afigura ser o caso de aplicação da mesma doutrina.

3. Declínio da competência para o juízo de primeiro grau.”

5. O caso presente, que envolve julgamento de ação penal, é análogo a este último. No entanto, a instrução foi concluída e o voto foi preparado quando o denunciado ainda era titular de mandato.

6. Observo que os elementos constantes dos autos indicam que o réu está sendo processado por conduta que, a esta altura da instrução, revela-se manifestamente atípica

7. Nos termos do art. 5º, LXXVIII da Constituição Federal, a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação. O processo criminal constitui, por si só, ônus para o réu, do qual deve ser desonerado com a maior celeridade possível. Não só a sociedade deve ter a resposta da jurisdição, mas também aquele que se vê processado:

“O processo criminal, diferentemente do civil, possui, ele mesmo, caráter punitivo, na medida em que se presta a estigmatizar o acusado perante a sociedade, em nada modificando essa situação a sua eventual absolvição.

AP 568 / SP

(...)

O sempre lembrado BECCARIA impressionou-se com a desonra que acompanhava, por toda a vida, as pessoas que tinham sido sujeitas à prisão, o que ele atribuiu ao fato de a pessoa ser submetida, no processo, a toda sorte de arbitrariedade (...). Daquele tempo para cá, é verdade, muita coisa mudou: o acusado é mais respeitado, até mesmo com o direito de não ser considerado culpado a não ser depois de sentença condenatória transitada em julgado. Porém, ainda assim, o estigma gerado pelo processo criminal permanece (...)" (Júnior, Walter Nunes da Silva. Curso de Direito Processual Penal: teoria (constitucional) do processo penal. Rio de Janeiro: Renovar, 2008)

8. Neste sentido, aponto ser contrário aos princípios que regem o processo em geral e o processo penal em particular deixar-se de formalizar a extinção do processo, nos termos do art. 386, III do CPP. Considero, assim, ser a hipótese de concessão de *habeas corpus* de ofício.

II . DA TIPICIDADE

9. O denunciado, no exercício do mandato de prefeito do município de São Carlos/SP autorizou a dispensa de licitação para contratação do Instituto de Organização Racional do Trabalho (IDORT) em duas ocasiões.

10. O contrato administrativo nº. 87/2002 (fls. 259/263) previa na cláusula primeira:

O objeto do presente contrato consiste na prestação pela CONTRATADA de serviços de consultoria para mapeamento de processos e construção de indicadores, treinamento em direito administrativo e diagnóstico, treinamento e acompanhamento das ações administrativas com o objetivo de melhoria no atendimento.

AP 568 / SP

11. Já o contrato nº. 126/2002 (fls. 497/501) foi assim delimitado:

Constitui OBJETO deste a contratação de serviços do Instituto de Organização Racional do Trabalho para a realização de assessoria em administração de sistemas de saúde pública, conforme proposta apresentada pela CONTRATADA e aprovada pela CONTRATANTE, a qual passa fazer parte deste independente de transcrição.

12. A denúncia imputa ao réu a prática da conduta descrita no art. 89 da Lei 8.666/93 (Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade) baseada no fato de que o IDORT não possui como objeto social a pesquisa, o ensino ou o desenvolvimento institucional, (art. 24, inciso XIII, da Lei 8.666/93 (É dispensável a licitação: XIII - na contratação de instituição brasileira incumbida regimental ou estatutariamente da pesquisa, do ensino ou do desenvolvimento institucional, ou de instituição dedicada à recuperação social do preso, desde que a contratada detenha inquestionável reputação ético-profissional e não tenha fins lucrativos.)

13. Segundo o art. 2º, do Estatuto do IDORT (fls. 63/71), a sociedade possui os seguintes fins:

“Estudar, difundir e aplicar os princípios e métodos de racionalização do trabalho, no intuito de aumentar o bem-estar social, cooperando para o acréscimo da eficiência e coordenação do trabalho, em todos os seus ramos, de modo a proporcionar às atividades produtoras de riquezas ou de serviços o máximo proveito, quer para indivíduo, quer para a coletividade, pela elevação da produtividade e pelo maior respeito à dignidade da pessoa humana.”

14. A Procuradoria-Geral da República, em alegações escritas,

AP 568 / SP

sustenta que a pretensão punitiva, quanto ao crime de dispensa irregular de licitação (art. 89 da Lei 8.666/93), deve ser julgada improcedente, com a absolvição do réu ante a atipicidade da conduta, na forma do art. 386, III, do Código de Processo Penal. A Defesa alinhou argumentos no mesmo sentido.

15. Com razão o Ministério Público Federal e a Defesa. Embora os termos dos contratos não se ajustem totalmente ao objeto social do IDORT, não há incompatibilidade que torne descabida a hipótese de dispensa a ponto de caracterizar a conduta descrita no preceito primário do tipo penal.

16. A prova dos autos aponta, também, que, à época da contratação, o Tribunal de Contas do Estado de São Paulo claudicava quanto à possibilidade ou não de contratação do IDORT com dispensa de licitação, havendo decisões que sinalizavam positivamente (fls. 794/802).

17. Nesse sentido, emerge do conjunto probatório que a hipótese de dispensa foi, sob a perspectiva do réu, regularmente caracterizada. Nesse sentido, impõe-se reconhecer a ausência de elemento objetivo do tipo.

18. A configuração da conduta típica prevista no art. 89 da Lei 8.666/93 pressupõe a dispensa de licitação em desacordo com as hipóteses previstas no art. 24 daquela mesma lei.

19. O regular enquadramento da contratação em uma das hipóteses legais afasta a incidência da norma incriminadora.

20. Observo, também, que ainda que se admitisse a suficiência da conduta descrita para configuração do tipo objetivo, a prova dos autos revelou a inexistência de elemento subjetivo do tipo, ou seja, vontade, com consciência atual, de dispensar o procedimento licitatório em

AP 568 / SP

desacordo com a previsão legal.

21. O denunciado, ao dispensar a licitação, fundamentou o ato em parecer do Departamento de Negócio Jurídicos (fls. 247/252), que transcrevo a seguir:

“Analisando a documentação encaminhada por V. S^a., concluímos que a instituição atende ao disposto no inciso XIII do art. 24 da Lei n^o. 8666/93, quanto ao objeto da contratação: serviço técnico profissional especializado (art. 13 e seus incisos), como em relação à sua qualidade de sujeito da contratação. Está adequada ao que exige o art. 27 da Lei de Licitações, no que diz respeito à habilitação jurídica, a qualificação econômico-financeira e à regularidade fiscal.”

22. O réu, em interrogatório, ao ser questionado sobre o que levou a autorizar a dispensa de licitação, afirmou:

“Ao considerar que o parecer jurídico que me foi oferecido era consistente, o parecer técnico e o parecer jurídico. Porque dava conta de responder às exigências legais da Dispensa. Uma instituição, pelo que entendia, renomada, me foi oferecido essas informações que tinha experiência, de muito tempo, nas atividades de ensino, de pesquisa e de desenvolvimento institucional (...) E os argumentos apresentados, quer do ponto de vista da natureza da instituição, me forma apresentados: sem fins lucrativos, idônea e que respondia ao quesito da possibilidade da dispensa em função dessas suas características.
“

23. É certo que as instâncias cível, penal e administrativa são independentes. No entanto, a favor do réu, cabe enfatizar o decidido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo na ação de improbidade administrativa referente aos mesmos fatos:

“A função do IDORT, segundo seu instrumento de

AP 568 / SP

constituição é contribuir, com seus produtos, serviços, e processos, para o aumento do bem-estar social, cooperando para o acréscimo da eficiência e coordenação do trabalho, em todos os seus ramos, de modo a proporcionar às atividades produtoras de riquezas ou de serviços o máximo proveito, quer para indivíduo, quer para a coletividade, pela elevação da produtividade e pelo maior respeito à dignidade da pessoa humana.

Diz o autor que essa missão é por demais genérica. No entanto, não se pode deixar de admitir, que ao menos nos termos de seus Estatutos Sociais a Instituição não se dedique ao desenvolvimento institucional.

Veja-se que os contratos firmados se relacionaram à implantação do SIM (Serviços Integrados do Município), unidade administrativa que centralizou a prestação de serviços público à comunidade, e à constituição do Portal do Cidadão, também voltado ao atendimento comunitário. Como se negar, nesses dois contratos, uma atividade relacionada ao aumento do bem-estar social, conseqüentemente ao desenvolvimento institucional?

(...)

A improbidade administrativa pressupõe um ato ímprobo, desonesto, eivado de má fé. Corrupção, em última análise. E isso não se percebe nos autos.

Em nenhum passo se comprovou inadequação do preço, sua ausência de razoabilidade. Ou enriquecimento ilícito de quem quer que seja.”

24. De todo acervo probatório extrai-se que não está demonstrado o dolo de dispensar a competição em hipótese na qual seria possível a competição, imprescindível para configuração do tipo. Nesse sentido, é a jurisprudência desta Corte:

PROCESSO PENAL. INQUÉRITO. ENVOLVIMENTO DE PARLAMENTAR FEDERAL. CRIME DE DISPENSA IRREGULAR DE LICITAÇÃO (ART. 89 DA LEI Nº 8.666/93).

AP 568 / SP

AUDIÇÃO PRÉVIA DO ADMINISTRADOR À PROCURADORIA JURÍDICA, QUE ASSENTOU A INEXIGIBILIDADE DA LICITAÇÃO. AUSÊNCIA DO ELEMENTO SUBJETIVO DOLO. ART. 395, INCISO III, DO CPP. INEXISTÊNCIA DE JUSTA CAUSA PARA A AÇÃO PENAL. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. 1. A denúncia ostenta como premissa para seu recebimento a conjugação dos artigos 41 e 395 do CPP, porquanto deve conter os requisitos do artigo 41 do CPP e não incidir em nenhuma das hipóteses do art. 395 do mesmo diploma legal. Precedentes: INQ 1990/RO, rel. Min. Cármen Lúcia, Pleno, DJ de 21/2/2011; Inq 3016/SP, rel. Min. Ellen Gracie, Pleno, DJ de 16/2/2011; Inq 2677/BA, rel. Min. Ayres Britto, Pleno, DJ de 21/10/2010; Inq 2646/RN, rel. Min. Ayres Britto, Pleno, DJ de 6/5/010. 2. O dolo, consubstanciado na vontade livre e consciente de praticar o ilícito penal, não se faz presente quando o acusado da prática do crime do art. 89 da Lei nº 8.666/93 (Dispensar ou inexigir licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade) atua com fulcro em parecer da Procuradoria Jurídica no sentido da inexigibilidade da licitação . 3. In casu, narra a denúncia que o investigado, na qualidade de Diretor da Secretaria Municipal de Esportes e Lazer, teria solicitado, mediante ofício ao Departamento de Controle e Licitações, a contratação de bandas musicais ante a necessidade de apresentação de grande quantidade de bandas e grupos de shows musicais na época carnavalesca, sendo certo que no Diário Oficial foi publicada a ratificação das conclusões da Procuradoria Jurídica, assentando a inexigibilidade de licitação, o que evidencia a ausência do elemento subjetivo do tipo no caso sub judice, tanto mais porque, na área musical, as obrigações são sempre contraídas intuitu personae, em razão das qualidades pessoais do artista, que é exatamente o que fundamenta os casos de inexigibilidade na Lei de Licitações Lei nº 8.666/93. 4. Denúncia rejeitada por falta de justa causa art. 395, III, do Código de Processo Penal. (Inq 2482, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Relator(a) p/

AP 568 / SP

Acórdão: Min. LUIZ FUX, Tribunal Pleno, julgado em 15/09/2011, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-035 DIVULG 16-02-2012 PUBLIC 17-02-2012). (destaques acrescentados)

III. CONCLUSÃO

25. Nesse contexto, procede a alegação do Procurador-Geral da República posta nos seguintes termos:

“A exegese proposta pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo afigura-se acertada, o que afasta a própria tipicidade objetiva da conduta do acusado. Mas, ainda que assim não fosse, o simples fato de o Poder Judiciário do Estado de São Paulo haver concluído pela regularidade da dispensa da licitação haveria de afastar a tipicidade subjetiva: se duas instâncias judiciárias entendem regular determinado procedimento, mostra-se amplamente razoável que determinado agente público, antes delas, o tenha adotado de boa-fé.”

26. Diante do exposto, nos termos do art. 654, § 2º do Código de Processo Penal, concedo a ordem de ofício para julgar improcedente a pretensão acusatória, absolvendo o acusado do crime de dispensa irregular de licitação (art. 89 da Lei 8.666/93), ante a atipicidade da conduta (art. 386, III do CPP).

27. É como voto.

14/04/2015

PRIMEIRA TURMA

AÇÃO PENAL 568 SÃO PAULO

RELATOR : **MIN. ROBERTO BARROSO**
REVISOR : **MIN. MARCO AURÉLIO**
AUTOR(A/S)(ES) : **MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL**
PROC.(A/S)(ES) : **PROCURADOR-GERAL DA REPÚBLICA**
RÉU(É)(S) : **NEWTON LIMA NETO**
ADV.(A/S) : **IGOR TAMASAUSKAS E OUTRO(A/S)**

ANTECIPAÇÃO AO RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)

- Presidente, já que não há sustentação e, agora, já fiquei sabendo da posição do eminente Ministro Marco Aurélio, não preciso convencê-lo, eu estou, ou estaria, votando pela absolvição.

Há aqui uma questão que eu preciso suscitar, que é a seguinte: o denunciado, quando eu fiz o relatório e o meu voto e encaminhei ao eminente Ministro-Revisor, Ministro Marco Aurélio, era titular do mandato de Deputado Federal. Ocorre, porém - e eu fiz o relatório e a minuta do meu voto em setembro, encaminhando no sentido de absolvição -, que o denunciado, no entanto, embora candidato, deixou de se reeleger. Portanto, ele já não é mais titular de mandato.

Nós defendemos, aqui, contra o voto vencido do eminente Ministro Marco Aurélio, que, nas hipóteses de renúncia, se já tivesse sido concluída a instrução, ou seja, a partir das alegações finais, nós não declinaríamos mais da competência.

Não explicitamos, mas um pouco estava embutida a ideia de que a renúncia, depois do final da instrução, poderia, ao menos em tese, significar uma manipulação da jurisdição e da competência. Se nós aplicarmos, aqui, essa formulação, o julgamento deveria ou deverá prosseguir.

Na hipótese de não reeleição e sem nenhum indício de manipulação da jurisdição, eu já teria dúvida, Ministro Fux, de aplicar a mesma fórmula, a mesma teoria. E até penso que, no Plenário, num caso de não

AP 568 / SP

reeleição, nós aplicamos a tese de que aí, então, declinaríamos da competência. Isso seria desfavorável ao denunciado.

De modo que eu fiquei com certa dúvida. Mas aqui, pensando: se eu o estivesse condenando, aí eu declinaria? Quer dizer, acho que precisamos ter uma regra que valha para um caso ou para o outro.

De sorte que, Ministro Marco Aurélio, embora com um pouco de dó de mim mesmo, porque tive o trabalho, e do denunciado, visto que, ao declinarmos, vai se sujeitar a um outro juízo, e não ao nosso, o qual seria absolutório, eu penso que a hipótese é de declinarmos da competência por perda superveniente de jurisdição, em razão da não eleição desse parlamentar.

É nesse sentido que estou votando, Presidente.

14/04/2015

PRIMEIRA TURMA

AÇÃO PENAL 568 SÃO PAULO

DEBATE

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Eu queria fazer uma ponderação.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)
- Claro.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - A questão da duração razoável dos processos, como princípio constitucional, também leva em consideração o processo penal, porque o réu tem o direito de se ver livre da acusação o mais rápido possível. Por outro lado, o Procurador da República de primeiro grau é subordinado ao Subprocurador-Geral da República, que opinou no sentido dessa absolvição. E o Ministério Público é uno e indivisível, principalmente nessa fase final.

De sorte que, aplicando esses princípios, tenho a impressão de que, realmente, se fosse para condenar, nós deveríamos deixar a avaliação para as provas que eventualmente poder-se-iam produzir em primeiro grau. Mas, nesse estágio final, já com o pleito de absolvição do Ministério Público, que é uno e indivisível, tendo em vista a duração razoável dos processos e com o direito imanente do réu de se ver livre da acusação, eu tenderia a prosseguir no julgamento e acolher.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR) - Então, a posição de Vossa Excelência seria: se o juízo for absolutório, mesmo não tendo havido a reeleição,...

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - E não houve fraude nenhuma, porque há ausência de potencial eletivo.

AP 568 / SP

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)

- Não. A nossa competência subsistiria.

Eu, ainda mantendo o meu voto, gostaria de ouvir os demais Colegas. Eu tenho dúvida de utilizarmos como critério de competência o resultado do julgamento. Acho que o argumento de Vossa Excelência tem todo o sentido e é até mais justo com alguém que já está respondendo a um processo penal há algum tempo. Por essa razão, eu fiz questão de sinalizar que o meu juízo era absolutório - já é um consolo -, mas penso que, se decaída a jurisdição, quem tem de pronunciar esse juízo, livremente, é o juízo de primeiro grau. Eu lamento, porque gostaria de concordar com Vossa Excelência.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Nós não concluimos, dentro daquela posição que Vossa Excelência sugeriu, que, se a renúncia se engendrasse com processo pronto para julgamento, manteríamos a competência?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (REVISOR) – No Plenário, não chegamos a um consenso.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)

- Não, foi na Turma. Aqui, foi por quatro a um.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Aqui, na Turma, chegamos à conclusão de que, se ele renunciasse após as alegações finais, manteríamos a competência. **Mutatis mutandis**, daria para aplicar analogicamente. Aqui, ele não foi reeleito.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (REVISOR) – No caso, o ato de vontade não foi dele, foi dos eleitores.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Dos eleitores. Deve ter sido a pior condenação, não é? A proposta de Vossa Excelência falava em

AP 568 / SP

alegações finais.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)

- É, final da instrução.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (REVISOR) – Presidente, como Revisor, uma ponderação apenas. Tem-se uma válvula de escape para liquidar este processo, que é o implemento da ordem de ofício. Podemos realmente implementá-la, em que pese à perda da competência para julgar a ação penal. Órgão julgador defrontando-se com situação a revelar ilegalidade pode chegar à concessão da ordem de ofício.

A incompetência que está em jogo não se prorroga, porque não é relativa, é absoluta, é funcional. Não podemos ir ao mérito para, depois, voltar à preliminar, que é sobre a competência. Não podemos fazer um juízo de culpa ou absolutório para, tendo em conta o absolutório, prosseguir no julgamento da ação. Então o que preconizo na espécie? Que realmente declaremos que cessou, com a perda, a extinção, o término do mandato, a competência do Supremo, mas que o Colegiado – e nesse sentido será meu voto –, ante a atipicidade da conduta, concede a ordem de ofício para extinguir o processo.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)

- Acho que a tese do Ministro Marco Aurélio concilia as nossas duas posições.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Mandar voltar, será um desperdício.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)

- De dinheiro público e de submissão desse...

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Poderíamos adotar essa

AP 568 / SP

solução intermediária, dependendo de cada caso concreto. Fica melhor ainda.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR) - Mas nós, então, nos demos por incompetentes e demos a ordem de ofício? Também tenho... Como é que vamos?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (REVISOR) – É porque qualquer Juízo, defrontando-se com ilegalidade – e a ilegalidade não seria decorrente sequer de ato de órgão investido do ofício judicante, mas da oferta da denúncia pelo Ministério Público –, pode implementar a ordem de ofício.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - É para nós não usarmos, talvez, então, essa atecnia, ou, eu não sei se eu estou propondo alguma coisa técnica ou não. Eu estou querendo uma solução.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (REVISOR) – Se o Colegiado quiser ser ortodoxo e simplesmente declinar, concordo.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR) - É, eu gostei da solução.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Por exemplo, se já há alegações finais, isso é um bom critério. Se já há alegações finais, não é o problema de condenar ou absolver. Se já há alegações finais, nós poderíamos prosseguir no julgamento, da mesma maneira que nós afirmamos que, se a renúncia...

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (REVISOR) – Mas, Ministro, prorrogar competência quando é absoluta?

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Mas, se nós dissemos que, se

AP 568 / SP

houver renúncia, já com alegações finais, essa renúncia é inoperante para mexer na competência!

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (REVISOR) – Presumindo a fraude. No caso, não houve fraude por parte dos eleitores, no que não o reelegeram!

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Mas é tanto melhor, tanto melhor.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR) - Eu, talvez, então, sugerisse - agora uma nova conciliação: concedo a ordem de ofício por atipicidade. Isso me dá mais conforto do que me declarar incompetente e, em seguida, conceder a ordem de ofício.

Entendeu? Então, acho que, conciliando a minha posição com a do Ministro Marco Aurélio, o Relator encaminhou no sentido de concessão da ordem de ofício, atipicidade.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Com extinção da ação.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR) - E extinção do processo. O que lhe parece, Ministro Marco Aurélio?

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (REVISOR) – Concordo.

O SENHOR MINISTRO LUIZ FUX - Também.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR) - Então faremos dessa forma.

14/04/2015

PRIMEIRA TURMA

AÇÃO PENAL 568 SÃO PAULO

VOTO

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (PRESIDENTE) – Vou ficar vencida, Ministro Luís Roberto. Eu, por princípio, sou contrária ao foro por prerrogativa de função.

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)
- Nisso estamos juntos.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (PRESIDENTE) – Entendo que o Supremo Tribunal Federal não tem amparo constitucional para condenar ou absolver um cidadão que não esteja no gozo desta prerrogativa de função. No caso, não houve reeleição, ele não mais detém prerrogativa de função. Então, no mínimo, em observância ao princípio da isonomia, entendo que ele não deva ser julgado pelo Supremo Tribunal Federal.

Declino da competência para o Juízo da 3ª Vara Criminal da Comarca de São Carlos que, ao constatar a prerrogativa de função à época, declinou da competência para o Supremo Tribunal Federal.

Fico extremamente sensibilizada com o fundamento, trazido pelo Ministro Fux, da razoável duração do processo. Trata-se de princípio constitucional. E os fundamentos de Vossa Excelência, também, digamos assim, me fazem refletir. Mas eu - isto sim tenho como muito certo-, eu não condenaria um cidadão que não fosse detentor de prerrogativa de foro aqui no Supremo Tribunal Federal. E, por consequência, também não posso absolvê-lo. Fico assim numa situação...

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)
- Eu entendo. Só para registro, porque isso é uma exceção. É que, quando o Relator formou o seu juízo absolutório, ele era detentor de mandato, e

AP 568 / SP

eu, desde aquele momento, poderia ter concedido a ordem de ofício. Por circunstâncias diversas, inclusive porque há revisão nesse tipo de processo, só veio a ser julgado quando ele já não detinha um mandato, mas o meu juízo foi formulado no momento em que ele tinha um mandato, que foi quando eu encaminhei para o Ministro Marco Aurélio, em setembro do ano passado.

Por essa razão, Ministra Rosa, eu me animo - e como é **pro reo** - a esta exceção, para não submeter esse homem a continuar, em primeiro grau, sob outro juízo, a ter que se defender.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (REVISOR) – Vossa Excelência me permite?

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)
- Claro.

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (REVISOR) – Pelos mesmos fatos, houve – existe a independência das esferas, não estou negando, cível e penal – um pedido formulado em ação civil pública, julgado improcedente, e também decisão favorável do Tribunal de Contas do Estado de São Paulo.

A meu ver, o caso é de atipicidade, chegamos à absolvição, considerado o disposto no inciso III do artigo 386 do Código de Processo Penal. Por isso, é viável a concessão da ordem de ofício.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (PRESIDENTE) – Esse dado é trazido por Vossa Excelência inclusive, Ministro Luís Roberto, no relatório. A ação anteriormente estava sob a relatoria do Ministro Joaquim Barbosa, e Vossa Excelência explicita que o Ministro Joaquim Barbosa, diante do pedido de reconhecimento da atipicidade das condutas imputadas em razão de a ação civil pública por improbidade administrativa ter sido julgada improcedente, com confirmação em segunda instância, o Ministro Joaquim Barbosa decidiu no sentido do

AP 568 / SP

prosseguimento do feito, justamente em função da independência das instâncias penal e administrativa, com repercussão da primeira sobre a segunda apenas na hipótese de reconhecimento de inexistência do fato ou negativa de autoria. E essa decisão foi referendada pelo Plenário desta Corte em 17 de outubro de 2013, em sede de agravo regimental.

Mas eu não estou emitindo nenhum juízo de valor quanto à questão de fundo, de forma alguma. Eu iria acompanhar Vossa Excelência, que teve a gentileza de me encaminhar o voto. Eu também entendo que é uma hipótese de atipicidade de conduta. Só que tenho dificuldade na concessão da ordem de ofício, na medida em que só concedo ordem de ofício quando concludo por uma manifesta ilegalidade ou teratologia. E, aqui, não. Aqui houve...

O SENHOR MINISTRO LUÍS ROBERTO BARROSO (RELATOR)

-Está certo. É só porque não gosto de vê-la vencida.

A SENHORA MINISTRA ROSA WEBER (PRESIDENTE) – De forma alguma. Isso é uma contingência, faz parte. Eu estou sempre aprendendo. Mas, aqui, com todo respeito, fico vencida.

E com relação à renúncia, com todo respeito, é uma situação completamente diferente, porque não se atribuem efeitos válidos a um ato eivado de fraude ou com um intuito de fraude à lei, enfim, de uma intenção que seja contrária ao Direito.

14/04/2015**PRIMEIRA TURMA****AÇÃO PENAL 568 SÃO PAULO****VOTO**

O SENHOR MINISTRO MARCO AURÉLIO (REVISOR) – A ação penal decorreu da denúncia oferecida pelo Ministério Público do Estado de São Paulo contra o deputado federal Newton Lima Neto, à época Prefeito do Município de São Carlos/SP, imputando-lhe o crime previsto no artigo 89, cabeça, combinado com o artigo 84, § 2º (dispensar licitação fora das hipóteses previstas em lei, ou deixar de observar as formalidades pertinentes à dispensa ou à inexigibilidade), todos da Lei nº 8.666/93.

A peça acusatória foi recebida pelo Juízo da 3ª Vara Criminal da Comarca de São Carlos/SP, em 6 de maio de 2010. O processo veio ao Supremo diante da posse do réu no cargo de Deputado Federal. No entanto, este não logrou êxito no último pleito eleitoral (2014).

Preliminarmente, observo que a competência do Supremo é de Direito estrito e está balizada de forma rígida na Constituição de 1988. O término do mandato do parlamentar direciona a concluir-se não mais persistir a prerrogativa de foro. Logo, o processo deve ser remetido à instância de origem para o julgamento.

Ultrapassada pelo Colegiado a preliminar de incompetência, passo à análise do mérito.

A manifestação do Procurador-Geral da República, em sede de alegações finais, no sentido da absolvição do réu merece acolhimento (folha 1.366 a 1.374).

Verifica-se que a imputação de dispensa irregular de licitação é descabida, porquanto a empresa contratada atende às exigências estabelecidas no inciso XIII do artigo 24 da Lei nº 8.666/93. O Instituto de Organização Racional do Trabalho – IDORT tem por finalidade estatutária, em apertada síntese, buscar o aperfeiçoamento qualitativo dos serviços públicos por meio de estudos, métodos e cooperações para o acréscimo da eficiência e coordenação do trabalho. No caso, os serviços questionados (Contratos Administrativos nº 87/02 e 126/02) são

AP 568 / SP

relacionados à implantação do SIM – Serviços Integrados do Município e à prestação de serviços de consultoria para mapeamento de processos e construção de indicadores, diagnóstico de situação e treinamento em direito administrativo e para o acompanhamento de ações administrativas gerais. Tais atividades visam melhorar a qualidade dos serviços implementados em benefício da comunidade, estando dentro do objeto social da IDORT.

O Procurador-Geral da República, em alegações finais, manifestou-se nesse sentido (folha 1.371):

À primeira vista, embora a linguagem do objeto social da pessoa jurídica não seja exatamente coincidente com a dos objetos contratuais, não há, propriamente, incompatibilidade entre o primeiro e os segundos a ponto de tornar a prestação dos serviços contratados descabida. Nem tampouco se divisa incompatibilidade entre os objetos contratuais e o que exige o art. 24, XIII, da Lei 8.666/93, na parte em que se refere ao desenvolvimento institucional a ponto de tornar penalmente relevante a dispensa de licitação em exame.

Ressalto ter o Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo assentado a improcedência do pedido formulado na Ação Civil Pública nº 0018692-23.2008.8.26.0566, que tinha por fundamento a mesma questão deste processo, mas sob o ângulo da improbidade administrativa. Idêntica óptica foi adotada pelo Tribunal de Contas do Estado de São Paulo ao apreciar os contratos com semelhantes finalidades entre outros municípios e o IDORT (folha 802).

Não obstante a independência das instâncias, o ilícito investigado é o mesmo, apenas mudando a natureza da apuração. As decisões nos outros campos, apesar de não atrelarem o julgamento deste processo, servem como indicativo para a conclusão da inexistência do crime.

A responsabilização criminal pressupõe a observância de requisitos objetivos e subjetivos. No caso, não há sequer tipicidade. Os atos praticados pelo réu não estão em desacordo com a legislação pátria

AP 568 / SP

aplicável ao caso.

Em virtude da atipicidade da conduta, absolvo o réu, na forma prevista no artigo 386, inciso III, do Código de Processo Penal.



PRIMEIRA TURMA

EXTRATO DE ATA

AÇÃO PENAL 568

PROCED. : SÃO PAULO

RELATOR : MIN. ROBERTO BARROSO

REVISOR : MIN. MARCO AURÉLIO

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

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

RÉU(É) (S) : NEWTON LIMA NETO

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

Decisão: Por maioria de votos, a Turma concedeu a ordem, de ofício, para extinguir a ação penal, com resolução do mérito, absolvendo o réu por atipicidade de conduta, nos termos do voto do Relator, vencida a Senhora Ministra Rosa Weber, Presidente, que declinava da competência para julgamento do feito ao Juízo da 3ª Vara Criminal da Comarca de São Paulo. 1ª Turma, 14.4.2015.

Presidência da Senhora Ministra Rosa Weber. Presentes à Sessão os Senhores Ministros Marco Aurélio, Luiz Fux e Roberto Barroso.

Subprocuradora-Geral da República, Dra. Cláudia Sampaio Marques.

Carmen Lilian Oliveira de Souza
Secretária da Primeira Turma